



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 /05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2005, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA ABIERTO EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD PRESENTADA POR AFFINALIA, S.A. PARA QUE ESTA COMISIÓN LE AUTORICE A LA PREASIGNACIÓN DIRECTA DE LOS CLIENTES TRANSFERIDOS POR VODAFONE ESPAÑA, S.A., Y EN LA QUE SE ACUERDA NO INICIAR ACTUACIONES.**

En relación con la solicitud presentada por Affinalia, S.A. para que se le autorice a la preasignación directa de los clientes transferidos por Vodafone España, S.A., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /05, del día de la fecha, el siguiente acuerdo:

Acuerdo de de de 2005, recaído en el expediente RO 2005/283.

### **HECHOS**

**PRIMERO.- Escrito presentado por Affinalia, S.A.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El 11 de febrero de 2005 se ha recibido en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito presentado por Affinalia, S.A. (en adelante, Affinalia), en el que, básicamente, expone lo siguiente:

- Que el 14 de febrero de 2003 Affinalia suscribió con Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) un contrato por el cual esta última empresa transmitió a Affinalia el negocio de prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de acceso indirecto que tenía contratado con sus clientes, y que prestaba mediante el sistema de preselección o de marcación del prefijo 1071 (selección llamada a llamada).
- Que, como consecuencia de este contrato, Affinalia se subrogó en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos suscritos con los clientes de acceso indirecto de Vodafone España.
- Que Vodafone comunicó a sus clientes la citada cesión, *“cesión que –según indica Affinalia- fue aceptada por éstos bien de manera tácita o expresa”*.
- Que hay 9.356 líneas correspondientes a clientes de Vodafone que han aceptado la cesión pero respecto de los cuales a Affinalia no le ha sido posible obtener la firma de un nuevo contrato.
- Que Vodafone ha expresado a Affinalia su deseo de dejar de prestar el servicio de telefonía fija de voz de acceso indirecto para los clientes no migrados a partir del próximo 1 de junio de 2005.

Expuestos estos hechos, Affinalia solicita a la CMT que *“autorice a AFFINALIA a preasignar directamente a los clientes transferidos cuya migración, a otras redes distintas de VODAFONE ESPAÑA, no se haya podido llevar a cabo antes del 1 de mayo de 2005 y cuya relación se adjunta como Anexo I al presente escrito”*.

A su escrito, Affinalia adjunta la siguiente documentación:

- Relación de líneas transferidas cuya migración no ha sido completada a fecha 9 de febrero de 2005.
- Comunicación de fecha 25 de febrero de 2003, efectuada por Vodafone a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, relativa a la operación de venta a Affinalia de la línea de negocio correspondiente al servicio telefónico fijo de acceso indirecto de Vodafone. A este escrito se adjunta, a su vez, la siguiente información:
  - Plan de comunicación a los clientes de Vodafone afectados por la operación.
  - Comunicación a dirigir por Vodafone a sus clientes para que, en su caso, manifiesten su disconformidad a la cesión.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

- Comunicación a dirigir por Vodafone a los clientes que no manifiesten su disconformidad, indicándoles que será Affinalia quien comenzará a facturarles su consumo telefónico.

### **SEGUNDO.- Apertura de un período de información previa y requerimientos efectuados a Affinalia y a Vodafone.**

Con fecha 2 de marzo de 2005, al amparo de lo dispuesto 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, se procedió, con relación a los hechos expuestos por Affinalia, a la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento para conocer de la petición realizada por Affinalia.

Dicho acuerdo de apertura del período de información previa fue notificado a Affinalia y a Vodafone en fecha 7 de marzo de 2005.

Asimismo, junto a la notificación cursada a Affinalia y Vodafone, se les remitió a estas empresas un requerimiento de la información necesaria para la determinación y conocimiento de los hechos a que se refería el escrito presentado por Affinalia.

### **TERCERO.- Contestación de Affinalia al requerimiento efectuado.**

El 17 de marzo de 2005 se recibió en el Registro de la CMT escrito de Affinalia por el que viene a contestar al requerimiento de información practicado, aportando la siguiente información:

- Contrato de transmisión del negocio, firmado el 14 de febrero de 2003 entre Vodafone y Affinalia.
- Modelos de contratos que está firmando Affinalia con los antiguos clientes de Vodafone.
- Las diversas comunicaciones enviadas por Affinalia a los antiguos clientes de Vodafone.
- Cierta documentación relativa a los abonados a los que se refiere la solicitud presentada por Affinalia; en concreto, contrato propuesto a estos abonados (y no suscrito), y factura emitida recientemente a uno de estos abonados.
- Comunicaciones enviadas a los abonados que mostraron su disconformidad con la cesión a Affinalia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, en el escrito por medio del cual Affinalia da cumplimiento al requerimiento efectuado, esta empresa aclara que las 9.356 líneas a las que se refería su solicitud de 11 de febrero corresponden a aquellos abonados de Vodafone que no manifestaron a Vodafone su disconformidad con la cesión en favor de Affinalia, pero que no han suscrito con Affinalia su nuevo contrato.

### **CUARTO.- Contestación de Vodafone al requerimiento efectuado.**

El 18 de marzo de 2005 se recibió en el Registro de la CMT escrito de Vodafone por el que viene a contestar al requerimiento de información practicado, aportando la siguiente información:

- Contrato de transmisión de negocio, firmado el 14 de febrero de 2003 entre Vodafone y Affinalia.
- Contratos suscritos en su día por Airtel Móvil (hoy denominada Vodafone España) con sus clientes para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público mediante el sistema de acceso indirecto.
- Diversas comunicaciones cursadas por Vodafone con sus clientes en relación con la transmisión del negocio a Affinalia.

Asimismo, en el escrito por medio del cual Vodafone da cumplimiento al requerimiento efectuado, esta empresa realiza la siguiente aclaración:

**[CONFIDENCIAL]**

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre el supuesto de hecho a que se refiere la solicitud presentada por Affinalia.**

De la solicitud presentada por Affinalia y de la información aportada por este operador, así como por Vodafone, resultan las siguientes circunstancias:

1.- Vodafone ha venido prestando el servicio telefónico fijo disponible al público mediante la facilidad de selección de operador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En 2003 formaban parte de la cartera de clientes de Vodafone para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso indirecto algo más de **[CONFIDENCIAL]** clientes.

En el contrato firmado por estos clientes se contemplaba la posibilidad de que Airtel (hoy –como ya se ha indicado- denominada Vodafone) llevara a cabo una cesión de contrato, a la que el cliente que suscribía el contrato (contrato de adhesión) prestaba su consentimiento. Ahora bien, esta cesión –a la que el cliente prestaba su consentimiento- aludía tan sólo a las sociedades participadas por Airtel o que pertenecieran a su grupo: *“AIRTEL podrá ceder total o parcialmente los derechos u obligaciones derivados del presente contrato a cualquier sociedad participada mayoritariamente o del grupo Airtel que tenga título habilitante para la prestación del Servicio.”*

En este supuesto no se encuentra Affinalia, que no es una sociedad del grupo Vodafone o participada mayoritariamente por esta empresa<sup>1</sup>.

2.- El 14 de febrero de 2003, Vodafone suscribió un contrato con Affinalia para transmitirle su cartera de clientes.

**[CONFIDENCIAL]**

3.- Durante el mes de febrero de 2003, Vodafone comunicó a sus clientes la cesión efectuada a favor de Affinalia.

Vodafone les concedió un plazo de quince días para manifestar, en su caso, oposición a la misma.

4.- Actuaciones realizadas por los operadores respecto a los usuarios, una vez efectuada la comunicación de la cesión.

Respecto de los clientes de Vodafone que no manifestaron (por escrito o verbalmente) su oposición a la cesión en el plazo indicado, Affinalia les comenzó a facturar la prestación del servicio telefónico. En esta situación se encontraron algo más de **[CONFIDENCIAL]** líneas.

Respecto a aquellos clientes que manifestaron su oposición (por escrito o verbalmente) a la cesión, ya fuera durante el plazo de quince días concedido, ya fuera una vez recibida la primera factura emitida por Affinalia, se procedió a cesar

---

<sup>1</sup> **[CONFIDENCIAL]**.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en la prestación del servicio (comunicándoles, en su caso, que podían solicitar la inhabilitación de la preselección), o a reintegrales al servicio de Vodafone, según cuál fuera la voluntad de tales clientes. Especifica Vodafone que unos **[CONFIDENCIAL]** clientes se opusieron inicialmente a la cesión pretendida, y una cantidad ligeramente inferior se opuso también a la cesión a la vista de la primera factura emitida por Affinalia.

**5.-** 9.356 de los más de **[CONFIDENCIAL]** clientes que se transfirieron a Affinalia no han llegado a firmar un contrato con esta empresa.

Se trata de clientes que, en su día, no se opusieron a la cesión efectuada (ni a la vista de la comunicación de Vodafone que la anunciaba, ni a la vista de las facturas emitidas por Affinalia). A estos clientes, como al resto de los **[CONFIDENCIAL]** transferidos, Affinalia les viene facturando el servicio.

Ahora bien, al no tener un contrato firmado con Affinalia, estos clientes no han podido ser migrados por este operador a otras redes, con lo que el servicio (la reventa) que presta Affinalia a estos clientes se soporta, todavía, en el servicio telefónico que, técnicamente, presta Vodafone. De este modo, tales clientes han continuado preseleccionados con Vodafone, o han continuado marcando (ya directamente, ya a través de “marcadores”) el código de operador 1071 de Vodafone (selección llamada a llamada), aunque, en cualquiera de estos casos, sea Affinalia quien les facture los servicios.

**6.-** Está previsto que el día 1 de junio de 2005 Vodafone cese en la prestación del servicio que Affinalia revende a los 9.356 clientes antes indicados.

El contrato firmado por Vodafone y Affinalia el 14 de febrero de 2003 preveía **[CONFIDENCIAL]**.

Esta fecha ha sido prorrogada en dos ocasiones, estando pendiente en la actualidad su vencimiento el día 1 de junio de 2005.

### **SEGUNDO.- Examen del contenido de la solicitud de Affinalia.**

Affinalia califica el objeto de la solicitud que presenta a la CMT como una autorización de “preasignación directa” de determinados usuarios: *“Por todo ello, / SOLICITA / ...autorice a Affinalia a preasignar directamente a los clientes transferidos cuya migración, a otras redes distintas de VODAFONE ESPAÑA, no se haya podido llevar a cabo antes del 1 de mayo de 2005 y cuya relación se adjunta como Anexo I al presente escrito.”*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Affinalia ha pretendido obtener de los clientes en cuestión un consentimiento escrito (firma de un contrato) con el que podría proceder a migrarlos a redes distintas de la de Vodafone.

Affinalia señala, en su solicitud, la fecha de 1 de mayo de 2005 como fecha indicativa de que, de una forma definitiva, y respecto a los clientes en cuestión, ya no se habría podido conseguir la firma del correspondiente contrato.

Pretende, de este modo, acudiendo a la CMT, obtener un margen –de un mes– frente al término previsto para que Vodafone cese en la prestación del servicio (1 de junio de 2005), a fin de poder buscar operadores alternativos a Vodafone.

Se observa, así, que el problema que subyace en la solicitud de Affinalia es el siguiente: Este operador viene revendiendo el servicio telefónico prestado por Vodafone, el cual va a cesar el 1 de junio; esta reventa la efectúa a unos clientes que le han manifestado para ello un consentimiento tácito (ya que nunca han llegado a firmar un contrato con Affinalia), lo que le impide acudir a otros operadores.

La actividad desarrollada por Affinalia es, como se ha dicho, una actividad de reventa. De hecho, Affinalia no figura inscrita en el Registro de Operadores como empresa que preste el servicio telefónico fijo disponible al público, sino como una entidad revendedora del mismo.

Pues bien, ante la eventualidad de no obtener ese consentimiento escrito (que permitiría a Affinalia seguir facturando un servicio que, en este caso, sería materialmente prestado ya por operadores distintos a Vodafone), y próxima ya la fecha en la que Vodafone va a dejar de prestar lo que denomina “servicio de red”, Affinalia se habría dirigido a esta Comisión, solicitando que se le autorice a la preasignación directa de los clientes.

Ahora bien, planteada la solicitud en los términos antes indicados, y según resulta, asimismo, de los diferentes expositivos del escrito presentado por Affinalia, así como de la información y aclaraciones presentadas tanto por Affinalia como por Vodafone en el marco de la presente información previa, la solicitud de Affinalia no consiste en un conflicto frente a operador alguno, del que esta Comisión pudiera conocer ejercitando al efecto las competencias de resolución de conflictos entre operadores que se le atribuyen en el artículo 48.3 d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

En particular, la solicitud presentada por Affinalia no se presenta como conflicto de acceso frente a Vodafone, en lo relativo a los servicios de red que este





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador presta respecto a los clientes transferidos a los que se refiere la solicitud. Precisamente, el objeto de la solicitud es poner fin a la prestación por Vodafone de este servicio de red, de modo que pase a ser prestado por entidades diferentes. Vodafone, por su parte, al contestar el requerimiento de información que le fue practicado, manifiesta su conformidad con la solicitud presentada por Affinalia.

La solicitud presentada por Affinalia tampoco se presenta como un conflicto frente al operador de acceso (Telefónica de España, S.A.U.), que pudiera deberse a una eventual falta de activación por este último de las solicitudes de preselección que le hubiera presentado Affinalia. De hecho, en nada se mencionada a Telefónica de España en la solicitud de Affinalia.

En definitiva, la solicitud de Affinalia se presenta con el objeto de que esta Comisión autorice al mencionado operador a llevar a cabo la preasignación directa de algo más de 9.000 líneas. Ello, como paso previo –puede presumirse– a solicitar del operador de acceso una ulterior activación de la preselección a favor aquellos operadores que señale Affinalia.

La solicitud aparece referida a la modalidad de preselección.

Cabe entender que lo que solicita Affinalia no es tanto la preselección a su favor de estos abonados (ya que Affinalia no presta el servicio telefónico fijo disponible al público), sino el apoderamiento para solicitar, en nombre de los abonados en cuestión, su preselección a favor del operador que Affinalia considere oportuno, y del que esta empresa actuará como revendedor.

Así, los contratos que venía proponiendo Affinalia a sus clientes contienen un *“Poder de delegación para solicitar la preselección de operador”*.

La solicitud de Affinalia no se refiere, en cambio, a la selección llamada a llamada.

De las actuaciones realizadas en el período de información previa resulta que el servicio de selección llamada a llamada sería prestado, probablemente, mediante los denominados “marcadores” o “enrutadores” (equipos que permiten una premarcación automática que tiene por objeto, en este caso, el código de selección). En este sentido, el contrato suscrito entre Affinalia y Vodafone **[CONFIDENCIAL]**. También los contratos firmados por Affinalia con los antiguos clientes de Vodafone aluden a la utilización de este tipo de equipos: *“La puesta en marcha del Servicio puede requerir por parte del Cliente de la reprogramación, modificación e incorporación de nuevos elementos en sus equipos telefónicos... Con*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*el objeto de proporcionar el mejor servicio posible para el Cliente, el Proveedor se reserva el derecho de enrutar el Tráfico del Cliente hacia el operador que el Proveedor decida en cada momento...”*

Ahora bien, como ya se ha expresado, para los clientes de Affinalia que no han firmado con ella el contrato propuesto, lo que solicita este operador es la preasignación directa (aunque también la instalación de los “marcadores” antes mencionados hubiera necesitado del consentimiento de los clientes).

Ha de señalarse que, efectivamente, respecto a esa modalidad de la **preselección** a que se refiere la solicitud de Affinalia, la normativa jurídico-pública contiene unas previsiones –que cumple examinar- acerca de la forma en que los usuarios manifiestan su consentimiento y quedan preseleccionados con un determinado operador. La razón es que la modalidad de la preselección requiere para su activación a un concreto abonado (a diferencia de la selección llamada a llamada) una actuación de un tercer operador (el operador de acceso), y afecta, por tanto, a las relaciones entre operadores, lo que justifica que la normativa de telecomunicaciones contemple esta cuestión.

Procede, no obstante, realizar una matización previa para delimitar el alcance que puede tener lo dispuesto en esta normativa, frente al ámbito jurídico-privado de la contratación entre particulares.

### **SEGUNDO.- Sobre la eficacia jurídico-privada de las relaciones entre el cliente y el operador.**

La voluntad de los contratantes puede ser expresada por escrito o de forma verbal. También puede no hacerse expresa, sino revelarse de forma tácita, presumiéndose su existencia a partir de ciertas actuaciones de las que se siga la voluntad del contratante.

Una de estas actuaciones (de tipo omisivo) de la que puede revelarse el consentimiento es el silencio.

Affinalia se plantea la existencia de un consentimiento tácito, derivado del silencio manifestado por los clientes de Vodafone ante las cartas remitidas por este operador en las que se les comunicaba la cesión efectuada en favor de Affinalia.

Pues bien, según la jurisprudencia, el silencio pueda implicar un consentimiento en aquellos supuestos en que se ha producido una declaración de la contraparte comunicada al que calla y en los que, además, existe, derivado de las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunstancias en que los hechos se producen, un deber de hablar (de manifestar la voluntad) ante la declaración de dicha contraparte:

*“En efecto, según conocida doctrina de esta Sala, el silencio de uno de los contratantes adquiere una especial relevancia, cuando ante una declaración del otro interesado el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar. En tales supuestos, si el que debe y puede hablar, calla, ha de reputarse que consiente, en aras de la buena fe (sentencias de esta Sala de 24 de enero de 1957, 14 de julio de 1963 y 17 de noviembre de 1995, además de las citadas por el recurrente).”* [Sentencia Tribunal Supremo 483/2004, 9 junio]

En el caso planteado por Affinalia, las circunstancias en las que se producen los hechos son las siguientes: Vodafone envía una carta a los clientes de Affinalia comunicándoles la cesión efectuada a favor de Affinalia, e indicándoles que, si en el plazo de quince días desde la recepción de la carta no expresan, por medio de otra carta remitida a Vodafone (*indicando la referencia SAI 2003*), su disconformidad con la cesión, Affinalia pasará a ser la entidad responsable de los servicios que se prestan a través de la facilidad de selección de operador.

Determinar si, ante la carta remitida por Vodafone a sus abonados comunicándoles la cesión, ellos estaban obligados a manifestar su disconformidad por escrito remitiendo, en un plazo de quince días, una carta a ese operador, es una cuestión que afecta a la contratación entre un operador y un consumidor, y que, en principio, queda en el ámbito jurídico-privado de las relaciones entre ambos, pudiendo ventilarse cualquier conflicto que surja con relación a ella ante la jurisdicción civil.

### **TERCERO.- Sobre la incidencia en el ámbito jurídico-público del consentimiento prestado por el cliente a un operador beneficiario de la preselección.**

Además de las relaciones entre el usuario y el operador que se producen con ocasión de la prestación de los servicios de selección de operador, tienen lugar otras relaciones que se producen entre los operadores al respecto de la prestación de esos mismos servicios.

En efecto, sobre la base del contrato que pueda existir entre usuario y operador beneficiario de la preselección, se efectúan una serie de comunicaciones y otras actuaciones entre operadores (el operador beneficiario de la preselección y el operador de acceso).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas relaciones entre operadores, en la medida en que se refieren a una facilidad (la selección de operador) que sirve para la implantación de unas condiciones de competencia en el mercado (como cuestión de interés general), se encuentran reguladas desde la normativa jurídico-pública.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre) regulan esta materia.

También la CMT, por vía de sus circulares publicadas en BOE, y en uso de la competencia legalmente atribuida, ha regulado las relaciones entre operadores que se producen con ocasión de la activación, modificación o inhabilitación de las facilidades de selección de operador, y más concretamente, de la preselección.

Cabe decir, en términos generales, que las operaciones relativas a la preselección se inician mediante una comunicación dirigida al operador que presta el acceso al cliente (obligado a facilitar la preselección) y que es hecha por el operador que ha contratado con el usuario la prestación del servicio telefónico mediante el acceso indirecto (operador que se beneficia de la preselección).

Pues bien, esta comunicación ha de soportarse en la existencia de un previo contrato entre el operador beneficiario y el usuario, cuya existencia, en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones, el operador de acceso (al que perjudica la selección de operador), o un tercer operador (si lo que se produce es un cambio de un operador ya preseleccionado a otro diferente), podrá comprobar.

Evidentemente, ninguna autoridad administrativa puede suplir el consentimiento que el usuario ha de dar. Pero, desde la perspectiva jurídico-pública, es posible, y sin perjuicio de lo que se acuerde por un juez civil acerca de la existencia o no de contrato, que un operador de comunicaciones electrónicas sea compelido a actuar respecto de otro como si obrara un consentimiento del usuario manifestado a este último, lo que puede establecerse en aquellos supuestos en que exista un indicio suficiente de la existencia de ese consentimiento (a fin de no entorpecer el desarrollo de la competencia). Así lo aclara la jurisprudencia:

*“Ahora bien, dicho esto, la específica cuestión que aquí se plantea afecta no sólo a las relaciones entre operadores sino también a las relaciones entre éstos y los usuarios del servicio, en su consideración de abonados, de forma que se cuestiona si la circular vulnera el principio de legalidad al inmiscuirse en una materia sobre la que no tiene competencia para ejercer su potestad reglamentaria, modificando el ordenamiento jurídico “Inter privados”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Para enjuiciar adecuadamente este otro aspecto del ejercicio de la potestad reglamentaria es preciso distinguir entre los aspectos jurídico-privados de la misma de los jurídico-públicos.*

*Desde una perspectiva jurídico-privada la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para determinar si el contrato del usuario con la operadora con la que tenía contratados los servicios de larga distancia y de fijo a móvil, quedan o pueden quedar modificados ampliando la preasignación a las llamadas metropolitanas. La competencia de la Administración se entiende a toda materia que favorezca la competencia, pero no puede suplir ni eliminar la voluntad del abonado al servicio, para que una determinada prestación sea o continúe siendo prestada por un determinado operador. No hay que olvidar que las instrucciones que la Circular contiene no van dirigidas al usuario del servicio, que no resulta obligado por ella, sino a los operadores del servicio, como colaboradores de la Administración. Distinto de ello es que la Comisión al regular las relaciones entre los distintos operadores y ejercer una actividad de control sobre sus actividades en orden a conseguir un mercado transparente y eficaz pueda entender, mientras no se demuestre lo contrario por el operador perjudicado, que se ha producido una preasignación de operador para las llamadas metropolitanas. Si el operador beneficiado actúa conforme al apartado tercero, párrafo 6 y dispone de la documentación que acredita su cumplimiento, no puede ser sancionado por actuar de forma contraria a los principios que rigen la competencia entre operadores. Los preceptos que se recurren como contrarios a Derecho sólo tiene un efecto jurídico público, puesto que están encaminados a regular las relaciones entre operadores, de cara al control administrativo de los mismos y las relaciones entre operadores, de cara al control administrativo de los mismos y las relaciones entre operador y usuario en orden a evitar prácticas abusivas por parte de los operadores, pero no conducen a suplir la voluntad de las partes, sustituyendo éstas, a través de actos presuntos o tácitos, pues ello entraría en el ámbito jurídico-privado, ajeno a la reglamentación dado que dichos aspectos se mantienen además en el ámbito de regulación del Código civil, de superior rango normativo a la Circular de la Comisión.*

*Hecha esta salvedad e interpretada la Circular en este sentido no considera este Tribunal que sea contraria a Derecho.”*

[Sentencia de 12 de diciembre de 2003 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª; Fundamento de Derecho tercero]

En definitiva, la existencia, o no, de un contrato entre un usuario y un operador es una cuestión de Derecho privado, de la que, en su caso, habrá de pronunciarse la jurisdicción civil.

Cuestión diferente es que, para facilitar la implantación de una facilidad que sirve directamente al objetivo del fomento y salvaguardia de las condiciones de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia en el mercado, esta Comisión pueda regular, imponiendo al respecto una obligación al operador de acceso, que se pueden iniciar los procedimientos administrativos entre operadores cuando se cuente con un consentimiento del usuario manifestado en una determinada forma.

Hecha esta distinción entre la esfera jurídico-privada y la jurídico-pública, que se plantea al hilo de la solicitud presentada por Affinalia, y determinado que esta Comisión no puede adoptar ninguna medida de trascendencia jurídico-privada, resta por determinar si, con eficacia en la estricta esfera de las relaciones entre los operadores, cabe, o no, que esta Comisión, autorice a Affinalia para que pueda solicitar la preselección de los clientes a que se refiere esta Resolución (lo que, indirectamente, implicaría la obligación del operador de acceso de proceder a la modificación de la preselección de los abonados afectados, para que las llamadas dejen de ser cursadas por Vodafone y pasen a ser cursadas por los operadores señalados por Affinalia).

Esta cuestión, se examina a continuación.

### **QUINTO.- Sobre las competencias de la CMT en materia de selección de operador.**

El artículo 19 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, regula la selección de operador (en sus dos modalidades, de selección llamada a llamada y preselección o preasignación). Se trata de una obligación de los operadores con poder significativo en el suministro de conexión a la red telefónica pública y utilización de ésta desde una ubicación fija.

Esta facilidad permite a los abonados de esos operadores con poder significativo en el mercado acceder a los servicios de cualquier operador interconectado que provea servicios telefónicos disponibles al público. Según dispone el artículo 19 de la Ley General de Telecomunicaciones, los términos en que resulte disponible esta facilidad se determinarán por el Gobierno reglamentariamente.

A este respecto, los artículos 13 a 16 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre).

En estos preceptos se contempla la intervención de la CMT a propósito de diferentes cuestiones. Así, entre otras, se atribuye a la CMT las siguientes funciones:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Posibilidad de imponer obligaciones de selección de operador por procedimientos distintos de los de selección llamada a llamada y preselección, cuando así resulte del correspondiente análisis de mercado y se constate que en el mismo no existe competencia efectiva.
- Asignar códigos de selección de operador de longitudes distintas a operadores diferentes, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos por éstos.
- Posibilidad de modificar el ámbito de las llamadas que se cursarán mediante selección de operador.
- Posibilidad de definir nuevas modalidades de preselección, así como modificar o suprimir las existentes.
- Posibilidad de exigir a los operadores que tengan impuestas obligaciones de selección de operador el establecimiento de mecanismos que permitan preseleccionar a diferentes operadores en función del tipo de llamada.

En lo relativo a los **procedimientos de provisión de la preselección en función de la solicitud del abonado** (que es la cuestión que interesa a los efectos de la solicitud de Affinalia), el artículo 16 dispone lo siguiente en sus apartados 6 a 8:

*“6. La provisión de la preselección será coordinada por el operador beneficiario. Previa solicitud escrita del abonado a dicho operador, éste informará de ella al operador de acceso, quien, en su caso, también informará al operador preseleccionado con anterioridad.*

*El cambio se realizará en un plazo inferior a cinco días, contados desde la recepción de la comunicación por el operador de acceso, o en un plazo superior si así se acuerda con el abonado.*

*7. La provisión de la inhabilitación de la preselección será coordinada por el operador de acceso. Previa solicitud escrita del abonado a dicho operador, éste informará de ella al operador preseleccionado con anterioridad.*

*La inhabilitación se realizará en un plazo inferior a cinco días, contados desde la recepción de la comunicación por el operador de acceso, o en un plazo superior si así se acuerda con el abonado.*

*8. No obstante lo establecido en los dos apartados anteriores, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá regular por orden procedimientos de provisión*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de la preselección, o de inhabilitación de ésta, que no requieran de solicitud escrita, aunque sí explícita, del abonado.”*

Estos preceptos regulan la provisión de la preselección (y también la inhabilitación de la misma), la cual exige una actuación de parte del operador de acceso y una actuación de parte del operador beneficiario. Conforme a lo establecido, el operador beneficiario (que prestará sus servicios telefónicos al abonado del operador de acceso) será el que coordine la provisión de la preselección, informando de la solicitud del abonado al operador de acceso. Por su parte, el operador de acceso, que es el obligado a prestar esa facilidad, realizará las actuaciones necesarias para que el cambio de operador encargado de cursar las llamadas resulte operativo.

Para que estos operadores puedan poner en marcha los procedimientos de provisión de la preselección es necesario que exista una solicitud escrita del abonado.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 16 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, podrá regular, por medio de orden ministerial, procedimientos de provisión de la preselección que no requieran de solicitud escrita, aunque sí explícita, del abonado. Este apartado 8 del artículo 16 del Reglamento regula, a este respecto, la exigencia de un informe preceptivo, que habrá de emitir la CMT, previo a la aprobación de la mencionada orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Ahora bien, lo que en ningún caso contempla el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración es la posibilidad de que los operadores involucrados en la preselección lleven a cabo la provisión de la misma sobre la base de un consentimiento implícito o tácito de los abonados.

Esta posibilidad sí resultaba admitida, entre otras soluciones, por el anterior Reglamento relativo a la interconexión, al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, y que queda derogado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 diciembre, antes mencionado.

El artículo 19.3, párrafo primero, del antiguo Reglamento relativo a la interconexión, al acceso a las redes públicas y a la numeración disponía lo siguiente:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“En función del desarrollo de la competencia efectiva en el mercado, cuando sea indispensable para conseguir la implantación efectiva de la misma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer procedimientos de preasignación de operador a cada abonado, mediante sistemas de encuesta directa u otras fórmulas, fijando, en su caso, los supuestos para la preasignación de operador a aquellos abonados que no den contestación a la citada encuesta, así como al reparto de los costes derivados de dichas actuaciones.”*

Este precepto permitía a la CMT regular procedimientos que permitan a determinados operadores preasignar ciertos abonados, cuando éstos no hubieran expresado su contestación a sistemas de encuesta directa que les fueran efectuados. La CMT podía determinar unos procedimientos para activar la preselección en los supuestos en que concurriera una ausencia de manifestación **expresa** de voluntad de parte del abonado afectado acerca del operador que cursará sus llamadas.

Esta posibilidad, que, en su caso, podría servir para regular solicitudes como la planteada por Affinalia, ha quedado excluida en el vigente marco de la preselección de operador, en el que los operadores han de contar, en todo caso, a los efectos de iniciar el procedimiento de provisión de la preselección, con un consentimiento explícito del abonado (expresado por escrito, o, en determinados supuestos, de forma verbal); pero no cabe ya, a dichos efectos, presumir la voluntad del abonado de ciertas actuaciones suyas, como podría ser su silencio ante la remisión de una carta.

Aunque la solicitud de Affinalia no es, en sí misma, una solicitud de preselección, sino de apoderamiento para solicitar la preselección, las exigencias de la normativa para aquel supuesto son trasladables a este otro: La forma que se exige para un acto (a cuya realización se encamina un poder) se extiende al propio acto de otorgamiento del poder (ex artículo 1.280.5º, penúltimo inciso, del Código Civil), para evitar que quede desvirtuada esa exigencia de forma<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Puede verse, en este sentido, el Acuerdo del Consejo de la CMT de 10 de febrero de 2000, por el que se da contestación a la consulta planteada por Lince Telecomunicaciones, S.A., sobre la determinación de las personas físicas o jurídicas que pueden solicitar la preselección, así como el Acuerdo del Consejo de la CMT de 16 de mayo de 2002, por el que se da contestación a la consulta planteada por BT Ignite España, S.A. sobre la posibilidad de solicitar la preselección telefónicamente.

En estos Acuerdos, estando vigente la exigencia del previo consentimiento escrito del abonado para la activación de la preselección, se concluye que el requisito de la forma escrita (ya sea documento público o privado) se extiende al otorgamiento de la autorización que el abonado da a su representante a los efectos de que contrate la preselección.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No existe, por tanto, competencia alguna de esta Comisión (ni de alguna otra autoridad administrativa) que permita adoptar la medida solicitada por Affinalia. La adopción de dicha medida resulta impedida por el vigente Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Informar a Affinalia que la normativa vigente en materia de preselección no contempla la posibilidad de que la CMT autorice a un operador la preasignación de aquellos abonados que no den contestación a sistemas de encuesta directa u otras fórmulas. La normativa vigente en esta materia exige, en todo caso, que medie una solicitud explícita del abonado para que pueda proveerse la preselección del mismo.

**SEGUNDO.-** No iniciar actuación alguna en relación con la solicitud presentada por Affinalia el 11 de febrero de 2005.

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.

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga