



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 34/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA POR JAZZ TELECOM, S.A.U. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PRESELECCIÓN ESTABLECIDO EN LA CIRCULAR 1/2001, DE 21 DE JUNIO.

I.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA.

Con fecha 29 de junio de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) escrito de D. José Ortiz Martínez, actuando en nombre y representación de Jazz Telecom, S.A.U., (en adelante Jazztel), en el que se formula consulta relativa a la interpretación de la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la CMT sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fija (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 2001 por Resolución de 4 de julio de 2001 de la Presidencia de la CMT) y modificada por la Circular 2/2002, de 18 de julio.

En particular, Jazztel solicita en su escrito que la CMT aclare lo establecido en el Anexo número 2 de la Circular 1/2001 acerca del "Procedimiento Administrativo de Preselección", el cual hace referencia en su apartado 7.1 al "*consentimiento de los abonados*" y la "*Puesta a disposición de originales por el operador solicitante*".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto plantea *“en relación con la entrega de los contratos firmados por parte del operador que inicie la actuación a instancias del cliente, Jazztel considera necesario saber si los contratos que se han de entregar al operador de afectado tienen que ser originales o es suficiente con una fotocopia del contrato original”*.

II.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El artículo 48.3 m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que, en materia de telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ejercerá *“Cualesquiera otras (funciones) que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”*.

Por su parte, el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, atribuye a esta Comisión, en el artículo 29.2 a) (*“Otras funciones”*), la competencia para *“resolver 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, habrá de entenderse que las consultas que regula el artículo transcrito podrán versar, principalmente, sobre los siguientes ámbitos:

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

Dado que la consulta planteada por Jazztel se refiere a un aspecto interpretativo relativo a la Circular 1/2001, la CMT resulta competente para resolver la consulta planteada.

III.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO QUE EXIGE LA NORMATIVA CON RELACIÓN A LA PRESELECCIÓN

La preselección de operador se encuentra regulada en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre) y en las Circulares adoptadas por la CMT.

Cabe señalar que el análisis de la cuestión objeto de consulta se hace en el marco de la vigente Circular 1/2001, de 21 de junio, sobre la implantación de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas.

En la Exposición de Motivos de esta Circular se pone de relieve la intención de la misma que no es otro que la revisión de las anteriores Circulares a la luz de las condiciones de competencia efectiva y del grado de implantación de la preselección así como de contemplar en un solo texto normativo las diferentes modalidades de preselección posibles y articulando para todas ellas un procedimiento unificado.

Con posterioridad a la Circular objeto de análisis, la nueva Circular 1/2004 ha implementado la posibilidad de que un operador solicite a otro la tramitación de cambios de preselección a partir de la manifestación del consentimiento verbal del abonado debidamente verificado por un tercero independiente. Esta posibilidad se constituye como una opción que tiene el operador solicitante complementaria de la tramitación de solicitudes con origen en el consentimiento escrito del abonado.

En el caso concreto que nos ocupa, el análisis a realizar es el procedimiento administrativo de preselección establecido en el Anexo II de la Circular 1/2001 y mas concretamente el apartado séptimo *“sobre el consentimiento de los abonados”* referido al consentimiento escrito del abonado.

El carácter de lo regulado en esta Circular se establece en el apartado Noveno de la misma, según el cual, *“los apartados primero al noveno, inclusive, las disposiciones adicionales primera y segunda, disposiciones transitoria, derogatoria y final, los apartados 7.1, 7.2 y 7.3 del anexo II y los anexos I y V, tienen el carácter de norma imperativa”*. Por lo tanto, regulan con carácter necesario la relación jurídica a la que se refieren, por lo que se imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares que no pueden sustituirlas ni alterarlas.

Según lo anterior, lo relativo a los apartados *“Puesta a disposición de originales por el operador solicitante”* (apartado 7.1), *“Irregularidades en notificación del consentimiento”* (apartado 7.2), y *“Contenido de las solicitudes de los abonados”* (apartado 7.3) serán imperativos y no se aplicarán de modo subsidiario en defecto de acuerdo entre los operadores.

Centrándonos en la Circular 1/2001 objeto de la consulta en su apartado tercero del Anexo II dispone:

“El cambio de operador por preselección se iniciará previo consentimiento escrito del abonado. En ningún caso podrá condicionarse la tramitación de una solicitud de preselección, ni la activación de la misma, a la aportación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

documentos al operador de acceso que acrediten el consentimiento escrito del abonado”.

Por su parte, el apartado 7.3 del Anexo II de la misma Circular regula el contenido de las solicitudes de preselección indicando los requisitos mínimos y la exigencia de que el texto de la solicitud de preelección sea legible. En concreto establece:

“7.3. Contenido de las solicitudes de los abonados

La copia/original firmada de la solicitud deberá tener el texto legible y contener los siguientes datos:

-Nombre del abonado/denominación de la entidad abonada/nombre del representante apoderado de la entidad que firma o mandatario

-DNI/CIF

-Número o números que identifiquen el acceso o las líneas a preseleccionar

-unidad de preselección (línea individual o en bloque)

-Operador solicitante

-Operador de acceso

-Tipo de actuación o modificación (preselección DL, preselección global, etc)

-Fecha y firma del abonado/firma del representante o apoderado

Además, para mejor identificación de la solicitud se deberá incluir el Número de referencia asignado por el operador beneficiario (Nº Ref. operador).”

Procede entonces analizar el procedimiento establecido en la Circular el cual en su apartado 7.1 relativo a puesta a disposición de originales por el operador solicitante, indica que “*el operador que inicie la actuación a instancias del cliente dispondrá de una copia firmada de la solicitud del abonado preseleccionado*”. Ello supondrá que durante el plazo de 6 meses desde la activación, el operador afectado (operador que previamente a ejecutarse una actuación o modificación de preselección cursaba un determinado tipo de llamadas del abonado, y tras esta actuación dejará de cursarlas) podrá exigir la acreditación del consentimiento del cliente al operador solicitante, que habrá de facilitarlo en el plazo de 20 días naturales.

Este derecho no supone la posibilidad de exigir sistemáticamente dicha copia firmada, sino que debe restringirse a los casos en los que se planteen dudas razonables y justificadas sobre la legitimidad de la petición y siguiendo las condiciones que la propia Circular establece en dicho apartado. En concreto, se entendería contrario al espíritu del procedimiento establecido y, por ello, un incumplimiento del mismo que el operador afectado exija la copia firmada de más del 5 por 100 de las solicitudes remitidas al operador afectado por cada operador solicitante en una determinada semana.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según el procedimiento establecido en la Circular, sólo cuando las copias firmadas solicitadas por el operador afectado una vez analizadas revelaran que en una semana determinada más de la mitad de las mismas no contaran con el consentimiento del cliente, el operador afectado puede requerir al operador solicitante las copias firmadas de hasta un 25 por 100 de las solicitudes remitidas semanalmente durante un período que comprende dicha semana y las cuatro siguientes. Si en este caso, se diera de nuevo la circunstancia de que más de la mitad de las solicitudes comprobadas no contaran con el consentimiento del cliente, entonces el operador afectado puede requerir las copias firmadas de todas las solicitudes remitidas semanalmente durante dicha semana y las seis siguientes, teniendo en cuenta que para aplicar esta última medida, el operador afectado debería haber comprobado un mínimo del 20 por 100 de las solicitudes recibidas del operador solicitante en la semana en cuestión.

Esta previsión establecida en la Circular se entiende razonable puesto que supone una medida prudente que ayuda a limitar los casos de slamming a la vez que no implica una exigencia sistemática e indiscriminada de copias firmadas que únicamente vendría a complicar los procedimientos administrativos de la preselección dificultando su funcionamiento entre las partes. Por ello, nuestro ordenamiento obliga a los operadores beneficiarios a contar siempre con una autorización (escrita o verbal) de sus abonados.

En el mismo apartado de la Circular se especifica el procedimiento a seguir en el caso de que se soliciten las copias firmadas por el operador de acceso, según el cual, el operador beneficiario hará llegar a la Oficina de Tramitación de la Preselección, cuya dirección será proporcionada por el operador de acceso, las “copias/originales” firmadas por el titular del abono telefónico (o representante autorizado) en el horario hábil de la Oficina.

En el momento en que se entreguen las copias firmadas, el operador que las ha pedido sellará un albarán pro-forma, consistente en un listado de todas las copias/originales que el operador solicitante declara hacer entrega, indicando la fecha de recepción, disponiendo de un plazo de 2 días hábiles el operador que las recibe para comunicar si existe alguna discrepancia con lo entregado.

Por último según se indica en el procedimiento a seguir, *“el operador que entregue copias firmadas podrá requerir su devolución al operador afectado en el procedimiento de preselección que se las hubiera solicitado, teniendo que ser devueltas en un plazo máximo de 20 días naturales desde la recepción de las mismas”*.

Para garantizar lo reseñado el apartado 7.2 del Anexo II relativo a *“Irregularidades en la tramitación del procedimiento”* establece que si el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador beneficiario no atiende el requerimiento del operador de acceso de enviarle la copia firmada de la solicitud del abonado, éste podrá iniciar el proceso de inhabilitación de la preselección correspondiente. Del mismo modo, si el operador de acceso no atiende al requerimiento que le haga el operador solicitante de la devolución de la copia firmada de la solicitud, el operador afectado puede requerir al operador de acceso que proceda a deshacer la actuación correspondiente.

Finalmente, la Circular 2/2002, incluye los casos de habilitación a favor de un tercer operador, en los cuales si el tercer operador no atendiera la solicitud en el plazo estipulado del operador previamente preseleccionado, se procederá a deshacer la actuación de preselección ejecutada, teniendo el operador solicitante de la nueva preselección la obligación de comunicar al operador de acceso que debe procederse a deshacer dicha situación.

IV.- CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA A LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES POR JAZZ TELECOM, S.A.U.

Solicita Jazztel en su escrito la interpretación sobre cómo debe realizarse la remisión al operador de acceso (si éste se lo solicita al operador beneficiario) del contrato celebrado entre este último y el abonado. En concreto, consulta si es suficiente con una fotocopia del contrato o si es necesario el original.

Está claro que la preasignación constituye una herramienta esencial para la introducción y mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público. De esta forma, con la preselección se intentan eliminar las diferencias que en cuanto al acceso percibe un usuario en relación con el operador de acceso y los operadores entrantes. Por lo tanto, la instauración del procedimiento de preselección responde al objeto de conseguir una competencia real en el mercado y por ello el operador de acceso debe apoyar y no obstaculizar su desarrollo.

Se debe de tener en cuenta también que el operador de acceso en el momento en que recibe comunicación del operador beneficiario por el que le informa que determinados abonados han solicitado la preselección tiene un plazo de activación de cinco días (salvo que exista alguna de las causas de denegación fijadas en la Circular) sin poder condicionar dicha activación a la revisión de si existe o no consentimiento entre abonado y operador beneficiario. El hecho de la posibilidad de solicitar las copias firmadas al operador solicitante se realiza con el objeto de tener un cierto control dentro del procedimiento establecido de la preselección, teniendo en cuenta que el operador de acceso la activa y con un plazo *a posteriori* puede requerir esta información.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Queda claro pues que el operador de acceso puede hacer uso de su facultad de solicitar copia firmada siempre que con ello no resulte imposible realizar la preselección en los plazos señalados, pues de lo contrario estaría incumpliendo con su obligación.

En este sentido hay que precisar que la activación de la preselección y la disponibilidad de la copia firmada/original son procedimientos que responden a distintas necesidades, de forma que, mientras que la disponibilidad de la copia firmada/original se prevé para evitar el fenómeno del slamming, la obligación de activar la preselección en el plazo de 5 días desde la comunicación quiere salvaguardar la efectividad en la implantación de la preselección.

Más bien, de lo que se trata al permitir la solicitud de copias firmadas, no es otra que la de permitirle en los casos en que el operador de acceso tenga dudas sobre la legitimidad de las solicitudes un control sobre las mismas, pudiendo cancelar e inhabilitar a posteriori las preasignaciones realizadas indebidamente.

El ordenamiento jurídico no contiene una regulación general de los supuestos en los que las fotocopias puedan ser considerados documentos válidos o no. Pues bien, atendiendo a lo establecido en el artículo 1283 del Código Civil relativo a la interpretación de los contratos: *“Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”* junto con el artículo 1286 *“Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”*, se entiende que el sentido al referir la Circular “copia firmada/original” no es otro que lo que indica sin posibilidad de interpretación distinta alguna.

V. CONCLUSIONES

Única.- Una vez analizado el procedimiento administrativo a seguir por las partes y el objetivo por el cual así se ha establecido, la interpretación clara de la norma respecto de la posibilidad de presentar fotocopia del contrato celebrado entre el abonado y el operador beneficiario de la preselección hace indicar que atendiendo a la literalidad de la norma, se permite que se aporten al procedimiento administrativo el original del contrato, o en su caso, lo que se entiende generalmente por copia del contrato firmada por el abonado al cual se le presentan varios originales que tiene que firmar uno por uno.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera