



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 11/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al período de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle (DT 2010/2002).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de agosto de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) planteando una consulta en relación a la interpretación de diferentes disposiciones de la OBA sobre el par vacante. En la consulta Orange expone que Telefónica, en la práctica, efectúa las recuperaciones de bucle mediante la activación de servicios sobre un par vacante con portabilidad asociada. Orange solicita que esta Comisión interprete determinadas previsiones del apartado 1.5.4.8 de la OBA y confirme que en los casos en los que el alta en par vacante conlleva portabilidad, al no poder el operador seguir prestando sus servicios desde el momento en que Telefónica se conecta a la red interior, la baja debería ser automática y no facturable, de forma análoga a los traspasos entre operadores.

SEGUNDO.- En las inspecciones practicadas en el marco del expediente DT 2008/196¹ pudo constatarse, a través del análisis de la mensajería en los sistemas de provisión, cómo Telefónica en la práctica de recuperación de clientes nunca hace uso del procedimiento de recuperación de bucle, recogido en el apartado 1.5.4.8 de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) ya desde su primera revisión de 2002², con el fin de permitir el alta de un cliente final en los servicios minoristas de Telefónica y la baja automática del par desagregado por el operador alternativo.

En la mencionada resolución DT 2008/196 se establecieron una serie de aclaraciones adicionales respecto a la recuperación de bucle, orientadas a recalcar la obligatoriedad de tramitar la baja de forma automática cuando se produzca una recuperación de par³.

¹ Resolución de fecha 2 de abril de 2009 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en aspectos relacionados con el nivel de calidad del servicio de prolongación del par.

² Resolución MTZ 2001/4038 de fecha 29 de abril de 2002 por la que se insta a la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001.

³ "Si la portabilidad implica recuperación de bucle, la baja tendrá carácter automático, no conllevando contraprestación



TERCERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2010, esta Comisión procedió a la apertura de la del presente periodo de información previa, con el propósito de analizar en mayor profundidad los hechos anteriores y determinar la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo. Para ello, en esa misma fecha se emitió una orden de inspección cuyo objeto fue examinar el procedimiento de recuperación de clientes finales procedentes de operadores de acceso desagregado al bucle en sus modalidades de acceso desagregado y compartido sin STB⁴ (también denominado *naked*) utilizado por Telefónica, así como las repercusiones que ello pudiera tener para los operadores alternativos y sus abonados.

CUARTO.- La mencionada inspección se practicó en días comprendidos entre el 2 de diciembre de 2010 y 14 de enero 2011 desde la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Barcelona, quedando incorporada el acta a la información previa de referencia.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

De acuerdo con el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá 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 resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Dando cumplimiento a su función de definición y análisis de los mercados, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución MTZ 2008/626 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Dicha Resolución entró en vigor al día siguiente de su publicación, el pasado 18 de febrero de 2009, en el Boletín Oficial del Estado.

Dicha Resolución determinó que Telefónica tiene individualmente poder significativo en los mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo 2, apartado 8 de la LGTel. En consecuencia, se impusieron a Telefónica una serie de obligaciones, entre las que se cuentan las obligaciones de transparencia y no discriminación.

La obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado se concreta, entre otras, en la publicación por Telefónica de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos no necesarios para el servicio requerido.

económica para Telefónica. En caso contrario, Telefónica no comunicará la baja automática del servicio, no debiendo el operador abonar la baja del servicio si la solicita en un plazo de diez días laborables tras la ejecución del proceso de portabilidad.”

⁴ Servicio Telefónico Básico.



Dicha oferta de referencia vincula a Telefónica, en el sentido de que constituye un conjunto de prestaciones que Telefónica está obligada a ofrecer con unos niveles de calidad, plazos y demás condiciones de suministro equivalentes a las de sus propios servicios minoristas.

El artículo 7.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento MAN), señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar la información concreta que deberán contener las ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en dicha Ley.

Por lo tanto, de acuerdo con todo lo anterior, puede concluirse que esta Comisión tiene competencia para evaluar si el procedimiento utilizado por Telefónica para captar clientes finales con servicios previos de un operador alternativo se adecúa a las disposiciones en materia de acceso desagregado al bucle de abonado.

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas. En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA

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

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

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 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.

3. PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE CLIENTES POR TELEFÓNICA

3.1. Consulta planteada por Orange

Orange comienza exponiendo las disposiciones vigentes en la OBA en relación al par vacante: El par vacante posibilita a los operadores alternativos dar de alta una nueva línea y a



continuación desagregarla, sin necesidad de que el cliente final se vea obligado a solicitar previamente un alta de línea con Telefónica, como ocurría con anterioridad a que el par vacante fuera introducido en la OBA. Dicha situación motivó una modificación en la OBA consistente en introducir la posibilidad de dar de alta en mayorista nuevas líneas que serían desagregadas a continuación. Es decir, el par vacante se constituye como un bucle nuevo y, precisamente por ello, tiene un precio de alta superior.

Continúa Orange señalando que, como Telefónica puede dar de alta un par vacante para sí misma con el fin de dotar al domicilio de una segunda línea, la OBA prevé que el operador alternativo que venía prestando el servicio y recibe una petición de portabilidad de Telefónica, le comunique a ésta en un plazo de 10 días desde la activación del par vacante y la portabilidad si debe proceder a dar de baja el bucle original. Se trataría de un caso análogo al traspaso entre operadores, en el que no se facturan las bajas por entenderse que el cliente no quiere mantener el servicio original. En la OBA, cuando el operador beneficiario es Telefónica, el traspaso se denomina recuperación de bucle: cambia el operador que presta el servicio y posiblemente los servicios, pero no el bucle, y no procede facturar la baja mayorista al operador que pierde el cliente.

Orange explica que, pese a lo anterior, es sabido que Telefónica siempre utiliza el procedimiento de par vacante para dar servicio a clientes con servicio previo de operadores alternativos basados en accesos completamente desagregados o naked. Este uso sistemático del par vacante ha sido traído a colación en diversas reuniones de la Unidad de Seguimiento OBA, indicando Telefónica que tiene dificultades para identificar en sus sistemas los pares desagregados cuyos números han sido portados con otros operadores.

Orange indica que Telefónica, en realidad, efectúa las recuperaciones de bucle mediante la activación de servicios sobre un par vacante con portabilidad asociada. Ello es así porque, en el supuesto de que el cliente quisiera mantener dos líneas distintas, portando la voz con Telefónica y manteniendo los datos con el operador, para que ambos servicios pudieran convivir es necesario que Telefónica conecte su PTR nuevo a una nueva red interior. Orange dice haber podido comprobar cómo Telefónica no opera de este modo, sino que conecta su PTR a la red interior existente, o incluso a veces reutiliza el PTR de Orange, imposibilitando que ésta continúe prestando el servicio (sólo un PTR puede estar conectado a una red interior). Por consiguiente, el servicio de Orange queda interrumpido.

Actualmente, Telefónica solicita la ventana de portabilidad para el mismo día que tiene planificado hacer la instalación del par vacante, de manera que se active el servicio el mismo día. La portabilidad se solicita al operador donante con una antelación de 5 días, y es entonces cuando el operador debe confirmar la aceptación de la ventana de portabilidad, confirmar si el cliente quiere mantener o no una segunda línea, gestionar la baja en sus sistemas y comunicarle la baja a Telefónica, todo ello en un plazo de 10 días para que la baja no sea facturable, con lo que en múltiples ocasiones los operadores se ven obligados a pagar una baja que debería ser automática.

Por todo lo anterior, Orange solicita a esta Comisión que interprete el punto 1.5.4.8 de la OBA y confirme que en los casos en los que el alta en par vacante conlleva portabilidad hacia Telefónica, la baja es automática y no facturable, de forma análoga a los traspasos. Sólo en el caso puntual de que el par vacante se constituya como segunda línea (bucle nuevo, con nuevo PTR y nueva red interior), debería poder ser indicado por el operador donante al recibir la mensajería de la OBA y de este modo interrumpir la baja automática. Además, Orange solicita que se confirme que Telefónica debe remitir la mensajería de recuperación de bucle en estos casos de alta sobre par vacante con portabilidad.



Por otra parte, Orange muestra su desconcierto ante el motivo esgrimido por Telefónica para utilizar el alta sobre par vacante en lugar de realizar un traspaso, que no es otro que la dificultad en identificar el bucle a traspasar, cuando por otro lado defiende que el resto de operadores deben identificar los bucles desagregados mediante el número administrativo o la dirección (en los casos en que la numeración del acceso no pertenece a Telefónica). Orange no entiende tal argumento, si el método propuesto por Telefónica y usado por el resto de operadores (dirección o número administrativo) es tan válido como defiende o bien, el motivo real es otro distinto. Orange apunta que, con este procedimiento, Telefónica evita que los operadores alternativos puedan realizar labores de retención comercial sobre los clientes que pierden, al no recibir mensajería de recuperación de bucle.

Por último, alude Orange al hecho de que se está haciendo un uso ineficiente de los bucles vacantes y de que es inaceptable no utilizar el procedimiento regulado de recuperación de bucle. En definitiva, al utilizar el proceso de par vacante fraudulentamente (pues no instala un bucle nuevo), Telefónica consigue evitar que los operadores realicen labores de retención comercial y además factura la baja al operador alternativo.

3.2. Resultados de la inspección practicada

Según se detalla en el acta de fecha 14 de enero de 2011, la inspección tuvo por objeto examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales procedentes de operadores de bucle (concretamente para las modalidades de acceso desagregado y compartido sin STB o *naked*). En particular, se trató de dilucidar si el procedimiento de portabilidad sobre un nuevo acceso físico que viene utilizando Telefónica se ajusta a las disposiciones de la OBA y qué implicaciones tiene en el ámbito de los servicios mayoristas regulados en dicha Oferta.

La inspección consistió en contactar con abonados portados recientemente desde varios operadores de bucle hacia Telefónica⁵. Los inspectores tomaron una selección aleatoria de 500 números de teléfono, marcándose como objetivo conseguir 60 muestras válidas. Se realizaron en total 294 llamadas telefónicas, de las cuales 59 constituyen muestras válidas, esto es: en ellas los inspectores pudieron contactar y conseguir la colaboración e información suficiente del titular de la línea o, en su defecto, del familiar o la persona que estuvo al corriente de las gestiones del alta en el servicio con Telefónica.

Las conclusiones más relevantes obtenidas a partir de la información recabada en las mencionadas 59 llamadas válidas se recogen en las páginas 4-5 del acta de inspección y se transcriben a continuación:

“Partiendo de la información declarada por el abonado o persona allegada en el transcurso de esas 59 llamadas, se observan los siguientes hechos relevantes de cara a los servicios mayoristas de la OBA:

- 1. En el 98% de los casos, tras la petición de portabilidad del titular de la línea subyacía su voluntad de causar baja en los servicios prestados por el operador alternativo, según lo explicado por el interlocutor. Es decir, se trataba a todos los efectos de un cambio de operador con baja efectiva en los servicios del operador donante, a excepción de un único caso.*

⁵ En concreto, los datos de partida utilizados en la inspección corresponden a las 11.994 numeraciones fijas portadas entre el 18 de octubre y el 5 de noviembre de 2010 desde France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) y Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) –los tres operadores con mayor número de líneas desagregadas- hacia Telefónica. Los datos fueron obtenidos de la Entidad de Referencia (ER) de portabilidad fija.



2. *En el 85% de los casos, la persona contactada por los inspectores declaró que el personal de Telefónica por quien fue atendida al solicitar el alta le indicó que ellos se encargarían de todos los trámites de baja con el otro operador. Por el contrario, en un 8% de los casos dijo haber tenido que dirigirse al operador donante para cursar la baja y en el 7% no pudo aclarar al inspector este extremo con total seguridad.*
3. *En el 81% de los casos el interlocutor afirmó que el técnico de Telefónica no había instalado cableado ni rosetas adicionales a las que ya existían en su domicilio (en el restante 19% no pudo asegurarlo con certeza); de hecho, en un 10% de casos no llegó a realizarse la visita del técnico al domicilio del cliente. Ello constituiría un indicio de que en la mayor parte de los casos no se instaló ni un nuevo PTR⁶ adicional, ni nuevo cableado o rosetas en la red interior de usuario. O lo que es lo mismo, no se desplegó hasta dependencias del abonado un nuevo acceso físico en paralelo al que ya existía, y que soportaba anteriormente los servicios del operador donante, con lo cual el servicio mayorista habría quedado físicamente desconectado de la red de Telefónica.*
4. *Según las explicaciones ofrecidas por las personas entrevistadas, las actuaciones realizadas en su domicilio por el técnico de Telefónica parecen consistir, esencialmente, en la conexión de los equipos de Telefónica a la red interior de usuario existente y comprobación del funcionamiento del servicio. En algunos casos el interlocutor manifestó que el técnico le había informado sobre la ejecución de determinadas actuaciones en el exterior de su domicilio y en la central telefónica, cuya naturaleza concreta se desconoce.*
5. *El usuario relató haber sufrido incidencias en sus servicios en el transcurso o después del proceso de cambio de operador en el 18% de los casos⁷ y problemas en la tramitación de la baja con el operador anterior en el 35%.*

La siguiente tabla aglutina los resultados cuantitativos obtenidos en cada uno de los aspectos inspeccionados a partir de los datos declarados por las 59 personas que se prestaron a colaborar voluntariamente en la inspección:

⁶ Punto de terminación de red.

⁷ El criterio utilizado por los inspectores ha sido consignar únicamente los problemas en el servicio que pudieran ser susceptibles de guardar alguna relación con problemas derivados de las actuaciones de cambio de operador localizados exclusivamente en el par de cobre, cuando así se ha inferido de las explicaciones del abonado (no se han computado aquellas incidencias claramente asociadas a la configuración de los equipos de usuario, red interior en domicilio, disponibilidad de ciertos servicios como el contestador, etc.)



Aspecto examinado	Número de casos			Porcentaje		
	SI	NO	NS/ NC ⁸	SI	NO	NS/ NC
<i>Voluntad del abonado de causar baja en el servicio anterior</i>	58	1	0	98%	2%	0%
<i>Telefónica se responsabiliza de tramitar la baja</i>	50	5	4	85%	8%	7%
<i>Visita del técnico de Telefónica al domicilio del abonado</i>	52	6	1	88%	10%	2%
<i>Instalación de nuevo PTR o elementos de red interior usuario</i>	0	48	11	0%	81%	19%
<i>Interrupción del servicio u otro tipo de problemas durante o después del cambio</i>	14	45	0	24%	76%	0%
<i>Problemas en la tramitación de la baja con operador donante</i>	21	36	2	36%	61%	3%

3.3. Implicaciones de las prácticas de Telefónica

La inspección practicada ha tenido por objeto examinar los mecanismos de recuperación de clientes que emplea Telefónica de manera alternativa al procedimiento de recuperación de bucle de la OBA, al cual ésta no se acoge aduciendo una serie de dificultades (principalmente relacionadas con la supuesta imposibilidad de identificar adecuadamente el bucle a recuperar) pero que sí están obligados a hacer los operadores alternativos, cuando son estos los que recuperan clientes. A nivel de sistemas de provisión, Telefónica no ha implementado el procedimiento de recuperación de bucle en el actual SGO, y tampoco parece tener previsto su desarrollo en la nueva plataforma NEON⁹, cuyo piloto productivo tiene marcado su inicio en julio de 2011.

La utilización del procedimiento de recuperación de bucle presentaría como ventajas, de cara al operador alternativo, la baja automática (y no facturable) del par, y el envío de un mensaje a través de los sistemas de provisión OBA (con al menos 5 días de antelación), avisándole de que va a perder a su cliente final, según especifica el punto 3 del apartado 1.5.4.8 de la OBA (el subrayado es añadido):

“3. En el caso de recuperación del bucle por Telefónica con o sin portabilidad (el cliente desea contratar el servicio con Telefónica, sin haber causado todavía baja con el operador), Telefónica comunicará al operador afectado esta circunstancia (que se va producir una baja automática) al menos 5 días laborables antes de que se haga efectiva. En caso de baja de prolongación de par completamente desagregado con portabilidad, Telefónica en rol de operador receptor y el operador en rol de operador donante negociarán la determinación de la ventana de cambio de portabilidad, para su sincronización con las actuaciones de prolongación del par. El correspondiente mensaje de solicitud de portabilidad deberá hacer referencia a que ésta se solicita en el contexto del acceso desagregado al bucle.”

⁸ No sabe o no contesta.

⁹ Véase la página 35 del documento “Definición comercial de la prolongación de par en NEON” (resultado de los trabajos del foro de colaboración entre operadores para la migración de los servicios OBA a NEON) y que Telefónica ha remitido a esta Comisión con fecha 1 de marzo de 2011:

“Una prolongación de par puede darse de baja de tres formas distintas:

1. Solicitud de baja de la prolongación de par por el operador titular
2. Baja automática proveniente de otros procesos
3. **Recuperación del bucle por parte de Telefónica (Telefónica actualmente no utiliza esta opción).”**



Si la portabilidad implica recuperación de bucle, la baja tendrá carácter automático, no conllevando contraprestación económica para Telefónica.

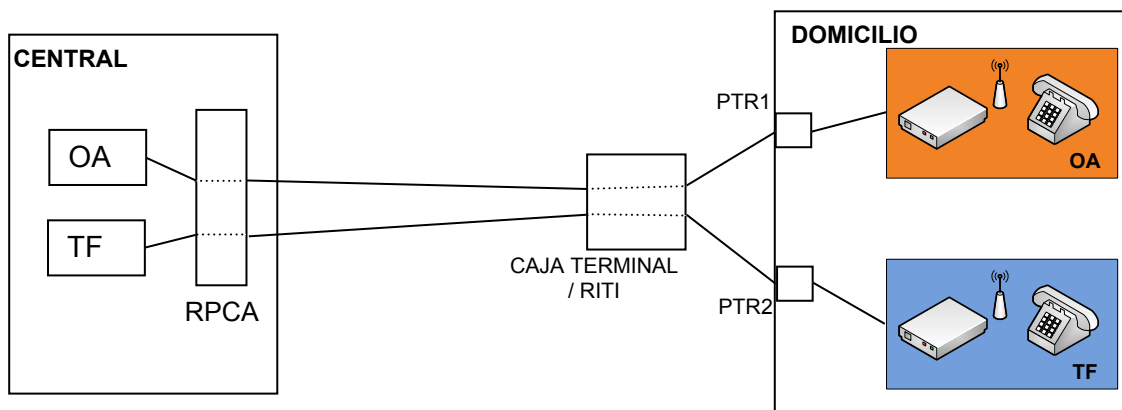
En caso contrario, Telefónica no comunicará la baja automática del servicio, no debiendo el operador abonar la baja del servicio si la solicita en un plazo de diez días laborables tras la ejecución del proceso de portabilidad.”

Básicamente, la recuperación de bucle es análoga a un traspaso de bucle hacia un operador alternativo. Pero en su lugar, Telefónica cursa una solicitud de portabilidad supuestamente sobre un nuevo acceso físico o bucle vacante, operativa que justifica sobre la base de que no le es posible identificar el bucle a recuperar y de que desconoce la relación comercial del cliente con su operador anterior o su voluntad de dar de baja los servicios previos, según ha manifestado en diferentes ámbitos. Es decir, Telefónica se acoge al último párrafo del punto de la OBA arriba transcrito. Para los bucles vacantes la OBA estipula (subrayado añadido):

“Suministro de bucles vacantes

Por medio de la presente oferta pueden solicitarse conforme a lo anterior bucles que no se encuentren en servicio, denominados bucles vacantes, siempre que no exijan la instalación de infraestructuras totalmente nuevas.”

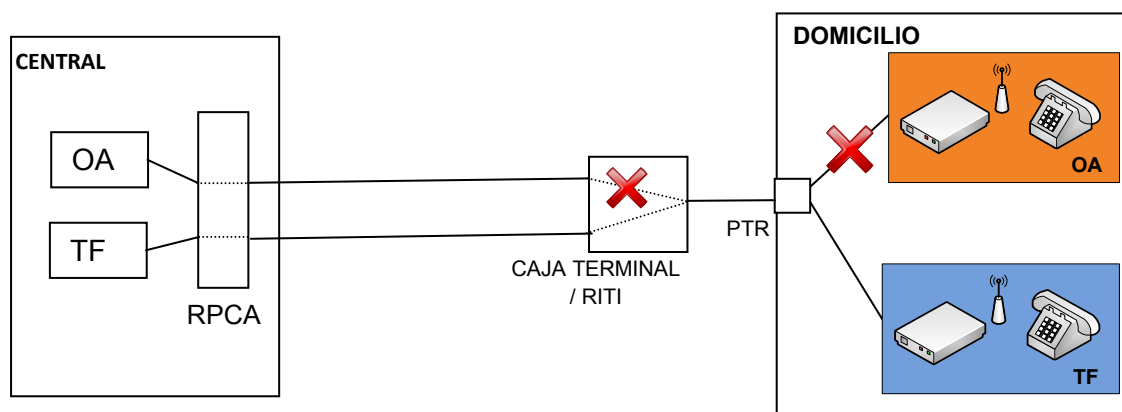
Esto es, si Telefónica efectivamente instalase un bucle vacante en un domicilio que ya dispusiese de servicios activos de un operador alternativo (OA), atendiendo a la definición de la OBA, la hipotética situación resultante tendría que ser necesariamente la siguiente:



Escenario 1. Alta minorista sobre bucle vacante (con nuevo PTR y acometida)

Es decir, el domicilio quedaría dotado de una nueva acometida, un nuevo PTR y una nueva red interior, no afectándose el servicio del operador alternativo. Evidentemente, lo anterior no es lo más eficiente si lo que se está practicando es una recuperación de cliente y tramitando un alta en Telefónica con baja simultánea en todos los servicios del operador cedente (telefonía y datos), lo cual se ha dado en el 98% de los casos analizados en la inspección.

De no instalarse dichos elementos, el despliegue del supuesto “bucle vacante” conllevaría simultáneamente la desconexión del servicio del operador alternativo, según refleja el esquema a continuación:



Escenario 2. Alta minorista con reutilización de PTR y acometida

Pues bien, los resultados de la inspección apuntan a que **Telefónica sistemáticamente reutiliza el PTR y la red interior de usuario ya instalados, inutilizando a todos los efectos el par del operador alternativo que soportaba previamente los servicios del cliente final**, y ello sin previo aviso a través de los sistemas de provisión de la OBA. Esto es, en realidad no se trata de un nuevo acceso físico extremo a extremo sino que se reutiliza, al menos parcialmente, el par con servicios activos de un operador alternativo.

En este sentido, de lo observado en la inspección se desprende que **el bucle utilizado estaría libre únicamente hasta la caja terminal¹⁰** (o hasta la regleta de entrada en el caso de RITI), pero el tramo final (acometida y PTR/PAU) correspondería a un par en servicio, que quedaría a todos los efectos dado de baja tras las actuaciones de Telefónica.

Además, cabe mencionar aquí la definición de servicio telefónico fijo disponible al público presente en el Anexo I del Reglamento de Mercados, el STFDP es: *“la explotación comercial para el público del servicio telefónico desde puntos de terminación de red en ubicaciones fijas”*. Esta definición presupone obviamente que para ofrecer el STFDP es necesaria la existencia de una línea física fija, que comprende un PTR de abonado, a través del cual el usuario conecta su equipo terminal y accede al servicio. En este caso el PTR es el mismo mediante el que el operador alternativo suministraba el servicio a su abonado, con lo cual no puede hablarse de la habilitación de un nuevo acceso físico previamente sin servicio o alta sobre bucle vacante.

En definitiva, y aún en el supuesto de que Telefónica efectivamente instalase infraestructuras total o parcialmente nuevas hasta la caja terminal/RITI y considere, en consecuencia, que ello no cabe bajo la denominación de “recuperación de bucle” sino bajo la de “alta sobre bucle vacante”, lo cierto es que el resultado es idéntico: el alta en sus servicios minoristas y la desconexión simultánea del par del operador alternativo. Por consiguiente, Telefónica debería cursar estas altas en sus servicios minoristas mediante el cauce reglado en la OBA para ese fin, que no es otro que el procedimiento de recuperación de bucle.

Además la inspección también da cuenta de suficientes indicios sobre que, en la mayoría de los casos, Telefónica tenía perfecto conocimiento acerca de la voluntad del abonado de causar baja en los servicios del operador de bucle (de hecho, en un 85% de los casos Telefónica indicó expresamente al usuario que se encargaría de cursar dicha baja), con lo

¹⁰ La inspección únicamente proporciona indicios que permiten inferir la reutilización de, al menos, PTR y red interior de usuario ya existentes, pero no es posible dilucidar si dicha reutilización se produce también para el resto de segmentos del par hasta la central.



cual no podría admitirse el desconocimiento de la relación comercial del cliente final con el operador alternativo como justificación para acogerse continua y sistemáticamente a una salvaguarda que se introdujo en la modificación de OBA 2004 para cubrir únicamente hipotéticos casos puntuales en que no fuera posible determinar si la portabilidad se corresponde con una baja del par desagregado¹¹.

Cabe añadir que la referida resolución DT 2008/196, de fecha 2 de abril de 2009, en su Resuelve Quinto obligaba a Telefónica a la corrección de las deficiencias observadas en las inspecciones practicadas en el marco del procedimiento y, entre otras obligaciones, se requería la puesta en práctica del procedimiento de recuperación de bucle, de acuerdo a los principios establecidos en la OBA.

Telefónica se ha mantenido en su negativa a implementar en los sistemas mayoristas la recuperación de bucle, persistiendo en la utilización de una operativa supuestamente basada en portabilidad sobre "par vacante" (que no sería tal, en virtud de lo expuesto hasta ahora), operativa que a su juicio está totalmente justificada, según manifestó en la Unidad de Seguimiento OBA. Pues bien, resulta evidente a todas luces que tal operativa confiere a Telefónica importantísimas ventajas con respecto a sus competidores, que incluyen:

- Simplificar en gran medida la tramitación de las altas minoristas, pues se libera del esfuerzo de identificar el par a recuperar y se desentiende de cualquier gestión de cara al operador de bucle.
- Trasladar esa carga a los operadores, pues les obliga a mantener una coordinación perfecta entre sus áreas de portabilidad y bucle, viéndose obligados continuamente a identificar los pares cuya numeración ha sido portada y solicitar su baja a tiempo, cuando en realidad dicha baja debería ser automáticamente cursada por Telefónica y sin coste para el operador.
- Impedir a los operadores alternativos acciones de retención comercial de los clientes, al no remitir la comunicación de preaviso de pérdida del cliente a través de los sistemas de provisión OBA.
- Y, lo que resulta más importante, Telefónica no trata a sus competidores como se trata a sí misma.

Efectivamente, si los operadores pretendiesen acogerse al mismo procedimiento que usa Telefónica para sí misma para recuperar clientes con servicios ya activos, al margen del hecho de que esta última les aplicaría las condiciones económicas que rigen en la OBA para el alta de bucle vacante, cuyos precios normalmente resultan significativamente superiores a las del alta sobre un bucle ya en servicio (puede facturarse instalación de PTR, nueva acometida, conexión en RITI, etc.), nunca contarían con el factor sorpresa con el que cuenta Telefónica cuando practica la recuperación de clientes mediante par vacante y que dificulta especialmente la retención de clientes.

¹¹ Resolución de modificación de OBA MTZ 2003/1000, de fecha 31 de marzo de 2004 (páginas 40-41 de la resolución): "Sin embargo, TESAU expone que, a menos que el cliente se lo exprese de forma explícita, no está en condiciones de conocer si el cliente desea dar de baja el servicio prestado por el otro operador sobre el par desagregado. A ello cabe responder que TESAU debería esforzarse durante su actividad comercial en aclarar dicho aspecto y así poder dar debido cumplimiento a lo establecido en el citado apartado de la OBA. De todos modos, en los casos en los que TESAU no pueda esclarecer si el alta de su servicio se corresponde con una baja del bucle desagregado, e inicie por ello directamente el procedimiento un proceso de portabilidad sin hacer mención al bucle desagregado, resulta claro que no debería abonarse la cuota de baja del servicio de prolongación de par. Bastaría que el operador afectado solicitara entonces la baja del servicio en un plazo razonablemente corto, por ejemplo de diez días laborables, que permitiera vincular dicha baja al alta del mismo cliente en el servicio de TESAU."



Pues bien, estas actuaciones sistemáticas de recuperación de clientes vía portabilidad, inhabilitando al tiempo el acceso físico del operador alternativo –acceso cuya baja debe solicitar proactivamente el operador, so pena de verse obligado a abonarla- están ligadas a una voluntad de elusión de los mecanismos previstos en la OBA para la portabilidad y no sólo tienen como consecuencia dejar completamente vacío de contenido el procedimiento de recuperación de bucle de la OBA, sino que dan a Telefónica una ventaja competitiva por estar basada en un trato discriminatorio a sus competidores.

Telefónica estaría, de este modo, desatendiendo al punto 3 del apartado 1.5.4.8 de la OBA y al resuelve Quinto de la resolución DT 2008/196, al no implementar la recuperación de bucle, y transformando esta omisión en un vehículo para vulnerar su obligación de no discriminación como operador con poder significativo en el Mercado 4, recogida en el apartado 3 del Anexo 1 de la resolución MTZ 2008/626¹² (resolución del Mercado 4), al ofrecerse a sí misma un cauce para los traspasos de clientes que, ni tiene cabida actualmente en el marco de la OBA, ni es puesto a disposición de los operadores alternativos en unas condiciones de suministro equivalentes.

En efecto, se trata de una práctica manifiestamente discriminatoria por cuanto que los operadores alternativos, aparte de abonar las altas sobre bucle vacante a un precio superior, no tienen la capacidad de acogerse a un procedimiento de traspaso similar al que Telefónica parece estar utilizando para sí misma. Ello es así porque si un operador solicitase un bucle vacante en un domicilio con servicios ya activos, Telefónica, teóricamente, debería instalar una segunda línea en paralelo (incluyendo nueva acometida y PTR), pudiendo facturar dichas tareas según la lista de precios de la OBA. Una vez completada de forma efectiva la provisión del par vacante, el operador podría cursar la portabilidad sobre el nuevo acceso físico. Como ya se ha expuesto anteriormente (escenario 1), esta no es una solución eficiente para llevar a cabo un traspaso.

Por otra parte, si Telefónica se escuda en eventuales dificultades para identificar los pares sin numeración de Telefónica (desagregados y compartidos sin STB), es importante destacar que los operadores alternativos se ven igualmente obligados a enfrentarse a esos mismos problemas cuando tratan de captar clientes de otros operadores (los denominados traspasos de operador). Efectivamente, en ausencia de numeración de Telefónica, los operadores pueden recuperar la identificación del par (número administrativo) consultando las bases de datos mediante el código GESCAL (callejero interno de Telefónica) correspondiente a la dirección del usuario, código que previamente los operadores han de obtener aplicando una serie de formatos y reglas preestablecidos por Telefónica.

El callejero GESCAL fue defendido por Telefónica en el expediente DT 2008/674¹³ como piedra angular de los procesos de provisión mayorista y minorista, y como único sistema que permite identificar inequívocamente y sin incertidumbres ni rechazos los domicilios de abonado¹⁴. Esta Comisión aceptó la propuesta de Telefónica de basar los procesos de

¹² Resolución de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

¹³ Resolución de 3 de junio de 2010, sobre los Sistemas de Información y Provisión de la OBA.

¹⁴ Ver "Propuesta de identificación de domicilios y accesos de cobre en solicitudes de prolongación de par y acceso indirecto en NEON", Anexo 1 a las alegaciones de Telefónica de fecha al expediente DT 2008/674 (el subrayado es añadido):

"Uno de los aspectos clave para lograr una alta eficiencia y calidad en la provisión de los servicios de prolongación de par y de acceso indirecto de la OBA es la adecuada identificación del acceso en cada solicitud.

Tradicionalmente se han producido dificultades en la identificación del acceso, principalmente en la identificación del mismo en el



provisión en GESCAL frente a otras alternativas disponibles, como el callejero oficial del INE, o la georreferenciación de domicilios, entre otros motivos por entender que era el método idóneo para minimizar la ambigüedad en la identificación de pares¹⁵ y aceptarlo como un salto cualitativo con respecto a la situación anterior, según lo planteado por Telefónica.

Por consiguiente, ahora que los operadores se hallan inmersos en la adaptación de sus sistemas a GESCAL en NEON, no resultaría admisible que dicha herramienta presentase tales deficiencias que impidiesen a Telefónica y a los operadores, con carácter general, identificar adecuadamente un par o un domicilio concreto. Si ello fuera así, cabría plantearse cuáles son exactamente las ventajas que representa la identificación de domicilios mediante la codificación GESCAL de Telefónica con respecto a la utilización de literales. En consecuencia, la base de datos GESCAL debe cumplir unos requisitos de calidad aceptables que permitan identificar los domicilios de abonado con un grado de certidumbre acorde a los niveles de excelencia comprometidos por Telefónica en el expediente DT 2008/674, para lo cual Telefónica debería subsanar las deficiencias de que adolece GESCAL.

Visto todo lo anterior, únicamente cabe concluir que cuando inicie un proceso de portabilidad, **Telefónica debe avisar al operador afectado a través de los sistemas de provisión OBA** con la antelación mínima de 5 días prevista, **de que se va a producir una baja automática del abonado cuya numeración va a ser portada hacia Telefónica y cursar dicha baja automáticamente y sin coste alguno para el operador**. Las posibles dificultades puntuales que pudieran presentarse en el proceso, en relación a problemas en la identificación del par (o de otra índole) deberían ser abordadas y gestionadas por Telefónica como excepciones al caso general mediante la misma herramienta: los sistemas de provisión OBA.

En consecuencia, debe obligarse a Telefónica a cesar de manera inmediata en estas prácticas de recuperación de clientes mediante portabilidad, y a gestionar adecuadamente y por los mecanismos pertinentes -los sistemas de provisión de los servicios mayoristas de acceso al bucle- las bajas automáticas y no facturables asociadas a una portabilidad desde un operador de bucle hacia Telefónica.

III APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Esta Comisión considera que del análisis realizado a lo largo de la presente Resolución se desprenden indicios suficientes que permiten concluir que Telefónica puede haber realizado actividades e incurrido en omisiones tipificadas en el apartado r) del artículo 53 de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 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 Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4 j) y 50.7 de la LGTel,

caso de alta sobre vacante, ocasionando el consumo de gran cantidad de recursos por parte de Telefónica."

"Actualmente la validación se realiza en un día para todos aquellos servicios en los que el dato de entrada utilizado para la identificación del acceso es un número de teléfono o un administrativo, pero resulta sumamente improbable conseguirlo en aquellos casos en los que el dato de entrada para identificar el bucle es el domicilio, puesto que la validación requiere en muchos casos actuaciones manuales. Las causas de dichas actuaciones manuales son las inexactitudes derivadas de la identificación de domicilios partiendo de la descripción que de los mismos se incluyen en las solicitudes que realizan los operadores al provenir de distintas herramientas."

¹⁵ Ver página 30 de la resolución DT 2008/674: "A raíz de las alegaciones recibidas en este procedimiento se considera necesario que, de oficio, Telefónica asigne un código GESCAL a cada bucle vacante que, no teniendo asociado ninguno, sea activado a solicitud de algún operador. Esto debería facilitar la gestión de los traspasos de bucles entre terceros".



corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos establecidos en dicha Ley.

A tales efectos, el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

(...)).».

IV INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

1. Tipo infractor

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

El artículo 53.r) tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos y omisiones de Telefónica pueden considerarse como actividades susceptibles de ser comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

2. Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en los puntos a) y b) del artículo 56.1 de la LGTel, la sanción que puede ser impuesta a las presuntas infracciones son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de



inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

“Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor una multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.”

3. Órgano competente para resolver

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

4. Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Telefónica deberá cesar, con carácter inmediato, en sus prácticas de recuperación de clientes procedentes de operadores de acceso al bucle mediante procesos de uso de par vacante y portabilidad y utilizar los procedimientos OBA para recuperación de bucle debiendo, tal y como lo hacen sus competidores, comunicar y gestionar la correspondiente baja automática del par del operador alternativo a través de los sistemas de provisión OBA.

SEGUNDO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por presunto incumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado y de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución MTZ 2008/626 de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de



acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

TERCERO.- Nombrar instructor del presente procedimiento sancionador a Dña. Elena Álvarez Vázquez quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen del plazo de cuarenta días, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

QUINTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEXTO.- En el supuesto de que Telefónica reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.



SÉPTIMO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.