



COMISIÓN 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 nº 16/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de abril de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR LAS ENTIDADES FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. Y FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER S.A.U. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE PROLONGACIÓN DEL PAR DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA)

DT 2007/1409

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1º. Escrito inicial de France Telecom España

Con fecha 27 de noviembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) por el que plantea conflicto de acceso con la entidad Telefónica de España, S.A.U., (en adelante, Telefónica). Orange considera que el servicio de prolongación del par de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) no es prestado por Telefónica en las condiciones estipuladas en dicha Oferta, dado el elevado número de desagregaciones incorrectas que se producen durante la ventana de cambio, número que ha ido aumentando con el tiempo proporcionalmente al de solicitudes.

Por otro lado, Orange expone que el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) no permite la apertura de incidencias de provisión tras la ventana de cambio de prolongación de par, incumpléndose de este modo lo establecido en la OBA al respecto. Esta deficiencia del SGO tiene como consecuencia dilatar el tiempo de resolución del problema y que Telefónica, cuando publica sus indicadores de calidad, pueda justificar que realiza correctamente el 96% de las solicitudes que gestiona.

Orange estima en un 13,5% el porcentaje de desagregaciones incorrectas basándose en los datos recabados mediante una herramienta que ha implantado expresamente con el fin de efectuar una primera comprobación del lado de servicio responsabilidad de Telefónica, a la vista de que ésta le remitía a 'pruebas conjuntas' sin verificar previamente su lado, con el consiguiente coste para Orange. Este operador desglosa los costes totales que a su juicio le ha supuesto el elevado número de desagregaciones incorrectas, los cuales considera deberían serle resarcidos por Telefónica.

Orange solicita que se incluya en los Acuerdos de Nivel de Servicio de la OBA un porcentaje máximo de desagregaciones incorrectas del 3% con una penalización asociada a su incumplimiento; que se inste a Telefónica a modificar el SGO para permitir la apertura y gestión de incidencias de provisión desde la finalización de la ventana de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cambio, y que se obligue a Telefónica a proceder a la devolución de 6.802.146 € en concepto de gastos incurridos como consecuencia de las desagregaciones incorrectas. Orange solicita asimismo la adopción de una medida cautelar por la que se inste a Telefónica a que en el plazo de una semana el número de desagregaciones incorrectas se reduzca al 3%. Por último, Orange solicita la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica por incumplimiento de la OBA en relación a la desagregación del bucle de abonado.

2º. Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud presentada por Telefónica, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 31 de enero, 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.

Con fecha 10 de diciembre de 2007 se comunica dicho trámite a los interesados, Orange y Telefónica, dirigiéndoles sendos escritos, mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

3º. Escrito de Yacom

Con fecha 11 de diciembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U. (en adelante, Yacom) en el que manifiesta haber tenido conocimiento del conflicto de acceso planteado por Orange con Telefónica. Yacom indica haber detectado que la situación denunciada por Orange en el citado conflicto de acceso se produce igualmente en el ámbito de la actividad de Yacom, y considera necesario poner en conocimiento de esta Comisión los datos que obran en su poder.

Yacom solicita en concreto que se incluya en los Acuerdos de Nivel de Servicio de la OBA un porcentaje máximo de desagregaciones incorrectas del 3% con una penalización asociada a su incumplimiento, que se inste a Telefónica a modificar el SGO en el plazo máximo de una semana para permitir la apertura y gestión de incidencias de provisión desde la finalización de la ventana de cambio, y que se obligue a Telefónica a proceder a la devolución de 3.691.450,30 € en concepto de gastos incurridos como consecuencia de las desagregaciones incorrectas.

Yacom solicita también la adopción de una medida cautelar por la que se inste a Telefónica al cumplimiento íntegro de la OBA, a respetar el principio de no discriminación en lo relativo a la correcta desagregación de las solicitudes de acceso al bucle de abonado de Yacom y a que en el plazo más breve posible reduzca al máximo el número de desagregaciones incorrectas. Asimismo, Yacom solicita que se decida la incoación de un expediente sancionador contra Telefónica por incumplimiento de la OBA en lo relativo a la correcta desagregación del bucle de abonado.

Yacom considera que existe una identidad de objeto en las actividades denunciadas por ambas compañías y que los fundamentos que sostienen ambas son equivalentes, sin perjuicio de que los datos de cada una de las empresas difieran, por lo que solicita que se acumule su denuncia al procedimiento iniciado a instancias de Orange.



4º. Requerimiento de información

Con fecha 18 de diciembre se remiten sendos requerimientos de información a Orange y Telefónica, en el que se les solicita aporten, en un plazo de 12 días, ciertos datos relativos al procedimiento de gestión de solicitudes, entrega y pruebas del servicio de prolongación de par. Asimismo, se requiere a ambos operadores datos relativos al volumen de prolongaciones de par de Orange entregadas incorrectamente y a Telefónica se le solicita aporte los detalles del cálculo de determinados indicadores¹ relacionados con el nivel de calidad en cuanto a la entrega del servicio de prolongación de par.

5º. Acumulación del escrito de Yacom en el expediente de referencia

Con fecha 20 de diciembre de 2007 se comunica a Telefónica, Orange y Yacom la adopción de un acuerdo de acumulación en virtud del cual el escrito de esta última queda incorporado al expediente de referencia.

6º. Alegaciones de Telefónica al escrito de Orange

Con fecha 11 de enero de 2008 se recibe escrito de Telefónica en el que formula una serie de alegaciones al escrito inicial de Orange. Telefónica considera que Orange sigue una estrategia dirigida a crear la impresión de que Telefónica incumple sistemática, reiterada e intencionadamente sus obligaciones de acceso al bucle, y que por ello se hace merecedora de diversas denuncias. A juicio de Telefónica, la presente denuncia es prácticamente idéntica en estructura y fundamentos jurídicos a la que se está tramitando en el ámbito del expediente DT 2007/1192.

Telefónica indica que es a partir de 2004 cuando Orange comienza a hacer un uso más intensivo de la desagregación de bucle, y que ello pone de manifiesto que la estrategia seguida por Orange al interponer este conflicto es magnificar los problemas puntuales que han podido existir en algún momento. Asimismo, Telefónica manifiesta que en todo momento ha mantenido una actitud proactiva y colaboradora, contrariamente a lo alegado por Orange en su escrito inicial. En este sentido, Telefónica dice mantener periódicamente reuniones con las áreas técnicas de Orange, así como intercambios permanentes de mensajes sobre las incidencias y el tratamiento de la gran mayoría de los temas en la Unidad de Seguimiento de la OBA del pasado 30 de noviembre de 2007, con la asistencia de los servicios de esta Comisión. Telefónica aporta acta de una reunión mantenida con Orange con fecha de 19 de noviembre de 2007 (fecha posterior a la de interposición de la presente denuncia). Telefónica señala que Orange plantea como conflicto aspectos que se han puesto de manifiesto para análisis en el seno de los distintos grupos de trabajo, sin ofrecer la oportunidad de analizar los mismos, rompiendo así el principio de buena fe.

En cuanto al elevado número de desagregaciones incorrectas aludido por Orange, que es del 13,5% en base a los resultados de una prueba efectuada por ésta mediante una herramienta denominada SELT², Telefónica considera que dichos resultados presentan deficiencias que los invalidan. En consecuencia, no reconoce la prueba ni el supuesto nivel de incidencias que se producen en las desagregaciones de bucle.

¹ En el Anexo II: Indicadores de calidad de la resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre la modificación de la OBA se describen determinados indicadores de calidad que Telefónica debe publicar mensualmente para el servicio de desagregación del bucle que presta a terceros y el servicio equivalente en autoprestación.

² Single-Ended Loop Testing (SELT).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, Telefónica manifiesta que es razonable que cada operador utilice las herramientas que considere más adecuadas a fin de evitar la apertura de falsas averías en la red de Telefónica, indicando que se recibe un número significativamente importante de falsas averías. Por tanto, no es razonable que Telefónica deba asumir los costes asociados a las citadas herramientas. Telefónica aporta datos con el fin de acreditar las deficiencias que a su juicio presenta la prueba SELT, y se muestra abierta a colaborar con Orange en el análisis de los casos con el fin de minimizar la apertura de falsas averías y corregir a la mayor brevedad aquellas incidencias que realmente se hayan producido en su red.

Por otro lado, en relación a los problemas en la apertura de incidencias de provisión, Telefónica señala que, con independencia de que este punto se esté tratando en la Unidad de Seguimiento OBA, Telefónica desea manifestar que previamente a la entrega del servicio es posible abrir incidencias de provisión en los casos de “disconformidad con el rechazo” y “demora en provisión”.

Respecto a las pruebas de telediagnóstico, Telefónica indica que únicamente miden una serie de parámetros eléctricos del bucle, pero no aseguran que los trabajos de prolongación de par en acceso compartido se hayan realizado con éxito (sólo prueban la continuidad para la banda vocal y ello no garantiza que se hayan realizado los trabajos de prolongación del par, ni que la señal de banda ancha sincronice). Telefónica indica que las pruebas necesarias para realizar este tipo de análisis son las pruebas de sincronismo, recogidas en la OBA como prueba opcional y que tienen un coste adicional al del servicio de prolongación del par.

En cuanto a la devolución a Orange de 6.802.146 €, Telefónica se reitera en la inexistencia del señalado volumen de desagregaciones incorrectas y en la falta de prueba alguna sobre los hechos denunciados. Telefónica hace alusión también a la incompetencia de la CMT para pronunciarse respecto de indemnizaciones por daños y perjuicios, por un lado, como tampoco respecto de la devolución de costes OBA, pues se convertiría asimismo en una suerte de indemnización por daños y perjuicios.

Telefónica considera que cumple íntegramente la OBA y respeta el principio de no discriminación en lo relativo a la correcta desagregación de las solicitudes de acceso al bucle de Orange y de todos los operadores solicitantes, y considera que la medida solicitada por Orange relativa a la reducción del porcentaje máximo de desagregaciones incorrectas al 3% en una semana, sobre la base de unos desarrollos informáticos creados y configurados por la propia Orange, no depende exclusivamente de Telefónica y dicha medida cautelar resultaría de imposible cumplimiento. Telefónica indica asimismo que la apariencia de buen derecho no ha sido acreditada por Orange, y que la adopción de las medidas cautelares solicitadas sobre la base de unos supuestos incumplimientos que no se han producido, supondría una vulneración de la OBA vigente. Telefónica añade que el resultado que Orange pretende obtener con la referida medida se obtiene por la vía prevista en la normativa vigente, pues Orange tiene a su alcance soluciones para comprobar junto con los técnicos de Telefónica si la desagregación es correcta, así como las pruebas de sincronismo recogidas en la OBA vigente, las cuales, como Telefónica ya ha manifestado, son las idóneas para solucionar este tipo de problemas.

Por último, y en lo referente a la petición de Orange relativa a la apertura de expediente sancionador por incumplimiento de la OBA en relación a la correcta desagregación del bucle, Telefónica indica que no queda acreditado ninguno de los incumplimientos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

denunciados y que no existe ninguna resolución de la CMT que pueda entenderse vulnerada por la conducta de Telefónica denunciada en el presente expediente.

Por todo lo anterior, Telefónica solicita que se archive el expediente de referencia, desestimando las alegaciones del escrito inicial de Orange.

7º. Respuesta de Orange al requerimiento de información

Con fecha 21 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Orange, dando respuesta al requerimiento de información de 18 de diciembre de 2007. Orange manifiesta que el número de desagregaciones incorrectas ha ido en aumento de forma proporcional al crecimiento de las solicitudes de desagregación, finalizando la gran mayoría de incidencias en la realización de pruebas conjuntas con Telefónica y revelando los resultados de dichas pruebas conjuntas que la responsabilidad de las incidencias producidas durante la ventana de cambio era masivamente imputable a Telefónica. En concreto, Orange indica que la denominada incidencia "sin cambios" es la más frecuente, y agrupa aquellas incidencias que Telefónica no reconoció en su día, alegando que las mismas no existieron pese a comprobar Orange tras la ventana de cambio que los trabajos no se habían realizado. Este tipo de incidencias se soluciona a los pocos días, hecho que parece evidenciar que los plazos del SGO en relación a la ventana de cambio en muchas ocasiones no se corresponden con los plazos y fechas en que Telefónica realmente procede a desagregar los pares de Orange.

No obstante lo anterior, Orange indica que se encuentra inmersa en un proceso de regularización y consolidación de facturas con Telefónica, entre los que se encuentran las notificaciones por falsa avería y, en consecuencia, solicita a esta Comisión que no tenga en cuenta la cantidad demandada por este concepto en su escrito inicial de denuncia.

8º. Respuesta de Telefónica al requerimiento de información

Con fecha 23 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de Telefónica, dando respuesta al requerimiento de información de 18 de diciembre de 2007.

9º. Alegaciones de Telefónica al escrito de Yacom

Con fecha 11 de febrero de 2008 se recibe escrito de Telefónica en el que formula una serie de alegaciones a la notificación del acuerdo de acumulación del escrito de Yacom al expediente de referencia. Telefónica señala que la denuncia es idéntica a la presentada por Orange, y que constituye una suerte de estrategia de Orange, pues Yacom forma parte del grupo empresarial de Orange, dirigida a crear la impresión de que Telefónica incumple sistemática, reiterada e intencionadamente sus obligaciones de acceso al bucle y que se hace merecedora de diversidad de denuncias.

Telefónica reitera los argumentos recogidos en su escrito de fecha 11 de enero de 2008, en el que contestaba al escrito inicial de denuncia de Orange, aportando en este caso como pruebas documentales un correo electrónico ofreciendo a Yacom un procedimiento conjunto de confirmación de fin de trabajos, un correo electrónico con un ejemplo de falsa avería interpuesta por Yacom y un ejemplo de incidencia de provisión abierta por Yacom mediante SGO.

Telefónica reitera su solicitud relativa a que se archive el expediente de referencia, desestimando las alegaciones del escrito de Yacom.



10º. Informe de los Servicios

Con fecha 12 de marzo de 2008 los Servicios de la CMT emiten informe en el presente procedimiento, concediendo un plazo de 10 días para formular alegaciones. En el mencionado informe se propone resolver lo siguiente:

Primero. Telefónica deberá calcular el indicador de calidad de los servicios mayoristas denominado "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias" conforme a lo estipulado en la resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre la modificación de la OBA. En particular, Telefónica no deberá computar como solicitudes sin incidencias aquéllas que hayan generado cualquier tipo de incidencia de provisión o por avería en el mes de referencia. Telefónica deberá remitir nuevamente los valores correspondientes a cada uno de los meses para los que ya hubiera publicado los indicadores de calidad.

Segundo. Telefónica deberá proporcionar el servicio de prolongación del par con un nivel de calidad semejante al de sus servicios minoristas equivalentes. En consecuencia, el indicador de calidad "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias" calculado según lo estipulado en la resolución de 14 de septiembre de 2006 debe reflejar niveles similares para los servicios mayoristas y minoristas.

Tercero. Telefónica deberá abonar a Orange y a Yacom, en el plazo de 15 días, las penalizaciones estipuladas en el Anexo 1 de la OBA por los retrasos en la entrega de servicios de prolongación del par y en la resolución de incidencias asociadas a dicho servicio, durante los periodos contemplados en la presente resolución.

Cuarto. Declarar la improcedencia de la facturación por Telefónica a Orange y Yacom en concepto de penalización por falsa avería, en todos aquellos casos en los que Telefónica no haya acreditado fehacientemente que la causa de la avería se encontraba en la planta responsabilidad del operador.

11º. Alegaciones al trámite de audiencia

Con fecha 8 de abril de 2008 se reciben escritos de Orange, Yacom y Telefónica formulando alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto conforme al artículo 84 de la LRJPAC.

Alegaciones de Orange

Orange insiste en que no es posible gestionar incidencias de provisión en SGO tras la ventana de cambio, pues Telefónica finaliza la solicitud aunque se intente abrir una incidencia de provisión. Orange aporta datos obtenidos de SGO a los efectos de acreditar este hecho.

Orange se muestra de acuerdo con el informe de audiencia en cuanto a que el indicador de calidad "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias" no refleja en modo alguno la realidad, dado el alto porcentaje (13,5%) de prolongaciones de par entregadas incorrectamente, constatado por los resultados de las pruebas SELT. Por tanto, está de acuerdo con la propuesta del informe en cuanto a que Telefónica presente de nuevo los indicadores de calidad teniendo en cuenta las entregas incorrectas.

Según los datos reportados por Telefónica para marzo-noviembre de 2007, el número medio de averías por bucle accedido es de 0,08. Sin embargo, Orange aporta datos para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

septiembre-diciembre de 2007 que reflejan un 10,72% de averías. Orange contrasta estos datos con los resultados de calidad (según la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo) publicados por Telefónica en su página web para el cuarto trimestre, que muestran un porcentaje de avisos por línea de acceso fijo (2,82%), frecuencia de reclamaciones de clientes (2,44%) y proporción de transmisiones de datos fallidas (0,29%) muy lejos del 10,72% de averías por bucle accedido que sufre Orange.

Lo anterior indicaría, a juicio de Orange, no sólo un incumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio de la OBA, sino una importantísima discriminación entre los servicios minoristas y mayoristas que presta.

Por otra parte, Telefónica también excede los plazos máximos de la OBA en cuanto a tiempos de resolución de averías, y contrasta los porcentajes reportados por Telefónica de averías no resueltas en el plazo objetivo para los servicios mayoristas y minoristas, que son significativamente superiores para los primeros.

Orange indica que Telefónica no abona las penalizaciones por incumplimiento de los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) de la OBA, ni de forma automática, ni siendo requerida para ello, y hace alusión a las alegaciones formuladas en el marco del expediente RO 2008/120, sobre el sistema de penalizaciones existentes. Asimismo, destaca el hecho de que Telefónica sí aplica de forma automática en sus facturas las penalizaciones por falsa avería.

Orange se muestra de acuerdo con la propuesta del informe, y agrega a dicha propuesta la petición relativa a que se incluya en la OBA como ANS para el servicio de prolongación de par un porcentaje máximo del 3% de desagregaciones incorrectas, con una penalización asociada a su incumplimiento y que se modifique el SGO de forma que se pueda gestionar una incidencia de provisión desde la ventana de cambio. Asimismo, Orange solicita que se obligue a Telefónica a abonarle las penalizaciones debidas por retrasos en la provisión y en la resolución de averías y a devolver las penalizaciones indebidamente facturadas por falsa avería. Por último, Orange solicita la incoación de expediente sancionador a Telefónica por incumplimiento de la OBA.

Alegaciones de Yacom

Yacom, al igual que Orange, indica que no es posible gestionar incidencias de provisión en SGO tras la ventana de cambio, aportando también documentación al respecto, teniendo ello como resultado que el servicio se entrega sin que el par se haya desagregado correctamente (pese a que las actuaciones de Telefónica indican lo contrario), por lo que Yacom se ve obligada a abrir una avería, con el consecuente retraso.

Yacom se muestra de acuerdo con el informe de audiencia en cuanto a que el indicador de calidad "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias" no refleja en modo alguno la realidad, dado el alto porcentaje (13,7%) de prolongaciones de par entregadas incorrectamente, constatado por los resultados de las pruebas SELT, incumpléndose así la resolución de 14 de septiembre de 2006 de modificación de la OBA, por lo que solicita la apertura del correspondiente expediente sancionador. Por tanto, está de acuerdo con la propuesta del informe en cuanto a que Telefónica presente de nuevo los indicadores de calidad teniendo en cuenta las entregas incorrectas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Yacom coincide con Orange en lo relativo a que Telefónica no abona las penalizaciones correspondientes por incumplimiento de los ANS de la OBA, pero sí aplica de forma automática la facturación para sí misma de las penalizaciones por falsa avería.

En cuanto a la propuesta del informe, Yacom se muestra conforme con la misma, añadiendo los mismos aspectos referidos por Orange en sus alegaciones.

Alegaciones de Telefónica

Telefónica indica que Orange y Yacom han enviado datos sobre los resultados de la prueba SELT, pero sin detallar en qué condiciones se ha realizado ésta. En este sentido, Telefónica dice haber sugerido a Orange una modificación en los parámetros de la prueba, con el fin de mejorar su fiabilidad, sugerencia que esta última ha aceptado, según correo electrónico de fecha 22 de febrero, aportado al procedimiento.

Telefónica dice haber realizado un seguimiento de la situación durante los tres primeros meses del año, e indica que el número de rechazos en la entrega por parte de Orange ha pasado a ser en febrero de un 7% y en marzo de un 4%.

Telefónica afirma haber propuesto a Orange la habilitación por parte de ésta de un teléfono 900 al cual llamarían los técnicos de Telefónica, una vez finalizados los trabajos, para confirmar la correcta desagregación, propuesta que ha sido rechazada por Orange por no estimarlo viable.

En cuanto al correo electrónico de fecha 17 de diciembre mencionado por Orange, sobre modificaciones en el procedimiento de gestión de incidencias de provisión en SGO, Telefónica señala que sólo le consta haber remitido en esa fecha comunicación relativa a modificaciones en el número de teléfono de atención y aclaraciones sobre el procedimiento de apertura de incidencias. Telefónica afirma que no ha habido ninguna modificación en el SGO y que las incidencias de provisión pueden y podían abrirse en el momento de la denuncia de Orange y Yacom. En este sentido, Telefónica aclara que la disconformidad con la entrega del servicio tiene el carácter de incidencia durante la provisión.

En relación al cálculo del indicador de calidad "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias", Telefónica reconoce en su alegación Tercera que no ha considerado las averías posteriores a la entrega del servicio. Según Telefónica, el motivo de realizar tal interpretación se deriva del hecho de estar el citado indicador clasificado como indicador de provisión. Por ello, se consideraban las solicitudes entregadas en plazo y que no habían sufrido ninguna incidencia de provisión, y no aquellas incidencias que afectaban al servicio ya entregado, por estimar que distorsionaban el valor del citado indicador, especialmente teniendo en cuenta que existen otros indicadores como el "Número de avisos de averías por cada 100 circuitos", relativos al mantenimiento posterior.

Por lo anterior, Telefónica solicita que se considere la posibilidad de redefinir el indicador de acuerdo a su interpretación. No obstante, a modo de ejemplo, detalla el procedimiento que se seguiría para calcular para el mes de marzo de 2008 el indicador "Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias" según el criterio indicado en la OBA. Para ello, Telefónica recalcula el indicador computando las solicitudes entregadas en el mes de enero de 2008 y descontando aquellas que hubieran sufrido demora, incidencia en provisión o bien, alguna avería imputable a Telefónica en el citado mes de enero. El resultado del cálculo con este criterio sería del 93%.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su alegación Cuarta, Telefónica manifiesta su desacuerdo con la afirmación sobre el supuesto incumplimiento de los ANS en lo relativo al número máximo de averías por bucle accedido, puesto que deberían considerarse únicamente las averías imputables a Telefónica, quien considera, para el periodo de referencia, que un 82% de las averías son imputables al operador, con lo cual el nivel de calidad para el parámetro "Avería por bucle accedido" estaría por debajo de los niveles máximos establecidos en los ANS de la OBA.

En su alegación Quinta, Telefónica reproduce alegaciones ya formuladas en el seno del expediente RO 2008/120, mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2008, en relación a la supuesta falta de competencia de la CMT para pronunciarse sobre el pago de las penalizaciones. De forma subsidiaria, Telefónica indica que Orange y Yacom en sus escritos de denuncia solicitan la devolución de los costes ocasionados por las desagregaciones incorrectas, pero en ningún momento solicitan a la CMT que ordene el pago de penalizaciones debidas a supuestos retrasos.

En el informe de audiencia se indicó que Telefónica no puede comenzar a facturar por un servicio incorrectamente entregado. A este respecto, Telefónica dice que no corresponde a la CMT declarar u ordenar la devolución de costes supuestamente indebidamente facturados, pues se trata de una cuestión civil sobre la que ésta carece de competencias. Por otro lado, Telefónica alega que no ha quedado constatada la existencia ni la imputabilidad de las desagregaciones incorrectas denunciadas, ni la imposibilidad de apertura de incidencias en provisión.

Telefónica señala que Orange ha retirado expresamente del conflicto la petición de devolución de los conceptos facturados por falsa avería, por encontrarse en proceso de negociación pero, sin embargo, en el resuelve cuarto del informe de audiencia se declara la improcedencia de la facturación de Telefónica a Orange y Yacom en concepto de penalización por falsa avería, en todos aquellos casos en los que Telefónica no haya acreditado fehacientemente que la causa de la avería se encontraba en la planta responsabilidad del operador. A juicio de Telefónica, la CMT está irrogándose competencias propias de la jurisdicción civil y estaría resolviendo sobre cuestiones que son plenamente disponibles y negociables por los operadores.

Por último, Telefónica manifiesta que la CMT estaría imponiéndole obligaciones *ex novo*, sin respetar los trámites legalmente establecidos, al obligarle a proporcionar los servicios de prolongación de par en condiciones semejantes a sus servicios minoristas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto planteado por Orange y Yacom acerca de los supuestos incumplimientos de obligaciones por parte de Telefónica en relación al servicio de prolongación de par de la OBA.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, letra 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.

La LGTel, en su artículo 11 apartado 4, 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.”* La letra a) del mencionado artículo 3 establece como objetivo de esta Ley, fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

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.”*

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto planteado por Orange y Yacom contra Telefónica.

Tercero. Obligaciones de Telefónica en materia de acceso al bucle

Mediante Resolución del Consejo de la CMT de 11 de mayo de 2006, se define y analiza el Mercado 11 que hace referencia al acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales. En esta Resolución se determina que Telefónica tiene individualmente poder significativo en el mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo 2, apartado 8 de la LGTel y en consecuencia, se imponen a Telefónica las obligaciones de acceso, orientación a costes, transparencia, separación de cuentas y no discriminación. La Resolución de 11 de mayo de 2006 ha sido publicada en el BOE de 24 de mayo de 2006. Las obligaciones impuestas a Telefónica son las siguientes:

1º. Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y parcialmente desagregado al bucle de abonado a todos los operadores, a precios regulados. La efectividad de esta obligación requiere de la imposición genérica de las siguientes imposiciones:

- a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1d de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).
- b) Ofrecer el servicio de acceso al bucle a precios orientados en función de los costes de producción (arts.13.1e de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso) a los operadores de red fija que así lo soliciten.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

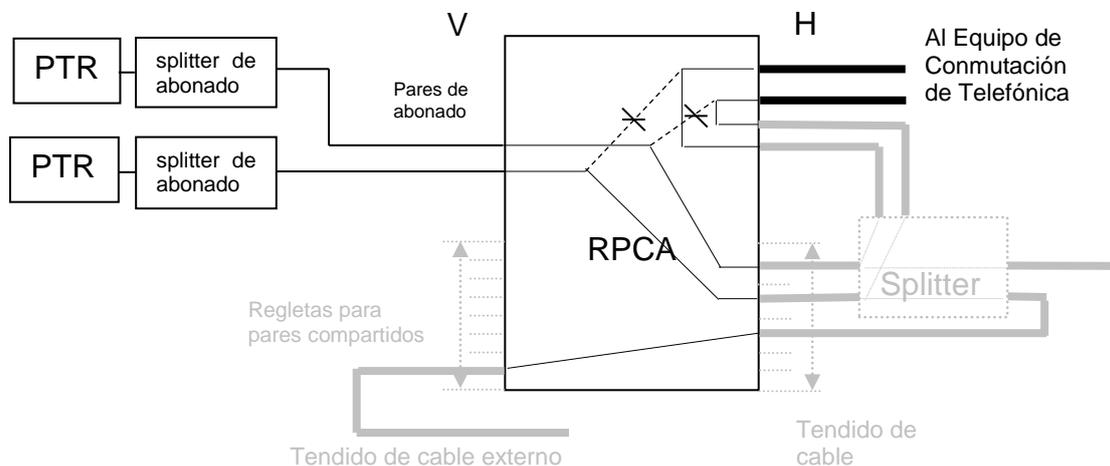
- c) Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con el acceso desagregado al bucle de abonado (arts. 13.1c de la LGTel y 9 del Reglamento de Mercados; art. 11 de la Directiva de Acceso).
- 2º. Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado. Telefónica está obligada a la publicación de una oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos 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).
- 3º. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1b de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; art. 10 de la Directiva de Acceso).
- 4º. Determinación de las concretas condiciones de acceso al bucle de abonado.

Dada la obligación que estableció el artículo 11.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado y de conformidad con el artículo 3.1 del Reglamento comunitario sobre acceso al bucle, los operadores dominantes de redes fijas deben publicar una oferta de referencia de acceso al bucle. Conforme a lo anterior Telefónica dispone de su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), oferta de referencia que le vincula constituyendo un conjunto de prestaciones mínimas que Telefónica está obligada ofrecer.

Asimismo, dada la obligación que estableció el artículo 3.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado y de conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento comunitario sobre acceso al bucle, los operadores dominantes de redes fijas deben atender las solicitudes razonables de acceso al bucle y a los recursos asociados.

Cuarto. Desagregaciones incorrectas denunciadas por Orange y Yacom

El servicio de prolongación del par de la OBA permite a un operador con presencia en una determinada central de Telefónica conectar un bucle o subbucle de abonado hasta el tendido de cable del operador sito en el repartidor principal (RPCA). En la modalidad de acceso desagregado compartido, el servicio incluye la realización de las desconexiones y conexiones necesarias mediante puentes entre el vertical del RPCA (pares de abonado) y las regletas horizontales/verticales de los tendidos interno/externo, tal y como se muestra en el siguiente esquema:





COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio contempla, además de los citados trabajos, el mantenimiento del par, pruebas de entrega del servicio (opcionales y obligatorias) y la instalación del *splitter* de abonado, en su caso.

Para un operador alternativo que ya dispone de infraestructuras en una central (ubicación, tendido de cableado y entrega de señal), el servicio de prolongación del par es imprescindible para completar la conexión de los bucles de abonado a su red, y estar en disposición de prestar sus servicios a los usuarios finales. Por consiguiente, las condiciones en las que Telefónica suministra el servicio de prolongación del par condicionan de forma directa la calidad de los servicios que los operadores alternativos proporcionen a sus abonados.

Dentro del procedimiento de prolongación del par, se define una ventana única de actuación o ventana de prolongación de una duración fija de 6 horas en la que deben realizarse las siguientes actuaciones: trabajos y pruebas en central, instalaciones necesarias en dependencias del abonado y, en su caso, actuaciones para hacer efectiva la portabilidad.

Sobre el volumen de desagregaciones incorrectas y la fiabilidad de la prueba SELT

En sus escritos iniciales Orange y Yacom exponen que el servicio de prolongación de par no es prestado por Telefónica en las condiciones estipuladas en la OBA, dado el elevado número de entregas incorrectas del servicio que se producen, en base a los resultados obtenidos a través de una herramienta de prueba denominada SELT (*single-ended loop testing*) que Orange y Yacom vienen utilizando en los últimos meses de forma sistemática para comprobar la entrega del servicio tras la citada ventana de prolongación. Ambos operadores aportan los resultados de dichas pruebas, con el fin de acreditar el elevado número de desagregaciones de par incorrectas. Orange aporta los resultados de pruebas SELT efectuadas desde julio de 2007, y Yacom ha remitido los resultados de más de 30.000 pruebas SELT efectuadas entre abril y octubre de 2007 que acreditan el porcentaje de desagregaciones incorrectas denunciado.

Telefónica no reconoce ni el nivel de prolongaciones de par incorrectas denunciado por Orange y Yacom, ni los resultados de la prueba SELT pues, a su juicio, presenta deficiencias que la invalidan.

En relación a la prueba SELT, cabe indicar que se tiene constancia de sus altos índices de fiabilidad. La ETP (*European Telecommunications Platform*), foro en el que participa Telefónica, ya en 2001 recomendaba a los operadores alternativos efectuar la prueba SELT en el ámbito de la desagregación del bucle³. Por otra parte, la prueba SELT es objeto de estandarización por la ITU-T⁴. En consecuencia, puede considerarse que los resultados de la prueba SELT son suficientemente válidos como indicativo de la corrección en la entrega del servicio de prolongación del par, independientemente de que en casos puntuales los resultados de la prueba pudieran ser incorrectos, dado el volumen de incidencias reportado por Orange y Yacom.

Telefónica argumenta en sus alegaciones al trámite de audiencia, que la validez de la prueba SELT viene dada por su parametrización y las condiciones en que se realiza.

³ Recomendación 3.3 del documento “ETP Recommendations on local loop unbundling: Provisioning and O&M Issues, September 2001, Issue 2”, en cuya elaboración ha participado Telefónica, según consta en su Apéndice 7. Las recomendaciones están disponibles en el siguiente enlace:

http://www.etp-online.org/documents/_00_061%20ETP%20LLU%20recs%20issue%201%20final.pdf

⁴ Grupo de estudio 15, cuestión 4.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega asimismo que aportó datos en su escrito inicial de alegaciones donde se recogían casos que, a su juicio, acreditan las deficiencias de la prueba SELT en las condiciones en que Orange y Yacom la llevan a cabo, para casos de bucles muy cortos.

Pues bien, con respecto a la documentación aportada por Telefónica en su escrito inicial que supuestamente acreditaba las incorrecciones de la prueba SELT, Telefónica sólo relaciona cuatro casos de bucles muy próximos a la central en los que la modificación de los parámetros de la prueba pudiera haber sido de utilidad para descartar falsas averías. Del resto de ejemplos aportados por Telefónica, seguidamente se analiza el que contiene un mayor volumen de casos (125 incidencias reportadas por Orange en una central determinada). Estas 125 incidencias son comprobadas varios días después, indicándose por los técnicos de Telefónica que:

- En 90 casos la prueba de sincronismo desde el repartidor principal es correcta (“Hechas Pruebas Bien”)
- En 10 casos existía una avería en los puentes del repartidor principal.
- En 1 caso el par estaba averiado.
- En 24 casos los puentes estaban sin conectar, puesto que las órdenes se habían cumplimentado por error 10 días antes sin efectuar los trabajos.

Por tanto, Telefónica concluye que únicamente es responsable de 35 de las 125 averías, considerando que las 90 restantes incidencias son responsabilidad de Orange.

En los casos reportados, Telefónica únicamente informa de que las pruebas realizadas varios días después de la apertura de las incidencias resultaron ser correctas. Ello no acredita en modo alguno que los trabajos de desagregación se efectuaron de forma correcta y coordinada durante la ventana de cambio.

Las 90 referidas incidencias del tipo “Hechas Pruebas Bien” que Telefónica imputa a Orange corresponderían a la casuística “sin cambios” descrita por Orange en su respuesta al requerimiento de información (casuística que agrupa el **86%** de las desagregaciones incorrectas denunciadas por Orange entre marzo y noviembre de 2007). Se trata de incidencias que Telefónica no reconoce, aduciendo que no existieron pese a comprobar Orange tras la ventana de cambio que el bucle no estaba desagregado y quedar así demostrado en las subsiguientes pruebas conjuntas. Sin embargo, estas incidencias se resuelven aparentemente por sí solas pocos días después de la ventana de cambio, hecho del que se desprende que **Telefónica no realizó los trabajos durante la ventana de cambio**, procediendo a desagregar las líneas pocos días después de las pruebas conjuntas. Es decir, los plazos del SGO en relación a la ventana de cambio en muchas ocasiones no se corresponden con los plazos y fechas en que Telefónica efectúa los trabajos de desagregación.

Por consiguiente, cuando las comprobaciones efectuadas varios días después de la apertura de la avería resultan ser correctas, Telefónica considera que no hubo desagregación incorrecta y que Orange es responsable de la incidencia. Ello carecería absolutamente de sentido puesto que, como se ha podido comprobar en base a la información aportada por los tres operadores, Telefónica factura automáticamente a Orange y Yacom penalizaciones por todas las averías que no reconoce. Por otra parte, a Orange y Yacom les supone incurrir en un coste extra desplazar un técnico a central para las pruebas conjuntas en que habitualmente derivan las incidencias no reconocidas por Telefónica. Y todo ello en añadidura al hecho realmente grave: que el retraso en la resolución de la incidencia afecta al cliente de forma directa, cuyo servicio se encuentra interrumpido hasta la resolución de la avería. Evidentemente, además de los operadores,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los principales perjudicados por todo lo anterior son los clientes afectados, y los menos interesados en la apertura de falsas averías son Orange y Yacom para quienes, además, resulta dañada su imagen comercial.

La descoordinación del SGO con las actuaciones asociadas a la prolongación del par viene a ser corroborada por las 24 solicitudes (de 125, en una central), reconocidas por la propia Telefónica, que se finalizaron a nivel administrativo sin efectuar físicamente los trabajos de prolongación del par en central, dejando sin servicio a 24 clientes de Orange durante al menos 10 días según las fechas que constan en la información remitida por Telefónica. Este hecho por sí sólo resulta de todo punto inadmisibles, pues es responsabilidad de Telefónica entregar el servicio correctamente y en la ventana de cambio programada.

Por consiguiente, los datos remitidos por Telefónica no demuestran la inexistencia del volumen de desagregaciones incorrectas denunciado, ni la falta de fiabilidad de la prueba SELT, más bien al contrario, aportan indicios adicionales de una total descoordinación de los trabajos de desagregación con la tramitación de las solicitudes en SGO, que devienen en entregas defectuosas del servicio. Es por ello que esta Comisión precisa conocer de los datos correctamente calculados del indicador de calidad “Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias”, como se detalla más adelante.

Telefónica afirma que el número de rechazos en la entrega por parte de Orange se ha reducido a un 7% en febrero y un 4% en marzo. En la documentación aportada por Telefónica se observa que los rechazos se efectúan a través de ficheros enviados por correo electrónico, mediante un procedimiento de contingencia que Telefónica ha dispuesto a los efectos, como se expone en el fundamento Séptimo. La reducción en el número de rechazos en la entrega podría valorarse positivamente, de comprobarse que se corresponde con una disminución del volumen de desagregaciones incorrectas. No obstante, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de rechazar la entrega del servicio vía SGO, debiendo tramitarse las malas entregas posteriormente como incidencias por avería.

Respecto a la puesta a disposición de un número de teléfono gratuito para que los técnicos de Telefónica confirmen la correcta entrega del servicio, si bien está contemplado en la OBA como una facilidad opcional que los operadores autorizados pueden implantar si lo consideran conveniente, éstos no están obligados y Telefónica no puede justificar un nivel de calidad más bajo en la entrega del servicio para un operador concreto en base a que no facilita dicho teléfono.

Sobre la supuesta identidad de objeto de las diferentes denuncias

Telefónica destaca que la denuncia de Yacom es idéntica a la de Orange, y concluye que al pertenecer ambas al mismo grupo empresarial, la denuncia obedece a una estrategia del grupo Orange dirigida a crear la impresión de que Telefónica incumple sistemática, reiterada e intencionadamente sus obligaciones de acceso al bucle, y que por ello se hace merecedora de varias denuncias.

Por otra parte, Telefónica indica que la presente denuncia también es idéntica en estructura y fundamentos jurídicos a la que se está tramitando en el ámbito del expediente DT 2007/1192, y que hubiera sido más coherente por parte de Orange presentar una única denuncia en la que se analizaran todas las supuestas vulneraciones del principio de no discriminación por parte de Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A ello cabe responder que, independientemente de que Orange y Yacom formen parte del mismo grupo empresarial, se tiene constancia de que operativamente continúan funcionando como dos entidades independientes, con carteras de clientes y ofertas de productos diferenciadas, y aunque el objeto de las dos denuncias es idéntico y precisamente por ello han sido acumuladas en el expediente de referencia, los datos concretos aportados por ambos operadores son diferentes.

En cuanto a la denuncia que está siendo tramitada en el contexto del procedimiento DT 2007/1192, nada tiene que ver con los hechos analizados en el presente expediente, habida cuenta de que lo allí denunciado por parte de Orange son incumplimientos de Telefónica en materia de servicios de información de la OBA, mientras que en el presente expediente se están tratando incumplimientos relativos a la entrega del servicio de prolongación del par y al tratamiento de las incidencias que se producen en ese contexto. Ahora bien, ciertamente ambas prácticas conducen a obstaculizar el acceso a los servicios mayoristas del bucle desagregado, pero ello no implica en modo alguno que deban ser tratadas en el mismo expediente de referencia pues, como ya se ha dicho, se trata de incumplimientos asociados a distintos servicios de la OBA.

Sobre la incorporación del escrito inicial de Orange al procedimiento RO 2007/17

En su respuesta al requerimiento de información, Telefónica formula una serie de alegaciones previas, en las que hace constar que los hechos denunciados por Orange resultan expresamente incorporados al expediente sancionador RO 2007/17, abierto por esta Comisión mediante resolución de fecha 20 de diciembre de 2007. Telefónica estima que el requerimiento de información tiene por objeto averiguar los mismos datos o hechos que están siendo objeto de instrucción en el expediente sancionador RO 2007/17, y que por tanto la emisión y en su caso, la contestación al referido requerimiento o cualquier otro tipo de actuación dirigida a averiguar sobre los referidos hechos deberá efectuarse, en su caso, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador abierto *ad hoc*. Telefónica alega que si esta Comisión pretendiera utilizar el resultado del requerimiento en el seno del citado procedimiento sancionador RO 2007/17 para probar los hechos imputados en el mismo, estaría utilizando un medio ilícito, vulnerando el derecho de defensa y contradicción.

Con respecto a lo anterior, ciertamente el escrito inicial de Orange fue incorporado al expediente sancionador RO 2007/17 en el contexto del período de información previa que se abrió a los efectos de analizar la procedencia de su apertura en relación con el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par, por cuanto la denuncia contenía indicios de vulneración de dicho principio de no discriminación.

Ahora bien, el requerimiento de información remitido a Telefónica en el ámbito del presente procedimiento tiene por objeto recabar datos concretos necesarios para la resolución del conflicto planteado por Orange. En consecuencia sólo se procederá a la remisión de las actuaciones aquí practicadas si el instructor del procedimiento sancionador RO 2007/17 considerara razonable incorporar al mismo la información que se obtuviera en la tramitación del presente expediente. De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora –aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto-, la remisión de esta información no implicaría una vulneración del derecho de defensa y contradicción del presunto responsable, dado que Telefónica podrá formular las alegaciones que estime convenientes durante la tramitación del referido procedimiento sancionador.



Sobre la búsqueda de soluciones acordadas a los hechos objeto del conflicto

Telefónica indica haber mantenido reuniones periódicas e intercambios de información con las áreas técnicas de Orange y Yacom, con el fin de resolver las incidencias y supuestos problemas. Por otro lado, Telefónica indica que Orange y Yacom deberían haber trabajado con Telefónica de forma conjunta en la búsqueda de soluciones de consenso a las incidencias planteadas antes de llegar a la vía del conflicto.

Orange y Yacom indican en sus escritos de alegaciones haber solicitado a Telefónica en numerosas ocasiones la resolución de las deficiencias denunciadas, debiendo llegar finalmente a la vía de la denuncia ante esta Comisión al no adoptar Telefónica medida correctora alguna. Orange y Yacom aportan datos de desagregaciones incorrectas que se remontan a abril de 2007. Telefónica únicamente aporta el acta de una reunión mantenida con Orange el 19 de noviembre de 2007, documento que por sí sólo no demuestra que Orange y Yacom no hubieran escalado previamente las incidencias a Telefónica.

Por consiguiente, con la información disponible, no se puede afirmar que Orange y Yacom hayan recurrido tan pronto como surgió el problema, en primera instancia, a la vía del conflicto sin optar antes por la vía de la solución por acuerdo, sino que más bien se deduce, a juzgar por las fechas de los datos reportados por los Orange y Yacom, que la problemática aquí denunciada se remonta al menos varios meses atrás y que la situación ha llevado finalmente a ambos operadores a interponer un conflicto ante esta Comisión, ejerciendo su legítimo derecho recogido en la legislación vigente.

Quinto. Indicador de calidad “Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias”

En el punto 1º del requerimiento remitido a Telefónica con fecha 18 de diciembre de 2007, se le solicitaba a la siguiente información:

*“1º Detalle de la metodología que utiliza para calcular el indicador de calidad Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias⁵ para todos los servicios mayoristas y minoristas considerados. En concreto **Telefónica deberá indicar expresamente si en el caso del servicio de prolongación de par computan para el cálculo las prolongaciones de par que, aun figurando en SGO como correctamente entregadas, han dado lugar a alguna incidencia por avería en el mes correspondiente.**”*

En respuesta a lo anterior, Telefónica indica que: *“Para obtener este indicador de calidad, se calcula el porcentaje de solicitudes finalizadas dentro del plazo definido en la OBA, del conjunto de solicitudes que han finalizado durante el mes actual y **no han sufrido alguna incidencia en la provisión**”.*

En el apartado “1.6.2 Tipología de las incidencias” de la OBA vigente se incluyen las definiciones de las incidencias de provisión y las incidencias por averías. En particular, las incidencias de provisión son aquellas referidas al conjunto de actividades de la tramitación y provisión de los servicios, desde el momento de recepción de la solicitud hasta la aceptación de la entrega del servicio por parte del operador, y las incidencias por averías son aquéllas que están relacionadas con el funcionamiento de cualquier elemento

⁵ En el *Anexo II: Indicadores de calidad* de la resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre la modificación de la OBA se describen determinados indicadores de calidad que Telefónica debe publicar mensualmente para el servicio de desagregación del bucle que presta a terceros y el servicio equivalente en autoprestación. Uno de los indicadores es el porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias, que debe calcularse dividiendo el número de solicitudes que han sido entregadas en el penúltimo mes y que no han sufrido ni un retraso en la entrega ni han generado incidencia alguna (ni de provisión ni por avería) por el número total de solicitudes entregadas en el penúltimo mes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red dentro del ámbito de responsabilidad de Telefónica (pueden iniciarse de forma posterior a la aceptación de la entrega del servicio).

El parámetro “Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias” es un indicador que **refleja el grado en que Telefónica entrega el servicio correctamente, y sin necesidad de realizar ninguna actuación adicional** de forma subsiguiente a la finalización de los trabajos de prolongación del par. Por ello, **es de vital importancia que se incluyan las incidencias por avería que se produzcan tras la aceptación de la entrega del servicio por parte del operador, además de las incidencias de provisión.**

Telefónica reconoce en su respuesta al requerimiento que solamente computa las incidencias de provisión en el cálculo del citado indicador, incumpliendo así lo estipulado al respecto en la resolución de 14 de septiembre de 2006 de modificación de la OBA. Telefónica, en sus alegaciones al trámite de audiencia, justifica el incumplimiento de la definición en base a que el indicador *“aparece dentro de los indicadores de provisión”*, dando lugar a errores de interpretación, y solicita que se considere su redefinición, pues a su juicio las incidencias por avería *“distorsionan el valor del citado indicador”*.

A lo anterior, sólo cabe decir que resulta totalmente inaceptable que Telefónica no sólo no se ajuste la definición del indicador, sino que, una vez detectada dicha irregularidad por esta Comisión, solicite su redefinición de acuerdo a sus propios criterios, adoptados de forma unilateral y sin justificación alguna. En cualquier caso, sobre la redefinición solicitada por Telefónica, la inclusión de las incidencias por avería subsiguientes a la entrega del servicio no distorsiona el valor del indicador, muy al contrario, constituye un dato esencial para conocer si se ha requerido alguna actuación adicional con posterioridad a la entrega del servicio⁶, y ello nada tiene que ver con el indicador de mantenimiento “Número de avisos de averías por cada 100 circuitos”, que refleja las averías abiertas sobre el total de bucles activos, y no sobre los entregados el penúltimo mes.

Por consiguiente, los datos que Telefónica viene remitiendo para el indicador en cuestión desde el mes de febrero de 2007 no reflejan la situación real en cuanto a la calidad en la entrega del servicio de prolongación de par, pues no contemplan las desagregaciones incorrectas resueltas como incidencias por avería.

Asimismo, resulta de especial relevancia la imposibilidad de abrir incidencias de provisión en SGO tras la ventana de prolongación, debiéndose gestionar posteriormente como incidencias por avería, con el consiguiente retraso en su resolución. Este hecho, constatado en base a los datos remitidos por Orange y Yacom, y que se analiza en el fundamento Séptimo constituye un agravante del incumplimiento relativo al cálculo del citado parámetro. Resulta evidente que si Telefónica únicamente computa las incidencias de provisión para el cálculo del referido indicador “Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias”, pero no es posible abrir incidencias de provisión tras una mala entrega del servicio, **ninguna de las incidencias que se produzcan tras los trabajos de prolongación del par quedarán reflejadas: ni las que son realmente por averías, ni las de provisión que el operador se ve obligado a gestionar como si se tratase de incidencias por averías**, puesto que Telefónica no contabiliza ninguna de ellas para el cálculo.

⁶ La figura del Telecommunications Adjudicator instaurada en el Reino Unido considera como métrica básica la tasa de servicios entregados correctamente sin necesidad de una actuación adicional (*Right First Time*).



En el requerimiento de información se solicitaba a Telefónica que aportase los valores concretos utilizados en el cálculo del parámetro para los meses de marzo a noviembre de 2007, incluyendo los datos desglosados de Orange. Por otra parte, se requirió a Orange el número de desagregaciones incorrectas para el mismo periodo con el fin de contrastar los datos⁷. Del análisis de los datos aportados se observan notables discrepancias en cuanto al volumen de entregas incorrectas considerado por cada operador. Promediando los datos relativos a Orange para el periodo de 9 meses de referencia, según Telefónica el porcentaje de entregas incorrectas se situaría en torno al 2%, mientras que en base a los datos de Orange el porcentaje sería aproximadamente del 12%, en línea con lo alegado por esta última en su escrito de denuncia. Estas discrepancias no resultan sorprendentes teniendo en cuenta que Telefónica no computa como entregas incorrectas aquéllas que generan incidencias por avería en el mes de referencia, como ya se ha expuesto anteriormente.

A modo de ejemplo, Telefónica incluye el cálculo del indicador para el mes de marzo de 2008, computando para ello las solicitudes entregadas en el penúltimo mes (enero de 2008) que no han sufrido retraso en la provisión, ni han tenido incidencias de provisión, ni por avería en el citado mes de enero. El resultado del parámetro así calculado es del 93% (frente al 100% remitido por Telefónica en los indicadores de calidad para el mes de febrero), es decir, un 7% de entregas incorrectas del servicio. No obstante, atendiendo a la definición del indicador de calidad, el cálculo sigue sin ser correcto, pues Telefónica solamente considera las incidencias por avería ocurridas durante el mes de enero, cuando debería computar todas las averías que se produzcan hasta el comienzo del mes de referencia (es decir, en enero y febrero), tal y como se establece en la definición. Ello determinaría si el servicio entregado presenta incidencias a lo largo del mes subsiguiente a la provisión, que es el objeto del indicador de calidad (por ello se consideran las solicitudes entregadas en el penúltimo mes y no en el último). Por consiguiente, aunque es sensiblemente superior al 2-3% de entregas incorrectas que venía reportando Telefónica, la cifra del 7%, continúa siendo inferior al porcentaje real de entregas fuera de plazo o con incidencias.

En conclusión, con el fin de estar en disposición de conocer la situación real en cuanto al suministro del servicio de prolongación del par, es absolutamente imprescindible que Telefónica utilice la metodología especificada en la citada resolución de 14 de septiembre de 2006 para el cálculo de los indicadores de calidad, ello independientemente del incumplimiento en que Telefónica incurre al no ajustarse a dicha metodología. En base a su obligación de no discriminación, (recogida en el fundamento Tercero, punto 3º), está totalmente motivado obligar a Telefónica a que el porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias de sus servicios minoristas no sea superior al de los servicios mayoristas, no constituyendo obligaciones *ex novo* como parece pretender Telefónica.

Sexto. Volumen de averías por bucle accedido reportado por Telefónica

En su escrito de respuesta al requerimiento de información de 18 de diciembre Telefónica incluye los valores numéricos utilizados por Telefónica para calcular el indicador de calidad *Número de avisos de averías por cada 100 circuitos*⁸.

⁷ Orange y Telefónica indican que el volumen de solicitudes de Orange en la modalidad de acceso completamente desagregado es mínimo, y que por ello únicamente aportan datos referidos a la modalidad de acceso compartido.

⁸ Cantidad de avisos averías que se han notificado en el último mes por cada 100 líneas, incluyendo tanto las averías por causas imputables a Telefónica como por causas imputables al operador.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el apartado A.4.3 del Anexo 1 de Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) de la OBA, en relación al acceso desagregado compartido, se estipula un número máximo de averías por bucle accedido por trimestre de 0,06.

En el informe de audiencia, de los datos remitidos por Telefónica, se obtuvo el número de averías por bucle accedido para los tres trimestres comprendidos entre los meses de marzo y noviembre de 2007, tanto el valor global para el total de bucles desagregados en acceso compartido como para los bucles de Orange:

	Averías por bucle accedido		
	marzo-mayo 2007	junio-agosto 2007	septiembre-noviembre 2007
Global	0,08	0,05	0,05
Bucles de Orange	0,09	0,07	0,08

De los datos contenidos en la tabla anterior se desprende que, para los bucles de Orange, Telefónica no cumple con los niveles de calidad establecidos para el parámetro "Averías por bucle accedido" en el anexo de ANS de la OBA vigente, en ninguno de los trimestres analizados. Telefónica indicaba en su respuesta al requerimiento que ello es debido a las deficiencias que presenta la prueba SELT de Orange. Como ya se ha visto, dichas deficiencias no han sido acreditadas por Telefónica.

En sus alegaciones al informe de audiencia, Telefónica afirma cumplir el citado ANS para el periodo de referencia, puesto que a su juicio, el 82% de las averías son imputables al operador y por tanto no computarían para su cálculo. En concreto, el valor resultante para septiembre-noviembre de 2007 sería de 0,009 averías por bucle accedido.

Orange por su parte reporta, para el último trimestre de 2007, un 10,72% de averías por bucle accedido imputables a Telefónica, incluyendo un listado con las causas, y recalca la notable diferencia de este valor con los datos de calidad del servicio⁹ publicados por Telefónica en su página web para el cuarto trimestre de 2007, en particular, el porcentaje de avisos por línea de acceso fijo (2,82%), frecuencia de reclamaciones de clientes (2,44%) y proporción de transmisiones de datos fallidas (0,29%).

Ante las discrepancias en cuanto a la imputabilidad de la responsabilidad de las averías, no debe perderse de vista que es Telefónica quien debe acreditar la responsabilidad del operador, cuando considere que se trata de una falsa avería. Por consiguiente, es improcedente la imputación de la incidencia al operador en todos aquellos casos en que no presente pruebas fehacientes, casos que computarían a los efectos del cálculo del ANS "Averías por bucle accedido".

Séptimo. Gestión de incidencias de provisión mediante SGO

Orange y Yacom manifiestan que el SGO no permite gestionar incidencias de provisión tras la ventana de prolongación, retrasándose de este modo la resolución, y teniendo como consecuencia que Telefónica publique en sus indicadores de calidad un elevado porcentaje de entregas correctas del servicio de prolongación del par, aspecto este último que ya se ha analizado en el fundamento Quinto.

⁹ Datos elaborados según lo establecido en la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, publicados en la página web <http://www.telefonica.es/acercadetelefonica/esp/>



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De la información aportada por Telefónica en su respuesta el requerimiento, no se concluyó que ésta se ciña al procedimiento estipulado en la OBA en relación a la finalización de solicitudes que requieran de aceptación por parte del operador, como es el caso de la prolongación del par.

Orange indicaba en su respuesta al requerimiento de información que la resolución de las incidencias que se producen en la provisión se lleva a cabo de forma manual e independiente del SGO, y en el trámite de audiencia Orange y Yacom aportan información extraída de SGO donde se verifica la imposibilidad de rechazar una entrega de servicio incorrecta y abrir una incidencia de provisión.

Esta imposibilidad de gestionar incidencias de provisión vía SGO viene a ser demostrada por los datos obrantes en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia de la propia Telefónica. En concreto, en el acta de la reunión entre Telefónica y Orange de fecha 25 de marzo de 2008 que adjunta como Anexo 2, en respuesta a la exposición de Orange sobre *“la problemática asociada a la situación actual en la que no pueden rechazar las desagregaciones que según sus pruebas son incorrectas”* Telefónica contesta que *“actualmente se está trabajando mediante un procedimiento de contingencia, según el cual Orange envía diariamente un fichero con todas las conexiones finalizadas que según su prueba da error”*. Por consiguiente, no es cierta la afirmación de Telefónica relativa a que las incidencias de provisión *“pueden y podían abrirse en el momento de la denuncia”*, pues a fecha 25 de marzo todavía se gestionan de forma manual a través del procedimiento de contingencia indicado por Telefónica.

En conclusión, ha quedado constatado que no es posible rechazar la entrega del servicio, ni abrir incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos de prolongación del par, debiendo los operadores gestionarlas posteriormente como incidencias por avería, o remitirlas vía correo electrónico, tramitándose posteriormente de forma manual por Telefónica. Lo anterior implica retrasos en la resolución de las incidencias derivadas de entregas defectuosas del servicio, con el consiguiente perjuicio para Orange y Yacom. Adicionalmente, éstas entregas incorrectas no quedan registradas en el SGO como tales (donde la solicitud figura como correctamente finalizada), pues se tramitan de forma manual por fuera del sistema, como se desprende de los datos aportados por la propia Telefónica.

Octavo. Costes incurridos por Orange y Yacom por desagregaciones incorrectas

En cuanto al resarcimiento de los costes incurridos por Orange y Yacom a causa de las desagregaciones incorrectas, se reconoce que no es competencia de la CMT pronunciarse sobre la cuantificación de esos daños y perjuicios, tal y como alega Telefónica. No obstante lo anterior, sí es competencia de la CMT dirimir si la conducta de Telefónica es acorde con sus obligaciones de acceso al bucle de abonado y a su oferta mayorista y, en caso contrario, tomar las medidas adecuadas.

Facturación impropia de costes OBA y penalizaciones por retraso

Orange y Yacom solicitan la devolución de todas las cuotas de alta del servicio entregadas deficientemente, así como de las notificaciones por falsa avería facturadas impropia, si bien Orange en su escrito de respuesta al requerimiento solicita retirar este último concepto de su petición inicial. En todo caso, esta Comisión no es competente para pronunciarse sobre la procedencia de la facturación de los servicios OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, es importante también tener presente que la OBA estipula una serie de penalizaciones por retrasos en la entrega del servicio y en la resolución de incidencias (en provisión y por averías) que Telefónica deberá abonar automáticamente al operador afectado. En cuanto al número máximo de averías por bucle accedido es un indicador recogido en los ANS de la OBA cuyo incumplimiento está sujeto también a penalizaciones.

Penalizaciones por falsas averías

Telefónica exponía en su respuesta al requerimiento de información que *“las diferencias de criterio técnico entre dos operadores respecto a la entrega de unos servicios, cuando uno efectúa unas pruebas de fin de provisión con resultado correcto (mi representada) y el otro (en este caso Orange) indica que se produce una “Incidencia en Pruebas de operador” es un caso normal cuando la complejidad de los servicios es considerable, o las capacidades técnicas y especialización de una de las partes no está a la altura de las circunstancias, y se deben resolver de buena fe entre ambas partes, y no como hace Orange abriendo sistemáticamente averías inexistentes”*. Agregaba Telefónica que si Orange obrara de buena fe, habría optado por solicitar las pruebas de sincronismo previstas en la OBA, en lugar de realizar sus propias pruebas y hacer figurar miles de averías inexistentes.

Pues bien, en primer lugar, no resulta aceptable que Telefónica acuse a los operadores de abrir multitud de falsas averías, sin aportar prueba alguna, máxime cuando éstos denuncian la facturación automática de todas las supuestas falsas averías por Telefónica, hecho que Telefónica no niega en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia. En este sentido, resulta sorprendente que Telefónica se niegue a abonar automáticamente a los operadores las penalizaciones estipuladas en la OBA, viéndose éstos obligados a reclamar el pago de las mismas vía conflicto ante esta Comisión o por la vía judicial, y en cambio no tenga problema alguno para cobrar de forma automática junto con la facturación de los servicios OBA las penalizaciones por falsa avería a su favor.

Por otra parte, conviene recordar a Telefónica que la OBA estipula en su apartado 1.6.10 que ésta únicamente tendrá derecho a reclamar el pago de dichas penalizaciones cuando esté debidamente justificado documentalmente que la causa de la avería se encuentre en la planta responsabilidad del operador. Debe indicarse que Orange ha vuelto a incluir en su petición la devolución de estas penalizaciones indebidamente facturadas por Telefónica aunque, en todo caso, esta Comisión es totalmente competente para declarar improcedente el cobro de todas las supuestas falsas averías no acreditadas por Telefónica, con independencia de que los operadores reclamen explícitamente o no su devolución.

Noveno. Sobre la adopción de medidas cautelares

Orange y Yacom solicitaban, en su escrito inicial, la adopción de una medida cautelar por la cual se instase a Telefónica a reducir el nivel de desagregaciones incorrectas a un 3% y a modificar el SGO para permitir la apertura y gestión de incidencias de provisión desde la finalización de la ventana de cambio.

En el informe de audiencia se estimó que no procedía la adopción de dicha medida cautelar en ese momento, pues para ello previamente era preciso estar en disposición de contrastar los datos que los operadores aporten al procedimiento en relación a los aspectos que Orange y Yacom solicitaban fueran objeto de la medida cautelar, en



particular, la información acerca de la situación real en cuanto a la calidad de entrega del servicio de prolongación del par y la situación real del SGO en cuanto a la gestión de incidencias de provisión.

Décimo. Indicios de hechos sancionables

Esta Comisión estima que existen indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que en base a las actuaciones realizadas ha quedado constatada la imposibilidad de rechazar entregas de servicio defectuosas o abrir incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos a través del SGO, incumpléndose así lo establecido en el texto de la OBA al respecto. Por ello se considera que, con carácter previo, es posible poner de manifiesto que Telefónica podría haber incumplido el apartado Primero de la Resolución de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la OBA en relación con la atención de las solicitudes del servicio de prolongación del par.

En efecto, conforme a la doctrina plasmada en la Resolución¹⁰ de esta Comisión en el expediente AJ 2003/81, *“la mera publicación [de la OBA] no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”* Las obligaciones de Telefónica no se limitan a hacer público un documento denominado oferta de referencia, sino que se concretan en llevar a la práctica las condiciones recogidas en dicha oferta.

En tales circunstancias, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que Telefónica pueda 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 12.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

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 y Disposición Transitoria primera, número 10, 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.
(...)

¹⁰ Resolución, de fecha de 26 de junio de 2003, por la que se puso fin al período de información previa iniciado en relación con el escrito de reclamación presentado por el Instituto Europeo de Estudios de la Educación contra RETEVISIÓN y TELEFÓNICA en materia de desagregación del bucle de abonado con conservación de número.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 pueden 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 pueden ser impuestas a 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 quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero. Telefónica deberá calcular el indicador de calidad de los servicios mayoristas denominado “*Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias*” conforme a lo estipulado en la resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre la modificación de la OBA. En particular, Telefónica no deberá computar como solicitudes sin incidencias aquéllas que hayan generado cualquier tipo de incidencia **de provisión o por avería** en el mes de referencia. Telefónica deberá remitir nuevamente, en el plazo de un mes, los valores correspondientes a cada uno de los meses para los que ya hubiera publicado los indicadores de calidad.

Segundo. Telefónica deberá abonar a Orange y a Yacom, en el plazo de 15 días, las penalizaciones estipuladas en el Anexo 1 de la OBA por los retrasos en la entrega de servicios de prolongación del par y en la resolución de incidencias asociadas a dicho servicio.

Tercero. Telefónica deberá modificar el SGO en el plazo de 15 días, de forma que permita rechazar la entrega del servicio de prolongación del par y gestionar incidencias de provisión tras la ventana de cambio de prolongación del par.

Cuarto. Declarar la improcedencia de las penalizaciones por falsa avería facturadas por Telefónica a Orange y Yacom, en todos aquellos casos en los que Telefónica no haya acreditado fehacientemente que la causa de la avería se encontraba en la planta responsabilidad del operador.

Quinto. Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho III, apartado 2 de la presente Resolución.

El presente 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, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Sexto. Nombrar Instructora del presente procedimiento sancionador a Dña. Olalla Novo Pinilla quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Séptimo. De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen 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.

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

Noveno. En el supuesto de que Telefónica de España, S.A.U., reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Décimo. 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 letra r) de la Ley 32/2003, General de 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 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.

Vº Bº, EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu