



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 núm. 12/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE LA DENUNCIA DE VODAFONE ESPAÑA S.A.U. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. POR LOS PLAZOS DE DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO DE ACCESO INDIRECTO SIN SERVICIO TELEFÓNICO

DT 2008/1184

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito de Vodafone España S.A.U.

Con fecha 7 de julio de 2008 se recibe en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone), por el que esta entidad denuncia el incumplimiento por parte de Telefónica de España S.A.U. (en adelante, Telefónica) de los plazos descritos en la Resolución de fecha 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) (en adelante, Resolución MTZ 2006/1019) para el lanzamiento del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico (ST).

Vodafone manifiesta no haber recibido comunicación formal por parte de Telefónica de los cambios en los procedimientos del SGO que habrían de estarse implementando, y que dicha comunicación debería haberse producido antes del 27 de mayo de 2008. Con fecha 16 de junio y dada la proximidad de la fecha tope estipulada para el inicio de las pruebas, Vodafone consideró oportuno que Tele2 procediera a consultar a Telefónica sobre dichos cambios. Vodafone indica que a fecha de remisión del escrito no haber recibido respuesta ninguna de Telefónica, ni tampoco sobre planificaciones alternativas. No obstante, a través de conversaciones telefónicas, los representantes de Telefónica dieron a entender el posible retraso en los plazos establecidos.

Vodafone solicita que se inste a Telefónica a justificar el retraso en la comunicación de la apertura del procedimiento de pruebas y a cumplir con los plazos incluidos en la Resolución MTZ 2006/1019 en lo que a disponibilidad del servicio se refiere y que se detallan a continuación:

1º. Telefónica deberá comunicar a los operadores los cambios en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) como máximo con fecha de 27 de mayo de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2º. Los operadores podrán realizar pruebas conjuntas con Telefónica durante un mes entre el 27 de mayo de 2008 y el 27 de julio de 2008, por lo que el inicio de las pruebas conjuntas debería tener lugar, como máximo, el 27 de junio de 2008.

3º. Telefónica deberá ofrecer el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, de manera plenamente operativa, antes del 27 de julio de 2008.

Asimismo, Vodafone solicita que se inste a Telefónica a compensar los perjuicios que el retraso haya podido causar al resto de operadores.

Segundo.- Inicio de procedimiento

A tenor de la denuncia presentada por Vodafone, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (norma a la cual se acoge esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas), procede a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Requerimiento de Información a Telefónica

A la vista de la proximidad de las fechas de disponibilidad de la nueva modalidad indirecta, con fecha 11 de julio de 2008 esta Comisión remitió un requerimiento de información a Telefónica para conocer el estado de implantación del nuevo servicio solicitando la siguiente información:

- 1º. Fecha de comunicación a los operadores afectados sobre los cambios a introducir en el SGO y distribución de la documentación.
- 2º. Resultado de las pruebas sobre los procedimientos relativos al acceso indirecto sin servicio telefónico llevadas a cabo con los operadores alternativos.
- 3º. Situación de los trabajos necesarios para la disponibilidad en los PAIs de las conexiones para acceso indirecto sin servicio telefónico, tanto para GigADSL como para ADSL-IP.

Cuarto.- Manifestaciones y respuesta al requerimiento de información

Con fecha 29 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica (referenciado al expediente MTZ 2006/1019), dando respuesta al requerimiento efectuado, el cual se incorporó al expediente DT 2008/1184. Asimismo, dentro del mismo escrito, Telefónica procede a incorporar sus manifestaciones en relación al incumplimiento de las fechas especificadas en la Resolución de revisión de la OBA para el servicio indirecto sin servicio telefónico:

Implementación del servicio de acceso indirecto sin ST

Telefónica manifiesta que durante el proceso de revisión de la OBA ya indicó en su escrito de alegaciones, la imposibilidad de implementar una solución en el SGO que permitiera la gestión del servicio indirecto 'desnudo' en el plazo propuesto por esta Comisión y estimado en 4 meses. Asimismo expone que el escaso tiempo disponible para la formulación de alegaciones le impidió llevar un análisis detallado que permitiera la evaluación, valoración de alternativas y estimación de tiempo necesario para la implementación de las necesarias funcionalidades en el SGO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según Telefónica, los servicios de acceso indirecto sobre bucle sin línea telefónica se podrían considerar como servicios totalmente nuevos por su implementación, mantenimiento, modelos de atención comercial y técnica, y facturación, entre otros aspectos, implicando a todos los sistemas de la cadena de provisión. Añade asimismo que no solamente sería necesario el desarrollo del servicio, sino el también el de los posibles movimientos desde servicios existentes minoristas y mayoristas, hacia y desde la nueva modalidad, afectando por tanto al tiempo total de desarrollo.

Tomando en consideración todos los aspectos, las nuevas estimaciones de Telefónica justificarían, según el operador, una implementación por fases previendo completarse antes de finales de 2009. A continuación, no obstante, indica que esa planificación podría verse afectada por la necesidad de tener que implementar en el futuro nuevos servicios regulados que impactarían en el desarrollo del servicio indirecto sin ST: es decir, al menos 21 meses (frente a los 4 meses impuestos), pero sin garantizar que este plazo vaya a ser cumplido.

Ante la aprobación de la resolución de la OBA en la que se especificó un plazo de 4 meses para la prestación del servicio indirecto sin ST, y ante la negativa de esta Comisión de ampliar el plazo solicitado en el recurso, Telefónica interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en fecha 3 de junio de 2008. Asimismo Telefónica solicitó, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución del apartado segundo (párrafos segundo y tercero) de la parte dispositiva de la Resolución impugnada. El operador indica que los plazos insuficientes que con demasiada frecuencia suele establecer la CMT, impactan de forma directa en la calidad del servicio, ya que esta situación suele provocar modificaciones en los desarrollos, resultando este aspecto perjudicial tanto para Telefónica como para los operadores.

Sobre las dificultades técnicas

Telefónica señala en su segunda manifestación, las dificultades encontradas en la implementación del servicio. Independientemente de la disconformidad manifestada por Telefónica en cuanto a los plazos establecidos, el operador indica que ha iniciado el proceso de implementación del servicio, lo cual le ha permitido corroborar la complejidad de la solución debido a las dificultades encontradas entre las que señala, como más relevantes, la ausencia de ST, la coordinación con tareas de portabilidad y el número de movimientos a implementar.

Solución de contingencia para la provisión del servicio de acceso indirecto sin ST

Telefónica apunta, en su tercera manifestación, la creación de una solución de contingencia para la provisión del servicio de acceso indirecto desnudo principalmente manual, en la que *“intervendrían más de 65 personas”*, y se requerirían actuaciones coordinadas entre Telefónica y el operador solicitante en determinados momentos. Hasta la disponibilidad definitiva de la solución automatizada, la solución de contingencia limitaría el cupo de solicitudes por operador, diferenciando asimismo el volumen de solicitudes por día tanto en las fases de pruebas, como en la fase de implementación una vez concluidas dichas pruebas. Las solicitudes que no se ajustaran a los requisitos de cupos se rechazarían en bloque. Asimismo, Telefónica determinará qué movimientos son los más demandados hacia el ADSL sin ST, desarrollando éstos en la solución de contingencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contestación al requerimiento de información

En su respuesta al requerimiento de información, Telefónica no aborda ninguna de las cuestiones planteadas, las cuales sólo se referían a la solución automatizada vía SGO, haciendo así caso omiso de la información requerida. Alternativamente, Telefónica responde a las mismas como si hubiesen sido referidas en relación a su propuesta de solución de contingencia, de la siguiente forma:

- 1º. La fecha en la que se va a comunicar a los operadores la solución de contingencia será el 28 de julio de 2008.
- 2º. El inicio de pruebas sobre la solución de contingencia se realizará a partir del 31 de agosto de 2008.
- 3º. La disponibilidad de las conexiones en la solución de contingencia será aproximadamente de un mes a partir del inicio de pruebas.

Quinto.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 28 de agosto, se remitió escrito a Telefónica para declarar la no confidencialidad de la totalidad de la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008, acerca del incumplimiento de plazos impuestos en la resolución MTZ 2006/1019 de 27 de marzo para el lanzamiento del nuevo servicio de acceso indirecto sin ST.

Sexto.- Alegaciones de France Telecom España, S.A.

Con fecha 1 de septiembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de France Telecom España S.A. (en adelante Orange) en relación a la denuncia interpuesta por Vodafone contra Telefónica. Orange reitera lo denunciado por Vodafone en relación al incumplimiento de las obligaciones previstas en el punto segundo de la resolución de 27 de marzo, ya que tampoco tiene constancia de comunicación alguna de Telefónica informando de los cambios en el SGO, ni de que el servicio haya estado, ni esté actualmente disponible. Orange considera oportuno iniciar un expediente sancionador contra Telefónica por incumplimiento reiterado de la OBA.

Séptimo.-Recurso de Telefónica contra la declaración de confidencialidad

Con fecha 19 de septiembre, tuvo entrada en esta Comisión escrito de Telefónica por el que interponía recurso de reposición ante el levantamiento total de confidencialidad del escrito de respuesta al requerimiento de Información de Telefónica y en el que se incluían las manifestaciones en relación a las obligaciones impuestas en relación al nuevo servicio. En fecha 22 de septiembre de 2008 esta Comisión procede a la incoación del expediente AJ 2008/1548 para analizar los motivos que justificarían, según Telefónica, mantener la confidencialidad de la información.

Octavo.-Resolución sobre el Recurso de reposición

Con fecha 16 de octubre de 2008 se desestima el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la resolución del Secretario de fecha de 28 de agosto de 2008.

Noveno.- Informe de los Servicios

Con fecha 9 de diciembre de 2008, se emite informe de los Servicios a audiencia en el presente procedimiento. Del análisis de las alegaciones iniciales, en el Informe se proponía que Telefónica debería tener operativa en el plazo máximo adicional de tres



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

meses la solución automatizada en las condiciones aprobadas por esta Comisión, incluyendo en este plazo la comunicación previa a los operadores y las pruebas conjuntas. Superado el plazo de tres meses, y hasta la disposición efectiva del servicio, se contemplaba que todas las altas del servicio de acceso indirecto cuyo objetivo hubiera sido ofrecer desde un inicio el servicio sin ST, quedarían exentas del pago de la alta, ya que el mismo no se prestaba como tal, y dados los esfuerzos económicos adicionales de los operadores que, en consecuencia, habrían de realizar para poder competir con servicios minoristas de Telefónica tales como el dúo.

Décimo.- Ampliación de plazo

Con fecha 30 de diciembre de 2008, se reciben sendos documentos por parte de Telefónica y Vodafone en los que se solicita ampliación de plazo para la presentación de alegaciones.

Undécimo.- Alegaciones de Orange al Informe de la Audiencia

Con fecha 8 de enero de 2009 tuvo entrada en esta Comisión escrito de Orange presentando las alegaciones al Informe de los Servicios sometido a Audiencia. En su primera alegación, Orange indica que el informe de audiencia pone de manifiesto el efectivo incumplimiento de Telefónica de la Resolución MTZ 2006/1019 y la inadmisibilidad de la solución de contingencia. En este sentido Orange señala que si Telefónica hubiera cumplido lo previsto en la Resolución de 27 de marzo de 2008, los operadores alternativos podrían prestar los servicios a sus clientes en condiciones de igualdad. Sin embargo, la indisponibilidad de la solución conlleva que los operadores deban incurrir en gastos adicionales en el desarrollo de soluciones de contingencia provisionales y que no garantizan una alternativa de calidad.

Estos aspectos suponen un evidente incumplimiento de la obligación de transparencia impuesta a Telefónica en las Resoluciones de 11 de mayo y 1 de junio de 2006 porque implica que los operadores deban pagar por recursos innecesarios. Orange reafirma lo expresado en el informe en relación a la insuficiente dedicación de recursos por parte de Telefónica para implementar los cambios en la OBA y que resultan en la indisponibilidad del servicio.

Las dificultades halladas tanto en la provisión del servicio mayorista AMLT como las propias del servicio indirecto desnudo obstaculizan, según Orange, la actividad de los operadores alternativos y especialmente en los servicios empaquetados dúo otorgando por tanto una ventaja competitiva a Telefónica. Orange manifiesta su disconformidad ante la propuesta del informe de otorgar 3 meses adicionales para la integración definitiva de la solución automatizada e indica que no considera aliciente suficiente el que Telefónica no tenga derecho a cobrar cuotas de alta correspondientes a los servicios no prestados. En este sentido sugiere que esta Comisión debería adoptar medidas económicas que permitan utilizar otros servicios mayoristas hasta la disponibilidad efectiva de la solución, como podría ser la combinación de servicio AMLT e indirecto, además de posibles compensaciones mediante la reducción del precio del servicio indirecto sin ST durante un plazo equivalente al retraso.

Asimismo propone que ya que no se garantiza la replicabilidad de la solución, esta Comisión debería instar a Telefónica a la no comercialización de paquetes dúo fuera de la zona ULL hasta la disponibilidad automatizada de la solución. En los aspectos técnicos Orange señala que no se dan los requisitos mínimos que garanticen el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

funcionamiento del servicio de voz sobre IP. Esto impide que se pueda ofertar una alternativa de calidad y que los usuarios estén, por tanto, abocados a utilizar el servicio actual de Telefónica.

Duodécimo.-Alegaciones de Vodafone al Informe de Audiencia

Con fecha 15 de enero de 2008 tuvo entrada en esta Comisión escrito de Vodafone presentando las alegaciones al Informe de los Servicios. Vodafone coincide fundamentalmente con el análisis realizado por los Servicios de la Comisión, si bien considera que la propuesta final no es coherente con el análisis realizado.

Apunta que las medidas propuestas no están orientadas a la compensación de los operadores ni a incentivar a Telefónica al desarrollo de la solución. Desde su perspectiva, únicamente una solución completamente automatizada tiene sentido y no se plantea la utilización de la solución manual de contingencia, siendo por tanto la exención de cobro de altas una medida poco alentadora. A juicio de Vodafone la problemática abordada bajo el expediente DT 2008/787 para la contratación coordinada y simultánea del servicio mayorista AMLT difiere de la propia del servicio indirecto, aunque haya también dos servicios que pueden ser solicitados mediante una petición única.

Según Vodafone, esta Comisión debería instar a Telefónica a proporcionar de forma inmediata la solución automatizada. También añade una segunda medida por la que propone que Telefónica compense por los perjuicios ocasionados, mediante la gratuidad de las altas durante un periodo igual al retraso ocasionado.

Decimotercero.-Alegaciones de Telefónica al Informe de Audiencia

Con fecha 16 de enero de 2009, tuvo entrada en esta Comisión escrito de Telefónica presentando las alegaciones al Informe de los Servicios.

Sobre el nuevo plazo de cumplimiento propuesto en el Informe de Audiencia de la CMT, Telefónica indica estar realizando grandes esfuerzos para desarrollar una solución totalmente automatizada capaz de soportar casi todos los movimientos que este servicio pueda requerir en el nuevo plazo propuesto. No obstante recalca la extrema complejidad de la solución automatizada y el reducido plazo impuesto por la Resolución MTZ 2006/1019 e igual a 4 meses, aspecto que le obligó a presentar recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional.

Según el operador, el plazo estipulado le forzó a desarrollar una alternativa manual debido a la imposibilidad de proporcionar una solución automatizada. En cualquier caso manifiesta haber trabajado en el desarrollo de ambas soluciones. Telefónica quiere destacar la no comercialización de ADSL sin ST minorista, no existiendo por tanto una desventaja competitiva y de discriminación respecto al servicio mayorista, cumpliendo así con la obligación de no discriminación que tiene impuesta. De forma idéntica a las manifestaciones presentadas en el requerimiento de información, Telefónica vuelve a recalcar las dificultades de automatizar el servicio.

En este sentido indica la necesidad de realizar desarrollos en múltiples sistemas y no de forma exclusiva en el SGO. Según Telefónica la evaluación del impacto y desarrollos necesarios hizo que al no existir tiempo material para acometer dichas tareas se optara por una solución manual transitoria. Telefónica manifiesta su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disconformidad con lo señalado en el informe de audiencia en relación a que Telefónica se ha centrado desde un principio en el desarrollo de la solución de contingencia sin centrarse en la solución automatizada. La decisión por tanto fue debido al poco tiempo otorgado y que imposibilitaba el ofrecer servicio de forma automatizada.

Telefónica desea manifestar la actitud proactiva con los operadores al objeto de implantar el servicio en las condiciones aprobadas. A este respecto, las dificultades que los operadores han manifestado se han atendido, ya sea a través de correo electrónico o telefónicamente, y se han mantenido reuniones periódicas con Vodafone al ser el operador más interesado en el servicio. Asimismo indica haber convocado a Vodafone para coordinar el piloto de la solución automatizada que se realizará en próximas fechas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis de la denuncia de Vodafone y en caso necesario la adopción de medidas, ante el incumplimiento de plazos por parte de Telefónica descrito en la Resolución de revisión de la OBA de fecha 27 de marzo de 2008 MTZ 2006/1019 para el servicio de acceso indirecto sin ST.

Segundo.- Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.d del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto suscitado entre Vodafone y Telefónica.

Tercero.- Obligaciones de Telefónica en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor

Mediante resolución de esta Comisión de 22 de enero de 2009, se aprobó la definición y el análisis del mercado 4 de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso completamente desagregado) en una ubicación fija, y la definición y el análisis del mercado 5 de acceso de banda ancha al por mayor (en adelante resolución de los mercados 4 y 5). En la citada resolución se designó a Telefónica como operador con poder significativo en los mismos, imponiéndole un conjunto de obligaciones que en el mercado 5 incluyen:

1.-Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores. Ello requiere de la imposición genérica de las siguientes obligaciones:

- a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1.d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).
- b) Ofrecer los servicios de acceso mayoristas a precios orientados en función de los costes de producción (arts. 13.1.e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso).
- c) Separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso mayorista de banda ancha (arts. 13.1.c) de la LGTel y 9 del Reglamento de Mercados; art. 11 de la Directiva de Acceso)
- d) Comunicación por Telefónica a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes (Arts. 13.1.e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)
- e) Comunicación por Telefónica a la CMT de los nuevos servicios así como de la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha con suficiente antelación (Arts. 13.1 e) de la LGTel Y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)

2.-Obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha:

- a) Telefónica está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Obligación de puesta a disposición de la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios mayoristas de banda ancha no incluidos en la oferta de referencia (arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

3.-Obligación de no discriminación en las condiciones de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha:

- a) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1.b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Acceso; art. 10 de la Directiva de Acceso).
- b) Obligación de comunicación de parámetros de calidad respecto a la provisión de los servicios de referencia.

A efectos de las obligaciones de los antiguos mercados 11 y 12, que se mantienen bajo la nueva definición de los mercados 4 y 5, en relación con el acceso indirecto al bucle del abonado, esta Comisión aprobó, mediante Resolución de 27 de marzo de 2008, la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de Telefónica. Las modificaciones aprobadas en dicha revisión se han concretado en la nueva versión de la Oferta de Acceso al bucle de Abonado (OBA) que incluye ambas ofertas de referencia, tanto la de acceso desagregado al bucle de abonado (acceso directo) como la de acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto), con partes comunes a los dos tipos de acceso y partes específicas de cada uno de ellos.

Cuarto.- Obligación relativa al servicio de acceso indirecto sin ST en SGO

Con fecha 27 de marzo de 2008, en el expediente MTZ 2006/1019 esta Comisión aprobó la Resolución sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica. En dicha Resolución se prevé la desvinculación del acceso indirecto del servicio telefónico de Telefónica, estableciéndose lo siguiente:

“La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las conexiones sin acceso telefónico, que deberán ofrecerse en el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.

Asimismo, los procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Telefónica de España, S.A.U., deberá comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas.”

Así pues, en el caso del acceso indirecto sin acceso telefónico (acceso *naked* o “desnudo”) se ha establecido un plazo específico para su disponibilidad que venció el pasado 27 de julio de 2008, debiendo estar implementados en el SGO los procedimientos correspondientes, mientras que con fecha 27 de mayo de 2008 Telefónica debía comunicar los cambios en el SGO para la realización de pruebas previas a la disponibilidad del servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Estado actual de la solución automatizada y dificultades técnicas

De las actuaciones practicadas hay indicios de que, a día de hoy, Telefónica no ha implementado la solución automatizada requerida por la resolución de 27 de marzo de 2008.

Telefónica asegura que se ha visto forzada a desarrollar una alternativa manual que permitiera la contratación del servicio en los plazos estipulados. En este sentido y como respuesta al requerimiento de información efectuado en el marco de este procedimiento, Telefónica indicaba la disponibilidad de la solución automatizada para finales de 2009, siendo por tanto el tiempo de desarrollo de un mínimo de 21 meses desde la fecha de aprobación de la Resolución de la OBA, debido a dificultades técnicas.

En los escritos remitidos a esta Comisión, Telefónica manifiesta de forma reiterada la dificultad que conlleva la implementación de un servicio en SGO del que se elimina el campo clave de identificación del usuario a lo largo de toda la cadena de provisión, esto es, el número telefónico asociado al servicio. Aspectos como la ausencia del número telefónico, la sincronización con la portabilidad y número de movimientos a implementar, implicarían un fuerte impacto en los sistemas existentes que, según Telefónica, justificarían un incremento del plazo resuelto por esta Comisión.

Sin embargo, esto ya fue tenido en cuenta por esta Comisión en la resolución del procedimiento, estableciendo un plazo de cuatro meses que se consideró razonable dado que, si bien la ausencia del número telefónico es específica de este servicio indirecto, el número de movimientos a implementar y la coordinación con portabilidad son comunes a todos los servicios, no revistiendo por tanto una excesiva complejidad, aunque existan diferencias. Parecería razonable pensar que la utilización de números ficticios, en aquellos casos en los que no se pudiera mantener la referencia en SGO y como se ha planteado en la solución de contingencia, habría permitido desarrollar una solución automatizada en la que se habría mantenido el campo clave de la solución, facilitando la integración a lo largo de toda la cadena de provisión.

Por tanto, Telefónica no habría cumplido con lo establecido en la resolución al no haber implementado la solución requerida. Siendo esto así, Telefónica pretende que esta Comisión considere como cumplimiento el establecimiento de una solución de contingencia.

Al respecto, debe partirse de que esta Comisión, cuando impone una obligación, lo hace ponderando todas las circunstancias concurrentes, no correspondiendo a Telefónica su sustitución unilateral por otra diferente. Por ello no puede entenderse que una solución de contingencia sirva para dar cumplimiento a lo propuesto por esta Comisión.

Sólo excepcionalmente, atendiendo a la importancia del procedimiento de que se trate, la efectividad de la solución de contingencia, su utilización por los operadores, la escasez de prejuicios que les causa, la inexistencia de mayores costes para los operadores, su anuncio con suficiente antelación y su similitud con la solución establecida por esta Comisión en los términos de automatismo, trazabilidad, plazos, ausencia de limitaciones, etc., podría esta Comisión entrar a considerar que el establecimiento temporal de una solución de contingencia puede ser considerada un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

remedio temporal del incumplimiento de la resolución que no revista la gravedad suficiente como para ser sancionado, sin perjuicio de que seguirá vigente la obligación de cumplir con el servicio en los términos establecidos por la resolución. Sin embargo, nada de esto concurre en el presente caso.

Propuesta de Telefónica: solución alternativa 'de contingencia'

La propuesta de Telefónica consiste en una solución manual, notificada por Telefónica el 25 de julio de 2008, esto es cuatro meses después de la imposición de la obligación y cuando el plazo ya estaba vencido, en la que el procedimiento de contratación se realizaría a través del envío de un fichero que recoge las diferentes solicitudes y en la que los trámites se realizan a través del envío de correos electrónicos. La utilización de correos electrónicos entorpece el seguimiento de las diferentes tareas ya que impide saber con exactitud cuándo se realiza la recepción de los mensajes, su procesamiento en el caso de no recibir notificación, si éstos se han recepcionado de forma correcta o si nunca llegaron a su destino, la definición de las franjas de tiempo, así como otros aspectos que dificultarían la gestión del servicio como tal, haciéndolo prácticamente inviable.

De hecho la propia esencia del sistema de gestión automatizada vía web especificado en la OBA (y del que el SGO es una implementación concreta) trata de evitar tales tipos de procedimientos manuales para que quede constancia trazable de todos los eventos involucrados en la solicitud, provisión y resolución de incidencias de cada servicio mayorista demandado. La metodología expuesta dificultaría la integración en los planes de provisión automáticos con las consecuentes ineficiencias y errores que conlleva la gestión manual de los diferentes procesos. Cabe recalcar que implicaría el desarrollo de procedimientos decididos unilateralmente por Telefónica e impuestos a los competidores, y un desincentivo a la implementación automatizada que debería haberse realizado ya.

Otra problemática con respecto al plan propuesto es que se limita el número de peticiones en función del operador solicitante (cupos) y el número de funcionalidades son limitadas. Esta opción no resulta razonable limitando los márgenes de actuación de los diferentes operadores, por el hecho de restringir de forma distinta el número de peticiones en función del operador solicitante. Asimismo, Telefónica indica que deberán rechazarse todas las peticiones que se refieren a supuestos no considerados en las especificaciones impuestas en su solución alternativa.

En este sentido, Vodafone indica que la solución de contingencia propuesta no puede considerarse aceptable y que únicamente una solución plenamente automatizada puede ser considerada válida. Según Vodafone ningún operador podrá tomar la decisión de emplear numerosos recursos humanos, económicos y de sistemas en desarrollar una solución transitoria manual, y por tanto totalmente insuficiente, para el lanzamiento comercial de productos basados en accesos indirectos sin ST; más aún teniendo en cuenta que en gran parte la solución transitoria no sería reutilizable para la solución definitiva.

De modo similar, Orange indica que los operadores deben asumir costes innecesarios para desarrollar en sus sistemas los procesos provisionales que supone la solución de contingencia propuesta por Telefónica, que son procesos no regulados que,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

finalmente, deberán ser sustituidos por los automáticos y que no garantizan una solución de calidad.

Tanto Vodafone como Orange destacan que las contrataciones del servicio se realizarán exclusivamente una vez esté disponible la solución automatizada, y no antes. La solución de contingencia no estaría diseñada para soportar un lanzamiento comercial y, en consecuencia, no existirán solicitudes de alta conforme a la misma.

En conclusión, la solución alternativa no sólo no se corresponde con lo exigido por la resolución de esta Comisión, sino que tampoco ha remediado en modo alguno la situación generada por no haber implantado Telefónica la solución requerida. Ni ha sido planteada con antelación para facilitar su efectividad, ni presentaba compatibilidad con las soluciones posteriores, ni ofrecía trazabilidad de las gestiones realizadas, ni en definitiva ha podido ser utilizada por los operadores para las acciones comerciales que planeaban.

Debe destacarse que desde la fecha de aprobación de la resolución de revisión de la OBA han transcurrido ya 12 meses. Durante este tiempo, Telefónica debería haber dedicado todos los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación impuesta por la Comisión y no ofrecer una solución alternativa, no consensuada, decidida de forma unilateral y cuando habían transcurrido ya cuatro meses.

La dedicación durante este tiempo de recursos humanos, por supuesto muy inferiores a las 65 personas propuestas por Telefónica para la solución de contingencia, habría permitido evitar una situación en la que la principal parte afectada será el operador contratante de la nueva modalidad indirecta, que, en definitiva, sufrirá un retraso en su capacidad de contestación competitiva y, por tanto, siendo Telefónica la principal beneficiada por esta situación de retraso.

Sexto.- Impacto de la indisponibilidad de la solución

Relevancia del acceso mayorista de banda ancha

Como se refleja en la resolución de los mercados 4 y 5, Telefónica mantiene en el acceso a Internet de banda ancha una cuota de mercado superior al 57% en términos de conexiones y superior al 60% en términos de ingresos, en el conjunto del territorio nacional.

Puede apuntarse que la presencia de operadores de acceso desagregado o con red propia determina la existencia de diferencias competitivas en algunas partes del territorio, lo cual tiene también reflejo en la evolución de la cuota de Telefónica, más reducida en la cobertura de las centrales en las que afronta esta competencia diferencial. Como muestra el cuadro, en las 525 centrales donde Telefónica se enfrenta a la competencia de operadores de cable y LLU, su cuota es del 45,5%, mientras que en las 4.839 donde no existe presión competitiva de redes alternativas, goza de una cuota notablemente superior del 84,4%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Diferencias en la cuota de mercado de Telefónica en presencia de operadores alternativos con red propia

	Número de centrales	% / total de centrales	% accesos de banda ancha	Cuota de mercado TESAU banda ancha
Sin alternativos (con red propia)	4.839	76,2%	20,0%	84,4%
Únicamente cable	800	12,6%	9,9%	60,8%
Únicamente operadores LLU	190	3,0%	10,4%	64,2%
Con operadores de cable y LLU	525	8,3%	59,6%	45,5%
Total	6.354	100%	100%	

Fuente: Resolución Mercados 4 y 5.

Pero ni siquiera sobre la base del acceso desagregado al bucle es viable alcanzar una cobertura de la dimensión y capilaridad de la red de acceso de Telefónica: los operadores disponen a fecha 28 de febrero de 2009 de bucles prolongados en únicamente 669 centrales, cuya cobertura es inferior al 63% de los pares de Telefónica, y las cifras de cada operador considerado separadamente son aun menores. Ello significa que la presencia de redes alternativas en determinadas zonas es inexistente, y para esa parte del territorio las únicas alternativas a los servicios de Telefónica son las basadas en el acceso indirecto. Resulta claro que esas zonas se ven afectadas muy directamente por las eventuales limitaciones del acceso indirecto y, en particular, por la indisponibilidad del servicio objeto de este expediente.

A lo anterior debe añadirse que, atendiendo al porcentaje de captación del crecimiento del mercado, se mantiene la tendencia hacia el crecimiento de la cuota de Telefónica. En efecto, en el periodo estudiado en el análisis de mercado Telefónica ha conseguido captar una parte sustancial de las nuevas altas de los servicios de acceso a Internet de banda ancha a nivel nacional, debido a la evolución de la demanda en las diversas zonas. En la actualidad la demanda de los servicios está creciendo más rápidamente precisamente en las zonas en las que Telefónica no afronta más competencia que la basada en el acceso indirecto al bucle. Por consiguiente, su posición especialmente sólida en estas áreas geográficas pasa a reflejarse en su cuota de mercado a nivel nacional. Así pues, el hecho de que Telefónica mantenga una posición tan relevante en ciertas zonas le está otorgando ventaja, no sólo en éstas, sino también en las zonas de mayor competencia, por lo que cobra mayor importancia, si cabe, la disponibilidad de un servicio de acceso indirecto satisfactorio.

En fecha 28 de febrero de 2009, el número de accesos indirectos (incluidos también los servicios de reventa) era de 427.984. Si bien es cierto que el número de accesos indirectos presenta una tendencia ligeramente decreciente, ello puede ponerse en relación tanto con migraciones hacia el acceso desagregado al extenderse la cobertura alcanzada por cada operador, como con las recuperaciones de clientes por parte de Telefónica.

Relevancia del acceso indirecto sin servicio telefónico

Esta Comisión ya ha puesto de manifiesto¹ que la restricción del acceso mayorista de banda ancha a los pares con líneas telefónicas activas de Telefónica refuerza la

¹ Resolución, de 27 de marzo de 2008, en el sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posición de Telefónica, en tanto que le permite beneficiarse de los esfuerzos comerciales de terceros operadores en banda ancha para fidelizar al cliente en el mercado de acceso a la red telefónica.

Ciertamente la disponibilidad del Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) puede permitir a los operadores ofrecer conjuntamente un servicio acceso a Internet de banda ancha y un servicio de acceso a la red telefónica, pero éste último se basa en las tecnologías utilizadas por Telefónica, reproduce necesariamente las características del servicio prestado por Telefónica y, por su propia naturaleza obliga al operador a hacer frente a los correspondientes pagos por el servicio de interconexión de acceso.

Además, el acceso mayorista de banda ancha con precios orientados a costes puede permitir, con carácter general, ofrecer en un ámbito territorial mayor las ofertas que con cobertura restringida han podido lanzar los operadores sobre la base del acceso desagregado; y por medio del acceso *naked* puede extenderse el alcance de las ofertas integradas de línea telefónica y acceso de banda ancha que los operadores han podido lanzar sobre la base del acceso desagregado.

Por ello, esta Comisión obligó a Telefónica a ofrecer el servicio objeto de este expediente, que por su relevancia e impacto en el mercado ha sido también introducido en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Países Bajos, Noruega y Portugal. La importancia del servicio puede ponerse de relieve con los siguientes datos: en Italia las conexiones sin servicio telefónico suponen el 36% de las conexiones de acceso indirecto², y en Francia alcanzan el 57%³. Pues bien, en España el servicio debería haber podido desarrollarse de forma similar desde el pasado 27 de julio de 2008, pero no ha sido así porque Telefónica no ha habilitado los procedimientos necesarios.

Lo anterior debe ponerse en relación con el hecho de que en la actualidad el principal mercado de los operadores alternativos se centra en los denominados 'paquetes dúo'. La desvinculación del servicio telefónico con Telefónica en las zonas de no-cubicación se podría considerar aspecto clave en aquellos operadores que quieran presentar alternativas a Telefónica, con el objetivo de conseguir una mayor cuota de mercado.

Banda Ancha (OIBA) de Telefónica de España, S.A.U. (expediente MTZ 2006/1019).

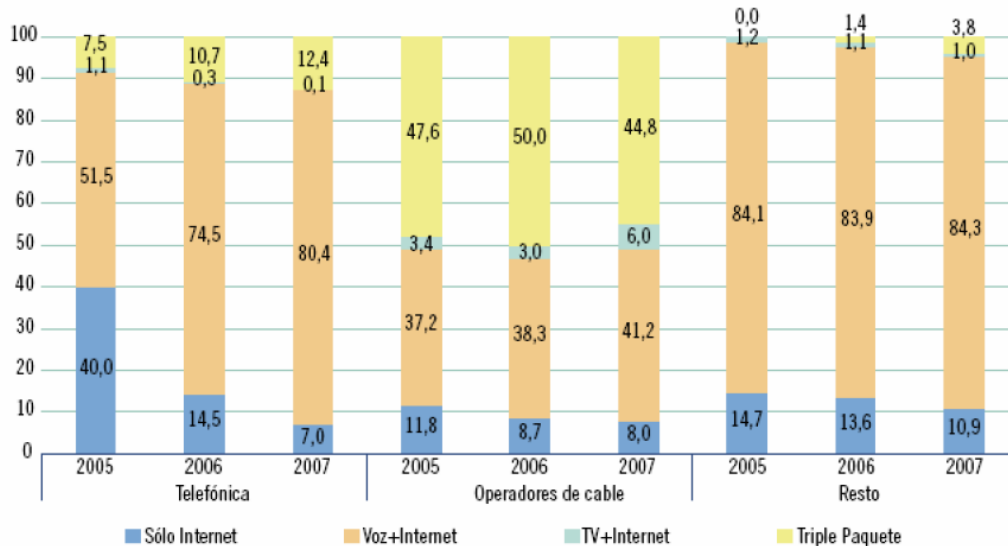
² Fuente: ECTA Broadband Scorecard, edición referida al tercer trimestre de 2008.

³ Fuente: *Le tableau de bord des offres de gros du haut débit par DSL - dégroupage et bitstream : les chiffres au 31 décembre 2008*; publicado por ARCEP el 5 de marzo de 2009.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico I.3.13 Accesos de banda ancha por tipo de empaquetamiento (2007)



Es preciso apuntar, no obstante, que las consecuencias de la indisponibilidad del servicio indirecto desnudo, no sólo afectan a las zonas en las que Telefónica no afronta más competencia que la basada en el acceso indirecto al bucle, sino obviamente también al resto de las zonas, incluidas aquéllas con coubicación.

Aunque actualmente existe la posibilidad de contratación del servicio equivalente en la zona de cobertura del acceso desagregado, la imposibilidad de disponer de la opción en la modalidad de acceso indirecto sin ST ha hecho que el lanzamiento de paquetes alternativos a los propios de Telefónica por parte de los operadores haya sido obstaculizado, por no poder ofrecer un servicio común en todo el territorio y de forma independiente al tipo de acceso (desagregado ó indirecto). En particular, Vodafone se ha visto obligada a lanzar su servicio "Vodafone ADSL" en una cobertura restringida al no haber habilitado Telefónica los procedimientos necesarios para el servicio *naked*.

En esta línea Orange subraya en su escrito de alegaciones que dada la demora en la implementación de las soluciones aprobadas, tanto de la petición conjunta de AMLT y acceso indirecto, como del acceso indirecto desnudo -a lo que habría que añadir en este último caso la falta de garantía de unos requisitos mínimos de calidad de la VoIP-, dificultan el empaquetamiento de los servicios de voz y datos fuera de las zonas de cobertura del desagregado como posible alternativa, obstaculizando la actividad de los alternativos y confiriendo a Telefónica una posición de clara ventaja en la oferta de servicios fijos empaquetados.

Ingresos adicionales de Telefónica

Otra consecuencia que se deriva directamente de esta situación radica en que durante la indisponibilidad de la solución, los operadores alternativos se ven obligados a la contratación del servicio de acceso indirecto manteniendo el servicio telefónico con Telefónica. La vinculación con Telefónica se traduce en unos ingresos de cuota y tráfico, o interconexión (en caso de preselección) por parte de Telefónica que no le



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corresponderían si los operadores estuvieran en condiciones de contratar el servicio desnudo.

Solamente la componente de estos ingresos adicionales ligada a la cuota de abono puede estimarse en al menos 4,42 € mensuales por par, puesto que esa es la diferencia entre la cuota de abono minorista (13,97 € mensuales) y el recargo aplicable al servicio *naked* (9,55 € mensuales). A lo anterior, podrían añadirse los ingresos por interconexión y los posibles ingresos por tráfico telefónico (como mínimo las llamadas excluidas del ámbito de la preselección).

Por consiguiente, Telefónica sería la principal beneficiada de la demora incurrida que le viene permitiendo no sólo obtener unos ingresos fijos por las cuotas de abono y tráfico telefónico (salvo en casos de preselección), sino porque en el caso de que un cliente de esas zonas quisiera también un servicio de banda ancha por ADSL, la única oferta conjunta atractiva en el mercado de telefonía fija y ADSL serían los dúos de Telefónica.

Conclusión

En los epígrafes anteriores se ha visto confirmada la gravedad del impacto del indisponibilidad de la solución:

- a) las ofertas basadas en acceso indirecto son la única alternativa a los servicios de Telefónica para un porcentaje importante del territorio nacional, y en la actualidad esas zonas son las de mayor crecimiento del mercado;
- b) los servicios *naked* son una referencia muy válida para extender la cobertura de las ofertas integradas de línea telefónica y acceso de banda ancha, y así se ha comprobado en países de nuestro entorno, mientras que los operadores no disponen de estos servicios en España;
- c) los operadores alternativos se ven obligados a la contratación del acceso indirecto manteniendo sus clientes la vinculación con Telefónica, con lo que ello supone de entorpecimiento a la acción comercial;
- d) Telefónica disfruta de ingresos adicionales generados directamente por la indisponibilidad del servicio.

Por consiguiente, de lo anterior se desprende que la indisponibilidad del servicio indirecto desnudo tal y como se especificó en la OBA, parece estar generando al resto de operadores, un mayor esfuerzo económico en campañas comerciales que les permita la captación de clientes con soluciones competitivamente peores que las del competidor regulado, en particular para las ofertas minoristas de paquetes dúo (servicios de voz y datos), además de favorecer al principal operador por mantener la cuota actual de mercado e ingresos descritos previamente.

Séptimo.-Nuevos plazos propuestos para solución automatizada

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, se estima conveniente:

- 1º. La comunicación inmediata a los operadores de los correspondientes cambios en las interfaces de los sistemas automatizados de información y gestión (pe. SGO).
- 2º. La disponibilidad de la solución automatizada operativa en el plazo de tres semanas desde la notificación de la presente resolución, así como la aceptación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por Telefónica de las correspondientes pruebas de los operadores a partir de dicho momento para permitirles validar la solución.

Octavo.-Imposición de multas coercitivas

Atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes en el presente expediente, esta Comisión considera necesario apercibir a Telefónica de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la presente resolución en caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo establecido, el operador no lo hubiese hecho.

Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que esta Comisión podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 € hasta 10.000 € para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC.

En el presente caso, la obligación impuesta a Telefónica por el resuelve primero de la presente Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto sólo a Telefónica le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.

En relación con los plazos considerados suficientes para cumplir lo ordenado, se han calculado de forma que permitan la disponibilidad efectiva del servicio. Telefónica ya ha dispuesto de tiempo más que suficiente para haber dado cumplimiento con todas las fechas resueltas por resolución MTZ 2006/1019 y, por tanto, únicamente se concede el margen suficiente para que los operadores puedan adaptar sus sistemas de forma acorde y que les permita la correcta validación de la solución. Desde este momento, Telefónica deberá tener una solución automatizada que permita la contratación de cualquier modalidad en los términos aprobados.

Atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la cuantía concreta de la multa coercitiva. Para evaluar la proporcionalidad en este caso concreto, se estiman los ingresos adicionales que obtiene Telefónica por día como consecuencia de la indisponibilidad de la solución teniendo ésta dos consecuencias directas:

- Ganancias adicionales obtenidas por Telefónica al requerir el acceso indirecto disponer de una línea telefónica activa.
- Ganancias adicionales por parte de Telefónica debido a la obstaculización para ofrecer alternativas por indisponibilidad de la solución automatizada.

El valor de la multa tiene en consideración ambos impactos. Para ello se evalúa el número de altas diarias en las zonas de no-cubicación que viene siendo de aproximadamente de unas 2.000 altas⁴.

⁴ El crecimiento anual de líneas ADSL en la red de Telefónica (minorista, reventa y acceso indirecto) ha sido en 2008 de unas 550.000 conexiones, pero el número bruto de altas ha superado el millón de actuaciones, con lo que el número de altas diarias no es inferior a 4.000, si se estiman en 250 los días laborables anuales. De ellas al menos el 50% se sitúan en la zona sin infraestructuras alternativas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se ha mencionado previamente, la presencia de los operadores alternativos en las zonas de no-cubicación es relativamente baja, alrededor del 15%. Tomando en consideración la cifra de 2.000 altas diarias, corresponderían unas 300 peticiones por día a los operadores alternativos.

Los ingresos adicionales que obtiene Telefónica al obligar a la contratación del acceso indirecto vinculado a un abono telefónico, aun considerando únicamente los ligados a la cuota de abono, pueden estimarse en al menos 4,42 € mensuales por par, resultante de la diferencia entre la cuota de abono minorista (13,97 € mensuales) y el recargo aplicable al servicio *naked* (9,55 € mensuales). Dado que la vida económica de un contrato de banda ancha se viene estimando por esta Comisión en 36 meses⁵, el impacto económico por cliente es del orden de $4,42 \times 36 = 159,12$ €.

Por otra parte, cabe minorar las cifras anteriores teniendo en cuenta que no necesariamente toda la demanda del acceso indirecto se corresponderá con el acceso *naked* objeto de análisis, sino que sólo una fracción se dirigirá a esta modalidad. A la vista de las referencias de la situación en Francia (57%) y en Italia (36%) antes citadas, parece prudente estimar en un 33% el porcentaje de conexiones sin servicio telefónico.

Así pues, se obtiene una estimación de $300 \times 159,12 \times 0,33 = 15.152,78$ € diarios. Por ello, se estima proporcional que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea del máximo legal previsto de 10.000 € diarios. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a Telefónica de la imposición de las multas coercitivas que constan, en la forma y cuantía que se señalan, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la presente resolución, si fuera el caso.

Noveno.- Indicios de hechos sancionables

Por todo lo expuesto, puede considerarse que existen signos de incumplimiento por parte de Telefónica por superar los plazos establecidos en el resuelve segundo de la Resolución MTZ 2006/1019 (27 julio 2008), que vienen imposibilitando la contratación del servicio indirecto sin ST al resto de operadores, los cuales habrían sido superados en más de nueve meses (suponiendo que la plena disponibilidad operativa para los operadores se alcanzase antes de mayo de 2009).

Esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que Telefónica podría haber realizado actividades e incurrido en omisiones tipificadas en el artículo 53.r de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 13 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.

⁵ Resolución, de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. (...)

b) 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.»

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3.j y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión 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.

Décimo.- Otras medidas solicitadas por los operadores

Orange indica que Telefónica debería proporcionar mientras tanto un servicio alternativo que permita la emulación del servicio de acceso indirecto desnudo, y para ello propone como alternativa la contratación del servicio de acceso indirecto además del servicio AMLT para la prestación de telefonía. Debe señalarse en este sentido que, aunque dicha alternativa pudiera parecer posible, la propia naturaleza del servicio de acceso indirecto sin ST únicamente habilita la banda alta de frecuencias. Es decisión del operador el utilizar esta banda alta para la definición de soluciones VoIP que permitan emular la voz tradicional. Por ello, se desestimaría la alternativa propuesta por Orange, que conllevaría la gestión y desarrollo de soluciones temporales que deberán revertir en soluciones definitivas, con la consiguiente dedicación de recursos y el consiguiente retraso en la integración definitiva de la solución automatizada y que puede no ser de interés al resto de operadores.

La propuesta tanto por parte de Vodafone como por Orange en la que solicitan compensaciones económicas mediante reducción/eliminación de cuotas de alta durante un plazo equivalente al retraso incurrido por Telefónica en la implantación definitiva de la solución carecería de sentido además de ser una medida desproporcionada por haber cumplido Telefónica en tal escenario con la obligación impuesta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

También debe descartarse la medida propuesta en el Informe de audiencia, que habría eximido del cobro de las altas tres meses después de la aprobación de la resolución y hasta la disponibilidad y operatividad del servicio automatizado, ya que al no utilizar los operadores la solución alternativa las penalizaciones serían mínimas y difícilmente contribuirían a evitar la demora en la implantación de la solución automatizada.

Respecto de la alegación de Orange sobre la imposibilidad de entrega del servicio de VoIP debido a la falta de calidad de servicio, cabe señalar que efectivamente tras el análisis mercado de originación de llamadas (mercado 2) resulta clara la obligación impuesta de Telefónica de ofrecer los mecanismos mayoristas necesarios para la prestación de servicios de telefonía IP.

III. INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Primero.- 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 de la LGTel tipifica 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.

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

Segundo.- Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a de la LGTel, las sanciones que podrían ser impuestas por la comisión de las mencionadas 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 quintuplo, 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- 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.».

Cuarto.- 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 Sancionador. 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.

En atención a lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Telefónica deberá disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista, en el plazo de tres semanas desde la notificación de la presente resolución. Asimismo Telefónica facilitará a los operadores las necesarias pruebas a partir de dicho momento para permitirles validar la solución.

Segundo.- Telefónica deberá comunicar de forma inmediata a los operadores los correspondientes cambios en las interfaces de los sistemas automatizados de información y gestión.

Tercero.- Cuando transcurridos los plazos indicados en el resuelve primero, Telefónica no hubiese cumplido con lo allí dispuesto, se impondrá a Telefónica una multa coercitiva de 10.000 euros diarios, al objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho resuelve.

Cuarto.- Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) adoptada por esta Comisión. La citada infracción administrativa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado III, punto segundo de la presente resolución.

El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, 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, y todo ello con las garantías previstas, y en los plazos a que se refiere el artículo 58, en la Ley precitada y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Quinto.- Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Carolina Gallego-Casilda Grau quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

Sexto.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, los interesados en el presente procedimiento disponen de un plazo de un mes, 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 practica 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.

Séptimo.- 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 LRJPAC.

Octavo.- 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 del Procedimiento Sancionador, 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.

Noveno.- 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 incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.r de la Ley 32/2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera