



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

JORGE SANCHEZ 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 05/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de febrero de 2012, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual se aprueba la

### **Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U., por el 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 (RO 2011/937).**

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 05/12 del día de la fecha, la siguiente Resolución.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.- Resolución de 22 de enero de 2009.**

Mediante Resolución de fecha 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626) se aprobó la definición de los mercados de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales y de acceso mayorista de banda ancha, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones (en adelante, Resolución de los Mercados 4 y 5).

En dicha Resolución se concluyó que los mercados de referencia no eran realmente competitivos, se identificó a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) como operador con poder significativo y se le impuso las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban la obligación de proporcionar servicios mayoristas de acceso



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

desagregado a todos los operadores a precios regulados, la obligación de transparencia y la de no discriminación.

En relación con la obligación de transparencia se consideró que la oferta de servicios mayoristas de acceso desagregado e indirecto al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) continuaba vigente, incluyendo las modificaciones posteriores.

Por otra parte, en cuanto a la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado, en dicha Resolución se estableció que *“[L]a obligación de no discriminación consiste en que los operadores con PSM en el mercado mayorista deben aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales. En particular, la no discriminación debe referirse tanto a la calidad del servicio, como a los plazos de entrega y demás condiciones del suministro”*.

### **SEGUNDO.- Escrito de France Telecom España, S.A.**

Con fecha 11 de agosto de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de consulta de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) por el que señala lo siguiente:

- Que *“TESAU siempre utiliza el procedimiento de par vacante para ofrecer sus servicios a clientes que tuvieran contratado el servicio con un operador alternativo con el que portaron su número geográfico, bien habiendo utilizado la opción del acceso completamente desagregado o bien la del acceso compartido en su modalidad”*.
- Que esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto en las reuniones de la Unidad de Seguimiento de la OBA (en adelante, USOBA) y que Telefónica alega *“que tiene dificultades para identificar en sus sistemas los pares desagregados cuyos números han sido portados con otros operadores”*.
- Que en estos casos Telefónica estaría realizando *“una recuperación del bucle mediante la activación de servicios sobre un par vacante con portabilidad asociada”* y que, por tanto, *“cuando TESAU da de alta un par vacante y esto conlleva una portabilidad, consideramos que igualmente debe entenderse que el cliente no quiere mantener la línea que ya tenía con otro operador, de manera que la baja debería ser automática de forma análoga al caso de los traspasos”*.
- Por todo ello, Orange solicitaba a esta Comisión que confirmase *“que los casos en los que el alta de par vacante conlleva portabilidad, al no poder el operador seguir prestando sus servicios desde el momento en que TESAU se conecta a la red interior, la baja debería ser automática y no facturable. Sólo en el caso de que el par vacante se constituya como segunda línea incluso conllevando portabilidad y, por tanto, se tienda un bucle nuevo y nueva red interior (situación que se podría dar en caso de clientes empresariales), debería poder ser indicado por el operador donante al recibir la mensajería de la OBA y de este modo interrumpir la baja automática”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

- Orange proponía que esta Comisión interpretase el punto 1.5.4.8. Procedimiento de baja de prolongación de par de la OBA -que establecía que *“si la portabilidad implica recuperación de bucle, la baja tendrá carácter automático, no conllevando contraprestación económica para Telefónica”*- en el sentido de que debía *“aplicarse igualmente a los casos en el que el nuevo servicio y la portabilidad del número se hagan sobre par vacante, con la excepcionalidad de que el operador indique lo contrario al recibir la mensajería OBA, si se mantuviera una segunda línea (caso de clientes empresariales básicamente)”*. Asimismo, Orange solicitaba que se especificase en la mensajería de la OBA que Telefónica procede en estos casos a recuperar el par.
- Por último, Orange indicaba que *“no debería permitirse por parte de esa CMT el uso ineficiente de pares vacantes que está haciendo TESAU, conociéndose su escasez (así alegada por la propia TESAU en otros ámbitos) y la necesidad de utilizarlos lo más eficientemente posible en procedimientos que verdaderamente requieran de pares vacantes para construir bucles o accesos físicos nuevos, y aún más cuando nos consta un número no negligible de rechazos en la provisión por ausencia de par vacante cuando Orange intenta utilizar esta facilidad para sus altas”*.

### **TERCERO.- Apertura del presente sancionador.**

A raíz de la citada consulta de Orange, con fecha 8 de noviembre de 2010 se procedió a abrir de oficio un 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. En el marco de dicha información previa se acordó la realización de actuaciones inspectoras, 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 servicio telefónico básico utilizado por Telefónica.

Mediante Resolución de 31 de marzo de 2011 el Consejo de esta Comisión puso fin al periodo de información previa y acordó la apertura del presente 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 (en adelante, LGTel), por presunto incumplimiento de la OBA y de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5 (Documento 1).

En concreto, el presente sancionador se inicia a consecuencia de la existencia de indicios de que Telefónica estaría recuperando clientes mediante el procedimiento de alta de par vacante seguido de la tramitación de portabilidad, dejando vacío de contenido el procedimiento de recuperación de bucle establecido en la OBA, y ello estaría dando a Telefónica una ventaja competitiva por estar basada en un trato discriminatorio a sus competidores.

Dicho Acuerdo de iniciación fue notificado a Telefónica el día 4 de abril de 2011, según consta debidamente acreditado (Documento 1.1).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Asimismo, el citado Acuerdo de iniciación fue comunicado a la Instructora en fecha 8 de abril de 2011 (Documento 1.2).

### **CUARTO.- Incorporación al procedimiento sancionador.**

Mediante escrito de la Instructora de 11 de abril de 2011 (Documento 2) se requirió al Director Técnico copia compulsada de toda la documentación obrante en el expediente DT 2010/2002 relativo a la Información previa iniciada con objeto de examinar el procedimiento utilizado por TESAU para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación del bucle.

Mediante escrito del Director Técnico de 12 de abril de 2011 (Documento 3) se remitió el expediente original para proceder a la copia compulsada del mismo.

### **QUINTO.- Alegaciones de Telefónica al Acuerdo de Inicio.**

Con fecha 18 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicita ampliación del plazo inicialmente otorgado para formular alegaciones (Documento 6). Mediante escrito de la Instructora de 24 de mayo de 2011 se comunicó a Telefónica que no se daban las circunstancias necesarias para acceder a la ampliación del plazo solicitado (Documento 7).

Con fecha 24 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que formula alegaciones al Acuerdo de Inicio previamente notificado (Documento 8). En dicho escrito, Telefónica alega fundamentalmente lo siguiente:

- i. Inexistencia de incumplimiento por parte de Telefónica de lo dispuesto en la OBA y de conducta antijurídica que motive la incoación de un sancionador.

Señala Telefónica que la conducta tipificada en el artículo 53. r) de la LGTel se configura *“como un tipo infractor “en blanco” en la medida en que se establece un deber general de cumplir las resoluciones que dicte la CMT y para analizar si existe una infracción de las previstas en el artículo 53.r) de la LGTel será necesario determinar con toda precisión cuál es el alcance de la obligación que supuestamente la CMT ha impuesto al operador en su resolución y si dicha obligación se ha visto conculcada. En relación con el pretendido incumplimiento de la OBA que se imputa a mi representada en este expediente sancionador, la CMT entiende que Telefónica de España no se ajusta en su actuación a lo dispuesto en dicha oferta en relación con la recuperación de clientes al utilizar el alta de par vacante con portabilidad”*.

Conforme a lo alegado por Telefónica, la recuperación de bucle mediante alta de par vacante se encuentra recogida en la OBA en el apartado 1.5.4.8. Así, según Telefónica en dicho apartado se contempla tanto el caso de recuperación de bucle, es decir, traspaso del mismo bucle, como el caso de alta de par vacante con portabilidad. Según Telefónica dicha posibilidad se encuentra recogida en el citado apartado de la OBA cuando se indica que *“[E]n 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”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Según Telefónica, en este párrafo *“se contempla el caso contrario, que no es otro que la posibilidad de que la portabilidad no implique recuperación de bucle, sino sólo la del cliente y la manera de realizar esta actuación es a través de un alta de par vacante. En dicha situación de alta de nuevo par, el operador no deberá abonar a Telefónica de España la baja si la solicita en un plazo de 10 días desde la ejecución del proceso de portabilidad. En el caso de par vacante con portabilidad, al igual que en el caso de recuperación de bucle, los operadores receptores deben fijar la ventana de cambio de portabilidad con el operador donante. Posteriormente, [...] el operador donante tiene después hasta diez días hábiles para solicitar la baja sin coste. [...] En ninguno de los dos supuestos tiene por qué derivarse coste alguno para el operador. Cuestión diferente es que en el caso del alta del par vacante la baja no es automática, sino que es el operador el que debe proceder a solicitar la baja de la facturación”*.

ii. Sobre la eventual modificación de la OBA.

De acuerdo con lo anterior, Telefónica señala que no puede deducirse que su actuación no se ajuste a lo dispuesto en el vigente texto de la OBA y que *“[O]tra cosa es que quiera automatizarse el proceso de baja de facturación, pero para ello [...] sería necesario proceder a la modificación de la OBA”*.

Así, señala Telefónica que en el Acta de la reunión de la USOBA celebrada el 25 de mayo de 2010 (Telefónica adjunta copia de dicho Acta) se señaló lo siguiente:

*“Tratamiento de la activación de servicios sobre par vacante.*

*Astel manifiesta que la recuperación de bucle mediante activación de servicios sobre un par vacante que lleve asociada una portabilidad del número es un supuesto análogo a un traspaso entre operadores, en el que Telefónica debería informar a los operadores mediante mensaje de recuperación de bucle” y aplicar la baja automática.”*

Alega Telefónica que la propia Astel cuestiona si la recuperación mediante el alta de par vacante con portabilidad debe suponer el envío de mensajería de recuperación y la baja de facturación automática, pero no pone en duda la utilización por Telefónica del procedimiento de alta de par vacante para la recuperación de cliente.

En el Acta se añade que:

*“Telefónica señala que no entiende que los operadores no puedan dar de baja el servicio mayorista en 10 días cuando la normativa actual de usuarios establece incluso un plazo más breve, en concreto 2 días tras la portabilidad para dar de baja al cliente. Telefónica estima que nada justifica un cambio en la operativa actual.*

*Orange y Vodafone señalan que la situación actual no es aceptable porque supone una mala utilización de los procedimientos recogidos en la OBA.*

*Se constata que no existe acuerdo. Los SCMT estiman que para atender la petición de Astel sería necesario aprobar una modificación de la OBA, bien para ampliar el plazo o bien para establecer la baja automática. Hasta su modificación Telefónica debe seguir cumpliendo lo establecido en la OBA”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Concluye Telefónica que “[V]emos una vez más que los operadores, cuando se produce una portabilidad con alta de par vacante o una alta sin recuperación de bucle, deben solicitar en el plazo de diez días la baja para que Telefónica de España no la facture. Para automatizar la baja de facturación sería necesario modificar la OBA. Mientras tanto Telefónica debe seguir cumpliendo lo establecido en la misma”. En definitiva, señala Telefónica que “[N]o puede por lo tanto, en ningún caso deducirse la antijuridicidad de la conducta”.

### iii. Inexistencia de prácticas discriminatorias.

Según Telefónica, esta Comisión para afirmar la existencia de prácticas discriminatorias se basa en el hecho de que la operativa de alta de par vacante con portabilidad confiere a Telefónica las siguientes ventajas: a) Telefónica no trata a sus competidores como se trata a sí misma; b) Telefónica simplifica la tramitación de las altas minoristas ya que se libera de identificar el par a recuperar y se desentiende de cualquier gestión de cara al operador de bucle; c) Telefónica traslada dicha carga a los operadores, de tal forma que tienen que tener una coordinación perfecta entre sus áreas de portabilidad y bucle, conllevando un coste adicional para éstos; y d) Telefónica impide que los operadores alternativos realicen acciones de retención comercial de clientes.

En relación con estas supuestas ventajas, señala Telefónica en sus alegaciones que “discriminar supone dar un trato de inferioridad o distinto a aquellos cuyas circunstancias son análogas” y que el procedimiento de alta de par vacante con portabilidad utilizado por Telefónica es el mayoritariamente utilizado por todos los operadores actualmente cuando no existe un número de teléfono de Telefónica asociado al acceso.

Telefónica manifiesta en sus alegaciones que en el Informe de los Servicios de esta Comisión remitido en el marco del expediente DT 2010/1756 se reconoce expresamente “que la mayoría de los operadores utilizan dicho procedimiento de alta de par vacante con portabilidad” y que son los propios operadores los que “han solicitado que se mantenga el proceso de alta de par vacante con portabilidad y que, en caso de no mantenerse para terceros en un futuro, se obligue también a Telefónica de España a utilizar en exclusiva el proceso de traspaso en vez del proceso de alta de par vacante. Es decir, que los propios operadores asumen que el proceso utilizado por Telefónica de España es el mismo que ellos utilizan y que es necesario para recuperar clientes de otros operadores”.

Por ello, Telefónica indica que “no se entiende que se acuerde incoar frente a Telefónica de España un expediente sancionador por una presunta discriminación a sus competidores máxime si se tiene en consideración el procedimiento de alta de par vacante con portabilidad se viene utilizando –con consentimiento y conocimiento de la CMT como se verá seguidamente- no sólo por Telefónica de España sino también por parte de los demás operadores alternativos”.

Telefónica añade que si los operadores alternativos entendiesen que Telefónica estuviese aplicando condiciones discriminatorias, no podría entenderse que el procedimiento de recuperación de clientes mediante alta de par vacante no haya ocasionado conflictividad entre los operadores en el marco de la OBA durante todos estos años.

En relación con la liberación de la carga de identificar el par a recuperar, Telefónica considera que la utilización de alta de par vacante no le libera de la misma, pues “[U]n alta



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*de par vacante, entre otros aspectos, conlleva necesariamente la intervención de un operario que acude a un domicilio a instalar y confirma la ubicación exacta con el cliente. [...] Todo ello facilita la identificación para el momento del alta, con independencia de posibles nomenclaturas/códigos diferenciados que un domicilio haya podido tener en etapas anteriores o de las variaciones que se puedan producir posteriormente".* Telefónica añade que *"cuando el número de teléfono no es de Telefónica de España, sólo el operador donante conoce la relación entre el administrativo que identifica el acceso y el número de teléfono a portar"*.

En relación con esta cuestión Telefónica señala que tiene las mismas dificultades de identificación de los accesos que el resto de operadores encuentran en el traspaso entre terceros y que, sin embargo, no existen cuando el donante es Telefónica. De hecho, según Telefónica, ésta es una de las razones por las que el procedimiento de alta de par vacante es el utilizado por todos los operadores, de forma general, cuando el operador donante no es Telefónica.

En cuanto a la supuesta coordinación entre las áreas de portabilidad y bucle de los operadores que la utilización de este procedimiento provoca, Telefónica señala que la propia OBA prevé que si en un plazo de 10 días hábiles desde la portabilidad, el operador donante solicita la baja del acceso que tiene asociado a la numeración portada, ésta no se le facturará (es decir, en 15 días hábiles o 3 semanas desde la solicitud realizada por el operador donante). Esta premisa implica *"que el coste de la baja lo asume Telefónica de España, no trasladando dicho coste al operador"* y *"que el plazo ofrecido a los operadores en la OBA para cursar la baja del acceso sin coste, es muy superior a los 2 días previstos en la normativa minorista para cursar las bajas a petición de cliente final"*.

Por otra parte, señala que en el caso de utilizar el alta de par vacante Telefónica tiene que asumir mayores costes, derivados de la necesidad de envío de un operario al domicilio de cliente y no sólo a la central.

Por último, en relación con la supuesta obstaculización por parte de Telefónica de la realización de acciones de retención comercial de clientes por parte de los operadores alternativos, Telefónica señala que *"con el actual procedimiento de alta sobre par vacante con portabilidad, el operador donante de la portabilidad está en todo momento informado de que el cliente va a darse de baja con él, puesto que acepta con 5 días de antelación la fecha de ventana de trabajos en la que se realizará la portabilidad, lo que implicará la baja del cliente [...] Dichos terceros operadores pueden perfectamente desarrollar acciones de recuperación de clientes"*.

#### iv. Sobre la ausencia de culpabilidad de Telefónica.

Por último, Telefónica alega que ha llevado a cabo esta actuación con el conocimiento y aceptación tanto de esta Comisión como del resto de operadores del mercado y aporta como prueba de ello el Acta de la Reunión de la USOBA de 25 de mayo de 2010 ya citada.

Por ello, señala Telefónica que *"resulta difícilmente comprensible que, después de tomar la decisión recogida en el acta sobre la necesidad de modificar la OBA para automatizar la baja de facturación y manifestar que mientras tanto Telefónica de España debe seguir cumplimiento lo establecido en la misma, meses más tarde, proceda la CMT a abrir un*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*expediente sancionador contra mi representada por la realización de estas actividades de recuperación de cliente mediante alta de par vacante, cuando había tenido conocimiento pormenorizado de ello y no había manifestado en ningún momento que con ello se estuviera incumpliendo la OBA”.*

Por todo lo anterior, Telefónica solicita que se proceda al archivo del presente procedimiento sancionador.

### **SEXTO.- Incorporación al expediente.**

Mediante escrito de la Instructora de 26 de octubre de 2011 (Documento 9) se requirió al Director Técnico copia compulsada de toda la documentación obrante en el expediente DT 2010/1756 relativo a la Resolución sobre la modificación de la OBA en relación con los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VSDL2.

Mediante escrito del Director Técnico de 3 de noviembre de 2011 (Documento 10) se remitió el expediente original para proceder a realizar copia compulsada de la citada documentación.

### **SÉPTIMO.- Propuesta de resolución de la Instructora.**

Con fecha 1 de diciembre de 2011, la Instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

*“**ÚNICO.-** Que, conforme a lo previsto en el artículo 20.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y atendiendo a los hechos y fundamentos de derecho de la presente Resolución, se declara la no existencia de la infracción muy grave tipificada en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al no apreciarse incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 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.”*

La propuesta de resolución fue recibida por Telefónica el día 7 de diciembre de 2011.

### **OCTAVO.- Escrito de alegaciones al trámite de audiencia.**

Mediante escrito de 21 de diciembre de 2011 Telefónica vino a dar cumplimiento al trámite de audiencia y a formular las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. En el citado escrito Telefónica manifiesta su conformidad con el archivo de las actuaciones (Documento 14).

## **II. HECHOS PROBADOS**

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

**ÚNICO.- Que Telefónica utiliza el procedimiento de alta de par vacante para recuperar clientes.**

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del presente procedimiento sancionador, este Hecho Probado resulta de lo siguiente:

De las propias declaraciones de Telefónica en el foro de la USOBA. En el Acta de la reunión de la USOBA celebrada en Madrid el 25 de mayo de 2010, a la que asistió por parte de Telefónica, entre otros, el Director de Regulación y Mercados, se recoge en el apartado 2.7 lo siguiente:

*“Astel manifiesta que la recuperación de bucle mediante activación de servicios sobre par vacante que lleve asociada una portabilidad del número es un supuesto análogo a un traspaso entre operadores, en el que Telefónica debería informar a los operadores mediante mensaje de “recuperación de bucle” y aplicar la baja automática.*

*Telefónica señala que no entiende que los operadores no puedan dar de baja el servicio mayorista en 10 días cuando la normativa actual de usuarios establece incluso un plazo más breve, en concreto 2 días tras la portabilidad, para dar de baja al cliente. Telefónica estima que nada justifica un cambio en la operativa actual.*

*Se constata que no existe acuerdo. Los SCMT estiman que para atender la petición de Astel sería necesario aprobar una modificación de la OBA, bien para ampliar el plazo o bien para establecer la baja automática. Hasta su modificación Telefónica debe seguir cumplimiento lo establecido en la OBA”.*

Telefónica únicamente cuestiona aquí las dificultades de los operadores para dar de baja el servicio mayorista en el plazo estipulado para proceder a la recuperación del cliente mediante alta de par vacante, pero en ningún momento niega la afirmación de Astel sobre la utilización de este procedimiento. Se puede concluir, por tanto, que mediante estas declaraciones Telefónica y Astel asumen que el procedimiento que utiliza para recuperar clientes es el de alta sobre par vacante.

Asimismo, este Hecho Probado resulta de las propias alegaciones al presente procedimiento sancionador de Telefónica, en las que reconoce que utiliza el procedimiento de alta de par vacante con portabilidad para recuperar clientes. Así, a lo largo de su escrito de alegaciones Telefónica realiza las siguientes afirmaciones:

- Que *“cuando un cliente de un tercer operador decide volver con Telefónica de España, ésta, al igual que el resto de operadores [...] procede a la recuperación del mismo mediante una actuación en la que combina un alta de un par vacante en el domicilio del usuario al que recupera junto con la tramitación de la portabilidad”.*
- Que *“no se entiende que se acuerde incoar frente a Telefónica de España un expediente sancionador por una presunta discriminación a sus competidores máxime si se tiene en consideración que el procedimiento de alta de par vacante con portabilidad se viene utilizando –con el consentimiento y conocimiento de la CMT como se verá seguidamente- no sólo por Telefónica de España sino también por*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*parte de los demás operadores alternativos de forma mayoritaria y éstos insisten en seguir utilizándolo en el futuro”.*

- *Que “para Telefónica de España las dificultades de identificación de accesos son las mismas que las que los operadores se encuentran en el caso de traspaso entre terceros y que, sin embargo, no existen cuando el donante es Telefónica de España. En este sentido, ésta es una de las razones por las que el procedimiento de alta de par vacante es el utilizado por todos los operadores, de forma general, cuando el operador donante no es Telefónica”.*
- *Que “[P]or otra parte, y en relación con la aplicación de condiciones económicas para el alta de par vacante contempladas en la OBA, éstas no son discriminatorias en relación con la práctica de mi representada en el caso del minorista. En efecto, en el caso de utilizar la solución de alta de par vacante, Telefónica de España también tiene que asumir mayores costes, derivados de la necesidad de envío de un operario al domicilio del cliente y no sólo a la central. Estos costes son asumidos íntegramente por Telefónica de España y no se trasladan a terceros operadores. En definitiva no se traslada carga alguna de coordinación perfecta, ni coste alguno a los operadores, derivado de la actual operativa de Telefónica de España”.*

En conclusión, ha quedado probado que Telefónica utiliza el procedimiento de recuperación de cliente mediante alta de par vacante.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.**

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *“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 y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.*

Asimismo, según el artículo 48.4 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, esta Comisión ejercerá, entre otras, las siguientes funciones *“j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”.*

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a) 1º) de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

### **SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.**

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes. En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por el presunto incumplimiento del procedimiento establecido en el apartado 1.5.4.8 relativo al Procedimiento de baja de prolongación de par recogido en la OBA vigente en el momento de producirse los hechos y de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5.

Tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Único Telefónica utiliza el procedimiento de alta de par vacante seguido de portabilidad para proceder a la recuperación de clientes. Este hecho podría suponer un incumplimiento del Procedimiento establecido en la OBA sobre la baja de prolongación de par así como un incumplimiento de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5. A continuación se procede a analizar estos dos posibles incumplimientos.

En primer lugar, se procederá a analizar el posible incumplimiento del procedimiento establecido en la OBA de recuperación de clientes (Procedimiento de baja de prolongación de par).

El apartado 1.5.4.8 de la OBA establece el procedimiento de recuperación de cliente mediante la recuperación de bucle. Respecto a este procedimiento la OBA establecía en el momento de producirse los hechos lo siguiente: *“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 baja con el operador), Telefónica comunicará al operador afectado esta circunstancia (que se va a 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. Si la portabilidad implica recuperación del bucle, la baja tendrá carácter automático, no conllevando contraprestación económica para Telefónica.”*

Es decir, se establecía así un procedimiento específico de recuperación de cliente mediante recuperación de bucle. Sin embargo, éste no es el procedimiento utilizado por Telefónica, pues, como ha quedado acreditado, el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes es el de alta de par vacante seguido de un procedimiento de portabilidad.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Pues bien, el procedimiento de recuperación de clientes mediante alta de par vacante se encuentra también recogido en la OBA. En efecto, en el citado apartado 1.5.4.8 se establece que “[S]i la portabilidad implica recuperación de bucle, la baja tendrá carácter automático, no conllevando contraprestación económica para Telefónica. En caso contrario [si la portabilidad no implica la recuperación de bucle, es decir, se realiza mediante alta de par vacante], 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”.

A la hora de analizar la conducta de Telefónica objeto del presente procedimiento es preciso atender a las razones que motivaron la inclusión de esta posibilidad en la OBA y que se encuentran recogidas en la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la misma.

En dicha Resolución, en el apartado III.2.5 relativo a la recuperación de abonado vía proceso de portabilidad esta Comisión señaló lo siguiente respecto a las posibilidades de mejora de la OBA:

*“El texto de la OBA (apartado 1.5.4.8) ya establece que la baja por recuperación del bucle debe comunicarse con antelación al operador afectado: “En el caso de recuperación del bucle por Telefónica (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 a producir una baja) al menos 5 días laborables antes de que se haga efectiva”. Asimismo, ya se establece lo siguiente en caso de portabilidad: “El correspondiente mensaje de solicitud de portabilidad deberá hacer referencia a que ésta se solicita en el contexto del acceso desagregado al bucle”.*

*[...] 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 un proceso de portabilidad sin hacer mención al bucle desagregado, resulta claro que no debería abonarse la cuota de baja del servicio de prolongación. Bastaría que el operador afectado solicitara entonces la baja del servicio en un plazo razonablemente corto, por ejemplo de días laborables, que permitiera vincular dicha baja al alta del mismo cliente en el servicio de TESAU”.*

Por ello, se consideró necesario incluir en el apartado 1.5.4.8 la citada previsión de que en caso de recuperación de cliente por parte de Telefónica por medio del proceso de portabilidad sin comunicar la baja del servicio de prolongación de par, el operador no deberá abonar la baja del servicio si la solicita en el plazo de diez días laborables tras la ejecución del proceso de portabilidad. En dicha Resolución esta Comisión añadía que:

*“Como ya se ha comentado, esta Comisión considera que TESAU debería esforzarse en su acción comercial para esclarecer si el cliente quiere dar de baja el bucle en la solicitud de portabilidad. Aunque en principio, como señala TESAU, puedan existir situaciones en que el bucle desagregado corresponda a una numeración no conocida por TESAU, sólo se establece que en los casos comentados no se deberá abonar la correspondiente cuota de baja si se trata en realidad de un alta en el servicio de TESAU. En modo alguno se bloquea el acceso de TESAU a dicho cliente, a pesar de*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*que no debería resultarle inviable a la fuerza comercial de TESAU determinar, en contacto con el cliente, si la línea afectada se va a mantener en servicio con el otro operador o bien se desea su reversión a TESAU. En todo caso, si bien se establece como norma general, en consonancia con lo que ha venido solicitando ASTEL, que TESAU debe solicitar la recuperación del bucle con la antelación especificada, se incluye también la previsión respecto al pago de la cuota de baja que toma en debida cuenta los casos en que la puesta en práctica del procedimiento se muestre dificultosa”.*

En definitiva, la inclusión de esta posibilidad contemplada en la OBA de recuperar clientes mediante alta de par vacante se encontraba justificada para aquellos supuestos en los que Telefónica encontrase dificultades para esclarecer si el cliente, en su solicitud de portabilidad, quería dar de baja a su vez el bucle del operador donante. Se trataba, por tanto, de un procedimiento alternativo al procedimiento general recogido en la OBA, esto es, el procedimiento de recuperación de bucle.

Sin embargo, el aumento del uso del procedimiento de desagregación de bucle por parte de los operadores alternativos en los últimos años ha incrementado las dificultades a la hora de identificar el número administrativo asociado al cliente por parte de Telefónica. En este sentido, este operador señala en sus alegaciones al presente procedimiento sancionador que *“en la actualidad, cuando el número de teléfono no es de Telefónica de España, sólo el operador donante conoce la relación entre el administrativo que identifica el acceso y el número de teléfono a portar. Ello dificulta la identificación del acceso a traspasar con origen en operadores alternativos”.*

La existencia de estas dificultades ha sido reconocida por esta Comisión. Así en la Resolución de 28 de julio de 2011<sup>1</sup> esta Comisión señalaba que *“[L]a identificación del par a desagregar no reviste, a priori, de especiales dificultades cuando el número de teléfono asociado al mismo pertenece a Telefónica. Se trata de un dato conocido por el cliente final que el operador puede utilizar directamente para solicitar la prolongación del par. Sin embargo, en el caso de un bucle que se encuentre ya desagregado por otro operador autorizado, es preferible utilizar otro tipo de identificador dado que la numeración telefónica del par pertenece a dicho operador y no consta en las bases de datos de Telefónica”.*

Por tanto, cabe concluir que todas las circunstancias antes descritas motivaron que el procedimiento concebido como alternativo pasó a convertirse en el procedimiento habitual utilizado por Telefónica.

En la citada Resolución de 28 de julio de 2011 en la que se procedió a modificar la OBA con el objetivo de implantar un procedimiento automatizado para efectuar la recuperación del bucle y el procedimiento de portabilidad de manera coordinada<sup>2</sup> se consideró razonable que,

---

<sup>1</sup> Resolución de 28 de julio de 2011 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación con los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2.

<sup>2</sup> En concreto, la citada Resolución establecía el siguiente procedimiento para la recuperación del bucle por Telefónica: Telefónica envía al operador donante un mensaje de inicio de recuperación de bucle (donde incluirá el dato relativo a la numeración a portar y el administrativo del par) comunicando que se va producir una baja automática.

<sup>1º</sup> *“Telefónica procede a cursar a través de la ER la solicitud de portabilidad mediante el proceso 12. Además de los datos obligatorios previstos en la especificación de portabilidad vigente para SP asociada a bucle, debe consignar*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

de manera transitoria y hasta la entrada en vigor del citado procedimiento, *“Telefónica de manera análoga al resto de operadores, tenga la opción de cursar un alta sobre par vacante como procedimiento operativo para recuperar clientes ante la falta de disponibilidad de un procedimiento de recuperación de bucle automatizado”*.

En definitiva, el procedimiento utilizado por Telefónica de recuperación de clientes mediante alta de par vacante se encuentra recogido en la OBA desde el 2004.

No concurre, por tanto, en este aspecto tipicidad en la conducta de Telefónica.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5, hay que tener en cuenta que dicha obligación de Telefónica consiste en aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales.

Pues bien, tal y como ha constatado esta Comisión en varias ocasiones, entre ellas en la citada Resolución de 28 de julio de 2011, a falta de un procedimiento satisfactorio en la OBA para los traspasos entre terceros operadores (al tener las mismas dificultades que Telefónica para identificar el número administrativo), los operadores alternativos hacen uso con carácter general del servicio de prolongación de par sobre bucle vacante para, posteriormente, tramitar la portabilidad. Es decir, los operadores alternativos hacen uso del procedimiento de alta sobre par vacante, al igual que Telefónica.

De hecho, en la citada Resolución de 28 de julio de 2011 se expone lo siguiente: *“[P]or otro lado, los operadores han abogado de manera generalizada por mantener el alta sobre par vacante seguida de portabilidad como opción alternativa sine die, alegando que se trata de un procedimiento robusto que evita problemas al cliente final. [...] No obstante, aún tratándose de una solución ineficiente para los traspasos que debería tender a desaparecer, dada la situación actual es necesario permitir a los operadores alternativos que continúen utilizando el procedimiento actual consistente en alta sobre par vacante seguido de portabilidad normal mediante el proceso 1, especialmente cuando no exista la suficiente certidumbre como para aplicar el traspaso directo actual”*.

---

obligatoriamente:

- Ventana de portabilidad deseada: la fecha determinada por Telefónica para la recuperación de bucle
  - Número administrativo del par
  - Identificador de proceso de bucle
- 2º El operador donante validará la portabilidad y comprobará la correspondencia entre número de teléfono a portar y administrativo del par. En caso de denegación de la SP por este motivo, el donante facilitará el administrativo correcto en el campo “descripción causa denegación”.
  - 3º La adecuada coordinación de las actuaciones en central (y, en su caso, domicilio de abonado) con la portabilidad serán responsabilidad de Telefónica.
  - 4º Cuando la solicitud de portabilidad sea cancelada por voluntad expresa del usuario final, será asimismo responsabilidad de Telefónica cancelar las tareas asociadas a la recuperación del par.
  - 5º Una vez efectuados los trabajos en la ventana programada, Telefónica comunicará al operador donante la baja automática del par a través de los sistemas de provisión OBA (baja que en ningún caso estará sujeta a contraprestación económica para Telefónica”).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

En definitiva, habida cuenta que los operadores alternativos no sólo hacen uso del procedimiento de alta sobre par vacante al igual que Telefónica, sino que han solicitado su mantenimiento a pesar de haberse previsto un procedimiento específico de traspaso, no se puede calificar la conducta de Telefónica analizada en el presente procedimiento como discriminatoria. No concurre, por tanto, en este aspecto tipicidad en la conducta de Telefónica.

En consecuencia, conforme lo dispuesto en el artículo 20.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, procede declarar la no existencia de infracción, en lo que se refiere exclusivamente al objeto del presente procedimiento.

Vistos los Antecedentes de hecho, Hechos probados y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Que, conforme a lo previsto en el artículo 20.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y atendiendo a los hechos y fundamentos de derecho de la presente Resolución, se declara la no existencia de la infracción muy grave tipificada en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al no apreciarse incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 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.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de



---

## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 3 del artículo 48 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***