

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBA EN MATERIA DE AVERÍAS

SNC/DTSA/016/15/TELEFÓNICA AVERÍAS OBA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 15 de diciembre de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contexto jurídico material

1. Introducción

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (CMT), en cumplimiento de sus potestades en materia de definición y análisis de los mercados de referencia susceptibles de regulación *ex ante* adoptó, con fecha 22 de enero de 2009, la Resolución relativa a los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso

¹ Organismo sectorial extinguido e integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

de banda ancha al por mayor), que se refiere a los mercados mayoristas de acceso directo e indirecto, respectivamente, de banda ancha².

Dicha Resolución determinó que Telefónica tiene individualmente poder significativo en los citados mercados, imponiéndose a Telefónica las obligaciones de dar acceso a su red de acceso local de ámbito nacional³, aplicar unos precios orientados a costes, transparencia y no discriminación, entre otras.

Entre las obligaciones de transparencia se encuentra la de publicar una oferta mayorista de servicios de acceso desagregado al bucle y banda ancha (OBA), obligaciones que se mantienen tras la nueva revisión de los mercados de banda ancha (mercados 3a, 3b y 4) aprobados mediante Resolución de 24 de febrero de 2016 (véase en particular el Anexo 2)⁴.

La Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), cuya aprobación y supervisión de su cumplimiento corresponde a esta Comisión, desarrolla la regulación de las distintas variantes del acceso desagregado: el acceso completamente desagregado, el acceso desagregado compartido y el acceso naked ADSL (ADSL “desnudo” o sin STB). En la OBA se fijan los precios y las condiciones de los servicios que Telefónica está obligada a prestar a los operadores alternativos, y en ella se establece, como medio de controlar el cumplimiento de la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle, la obligación para Telefónica de publicar, con carácter mensual, los parámetros de calidad del servicio de desagregación del

² La citada Resolución de los mercados 4 y 5 sustituyó a las anteriores Resoluciones de la CMT, de fechas 11 de mayo de 2006 y 1 de junio de 2006, relativas a la regulación aplicable a los mercados de acceso directo e indirecto de banda ancha, respectivamente.

³ Telefónica es el único operador que posee una red de acceso local de ámbito nacional de modo que es el único operador que puede alquilar el bucle de abonado en todo el territorio a los operadores entrantes, instrumento esencial que ha permitido introducir la competencia en el mercado de acceso de banda ancha minorista. Ya el Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, preveía que el Gobierno, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, establecería las condiciones para que, a partir de enero del año 2001, las operadoras dominantes de redes públicas telefónicas fijas, facilitasen el acceso desagregado y el acceso compartido al bucle de abonado. Desde enero de 2001, Telefónica está obligada a alquilar a los operadores alternativos el par de cobre desde el domicilio del usuario a la central o repartidor principal, obligación que se ha ido manteniendo en las distintas Resoluciones de esta Comisión mediante las que se procede a la definición y análisis de los distintos mercados de comunicaciones electrónicas afectados.

⁴ Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

bucle que presta a terceros, y del servicio equivalente que se presta a sí misma y a otras empresas del grupo Telefónica para sus servicios minoristas.

En este sentido, resulta de suma importancia para los operadores alternativos disponer de una red de cobre correctamente mantenida con el fin de evitar posibles comportamientos discriminatorios por parte de Telefónica en relación con la prestación de sus servicios minoristas.

A tal efecto, la OBA incluye, en el apartado 1.6, el procedimiento de gestión de las incidencias que se produzcan durante la prestación de estos servicios por parte de Telefónica, contemplándose los siguientes tipos de incidencias (apartado 1.6.2):

1. Incidencias de provisión (o reclamaciones): se refieren al conjunto de actividades relativas a la tramitación y provisión del servicio.
2. Incidencias por averías: referidas al funcionamiento de cualquier elemento de red dentro del ámbito de responsabilidad de Telefónica y que se producen con posterioridad a la entrega efectiva del servicio.

2. Procedimiento de comunicación de una avería

Las incidencias antes descritas se tramitan a través de los Web Services de Telefónica (WS)⁵, en concreto, a través del bloque de gestión de incidencias, el cual permite iniciar y mantener un canal de comunicación que facilita su resolución.

El operador deberá informar convenientemente sobre el síntoma e impacto de la avería, horario de atención y de las comprobaciones realizadas en los equipos y en la red, tanto del propio operador como de su cliente final.

Una vez abierta la incidencia en el sistema, la aplicación enviará automáticamente un aviso a los operadores implicados, debiendo Telefónica comprobar su existencia.

Si Telefónica verifica que la incidencia ya ha sido subsanada, o considera que no existe o que la misma queda fuera de su ámbito de responsabilidad, podrá rechazarla o denegarla antes de 24 horas, debiendo en tal caso detallar las causas de tal rechazo al operador iniciador dentro de estas 24 horas. Este hecho dará lugar al cierre de la incidencia en caso de acuerdo, pudiendo iniciarse el escalado de la misma si no existe tal acuerdo.

⁵ Canal de comunicación automatizado entre los operadores y Telefónica, para la contratación y gestión de los servicios mayoristas.

En caso contrario, Telefónica debe informar del período estimado de resolución, mediante el sistema, al operador iniciador. En este sentido debe, en primer lugar, revisar el tendido de cable interno (TCI), realizando a tal efecto las siguientes medidas:

1. De sincronismo entre la regleta del horizontal del RPCA⁶ y el RdO⁷. Si se detecta una falta de sincronismo en este segmento, el problema puede estar localizado en los equipos del operador o en el TCI.
2. De continuidad desde la regleta del horizontal del RPCA hacia el cliente.
3. Si no existe continuidad desde la regleta del horizontal del RPCA hacia el cliente, es necesario seguir revisando el par. Para ello se revisará el puente entre las regletas vertical y horizontal del RPCA, que es un punto habitual de fallo.
4. Si el fallo no se produce en el puente entre las regletas del RPCA, debe realizarse una comprobación de la red de pares hasta el PTR⁸, incluyendo la comprobación del sincronismo.

Este procedimiento implica un conjunto mínimo de acciones, pudiendo realizar Telefónica otras pruebas que considere pertinentes con el objetivo de solucionar la avería lo más rápida y eficientemente posible.

Telefónica debe registrar en el sistema de gestión de incidencias todas las pruebas y resultados obtenidos a lo largo del proceso de reparación de la avería.

Si el tipo de incidencia requiere que se efectúe algún otro tipo de medida adicional, se incluirá la fecha y hora de la cita con el técnico del operador propietario del RdO. En caso de que se solicite la presencia del operador, éste confirmará la asistencia de su personal para dar acceso al lado de Telefónica del RdO, de manera que se puedan efectuar las medidas oportunas.

Solucionada la avería se procederá a su franqueo por parte de Telefónica, en el que se incluirán los siguientes campos obligatorios:

- Número administrativo.
- Tipo de causa identificada.
- Elemento de red y / o servicio afectado.
- Planta afectada (cliente, transmisión, conmutación, inmobiliario, otros).
- Identificación del elemento afectado dentro de la planta.

⁶ Repartidor de cables de abonado

⁷ Repartidor de operador

⁸ Punto de terminación de red

- Localización (ver codificación en apartado correspondiente).
- Comentarios a causa y localización.
- Fecha y hora resolución.
- Datos responsable resolución (el centro técnico responsable debe poder obtener de forma inmediata toda la información sobre las actuaciones efectuadas y sobre las unidades y técnicos implicados en la reparación de la avería).
 - identificación del centro técnico responsable
 - teléfonos de contacto (fijo y/o móvil)
 - dirección de correo electrónico
- Duración incidencia.
- Fecha y hora respuesta.
- Tiempo de actuación empleado.

Cuando el operador iniciador considere que la resolución o la respuesta no han sido satisfactorias, podrá rechazar el franqueo de la incidencia y reclamar por disconformidad con la causa y/o responsable final de la incidencia consignadas en el sistema.

3.Regulación de las falsas averías

a) Delimitación del ámbito de responsabilidad de Telefónica

Una de las claves en la gestión de averías para poder configurar una avería como “falsa” es la delimitación del ámbito de responsabilidad de los diferentes operadores. A tal efecto, cabe recordar que, a través de la OBA, el operador alternativo ofrece un servicio al cliente final mediante el acceso a la red de Telefónica, siendo este último operador a quien corresponde la reparación de las averías que recaigan en su ámbito de responsabilidad (la conexión de usuario que suministra), pero no es responsable de toda incidencia del servicio global.

Así, cuando el operador alternativo recibe un aviso de avería de un cliente, debe determinar si el problema radica en la conexión mayorista (en cuyo caso notificará la incidencia a Telefónica) o en otro ámbito del que no es responsable Telefónica (por ejemplo, equipo de cliente, red propia del operador alternativo, etc.).

Es en este contexto en el que se enmarca el presente procedimiento sancionador, donde debe determinarse la imputación correcta por parte de Telefónica de las “falsas averías” durante el periodo analizado, tomando en consideración el ámbito de responsabilidad respectivo de este agente y de los operadores contratantes del servicio mayorista regulado, tal y como viene definido en la OBA.

A tal efecto, debe señalarse que el ámbito de responsabilidad del operador alternativo se encuentra delimitado, por un lado, por el denominado repartidor de operador (RdO), que se ubica en la sala donde están los equipos del mismo y separa la red de Telefónica de la del operador alternativo.

Por el extremo del cliente final, la responsabilidad del operador alternativo comienza en el PTR, incluyendo por tanto la red interior del domicilio y el equipo del cliente. Por consiguiente, Telefónica es responsable de la reparación de averías que se produzcan entre el PTR y el RdO, tal y como se refleja en el siguiente esquema:

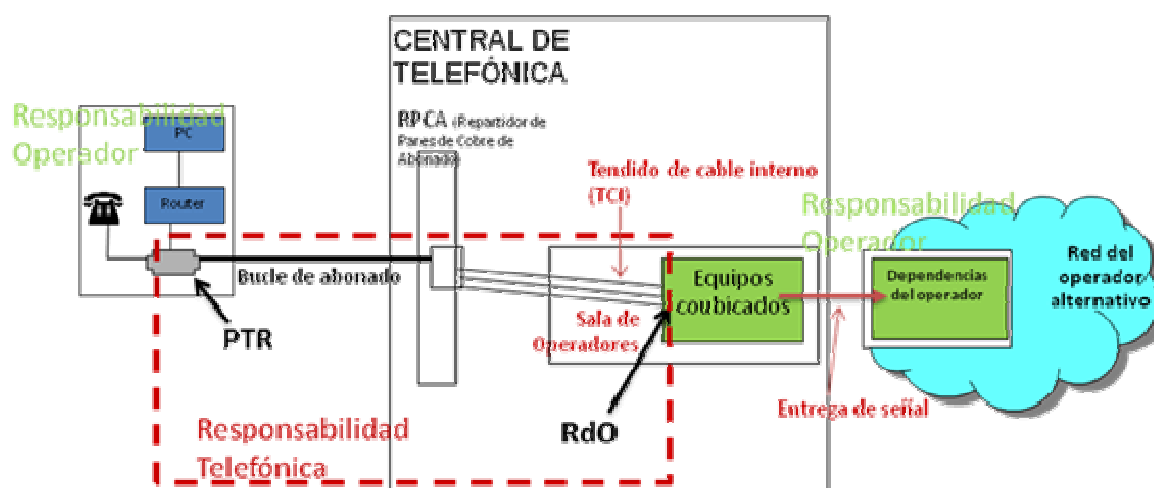


Figura 1. Ámbito de responsabilidad de Telefónica y el operador alternativo

Según se ha señalado, la OBA prevé, como principio general, que el operador alternativo pueda notificar una avería a Telefónica siempre y cuando haya realizado de forma previa las comprobaciones pertinentes al objeto de verificar que el problema no se localiza en su ámbito de responsabilidad. Asimismo, cuando registra una avería en los WS, el operador tiene la obligación de incorporar, entre otros datos, la fecha de detección de la avería, el número administrativo que identifica al elemento afectado, el servicio afectado, la descripción del síntoma de la avería y su nivel de prioridad, entre otros.

Cabe destacar que la descripción del síntoma debe ser introducida por el operador mediante una serie de campos predeterminados⁹, que Telefónica y los operadores han acordado -el denominado “boletín guiado”- sin perjuicio de que pueda incorporar información adicional que facilite el diagnóstico y resolución de la avería a Telefónica. Si el operador no consigna dichos campos prefijados, no podrá proceder a la apertura de la avería en NEON.

b) Concepto de falsa avería

El apartado 1.6.10 de la OBA, sobre “averías inexistentes” o “falsas averías” indica que, con carácter previo a la comunicación de una avería, el operador debe realizar las comprobaciones necesarias y verificar que la incidencia no se encuentra en los equipos o elementos de red de su ámbito de responsabilidad, según se muestra en la Figura 1.

El apartado 1.6.10 de la OBA fue introducido por la Resolución de la CMT sobre la modificación de la OBA de 14 de septiembre de 2006¹⁰, contemplándose ya en dicha resolución aquellas que no pueden considerarse como averías inexistentes, delimitándose los criterios para su interpretación y los precios exigibles en las Resoluciones de 2 de abril de 2009¹¹ y de 26 de noviembre de 2013¹².

Las falsas averías son aquellos avisos de avería en los cuales, una vez realizadas las pruebas necesarias de diagnosis por las partes, la causa de las mismas se localiza en la planta que constituye ámbito de responsabilidad del operador contratante de los servicios de Telefónica, en sus equipos o en los de sus clientes directos, extremo que debe estar justificado documentalmente por Telefónica.

La OBA considera también como “falsa avería” las comunicaciones de averías en las que no haya constancia documental de su existencia en el circuito y aquéllas en las que, tras las pruebas pertinentes, no se haya confirmado su ocurrencia real.

El citado apartado 1.6.10 de la OBA estipula expresamente que en ningún caso pueden tener consideración de falsas averías las siguientes:

⁹ Véase apartado 1.6.4 de la OBA.

¹⁰ Expediente MTZ 2005/1054.

¹¹ Resolución sobre modificación de la OBA en aspectos relacionados con el nivel de calidad del servicio de prolongación del par, expediente DT 2008/196.

¹² Resolución sobre la revisión del precio de las penalizaciones por notificación de falsas averías y franqueos indebidos en el marco de las ofertas mayoristas, expediente DT 2012/2604.

1. aquéllas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el aviso de avería, bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta.
2. aquéllas en las que tras las pruebas de diagnóstico, Telefónica no acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos.

c) Penalizaciones por falsas averías

El operador que origine un aviso de avería inexistente deberá abonar a Telefónica una penalización de acuerdo con la lista de precios de la OBA. El precio vigente de dicha penalización en la actualidad es de 26,12 euros, para las falsas averías relativas a todas las modalidades de acceso señaladas anteriormente (desagregado, compartido e indirecto). La penalización por falsa avería tiene su contrapartida simétrica, de idéntico importe, denominada penalización por “franqueo indebido”, que teóricamente debe abonar Telefónica cuando franquea una incidencia sin haber revisado y solucionado correctamente los problemas que la ocasionaron.

4. Acuerdos de Nivel de Servicio asociados a las averías

En el Anexo de Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) de la OBA se definen una serie de indicadores orientados a garantizar la calidad del mantenimiento del servicio de acceso desagregado e indirecto prestado sobre pares de cobre. En algunos casos, el incumplimiento por Telefónica de los valores estipulados como límite para el indicador da lugar a la aplicación de una penalización económica a favor del operador afectado.

Este es el caso del indicador “tiempo de reparación”, cuyo valor máximo es de 24 horas para incidencias de incomunicación en acceso desagregado, compartido e indirecto (nivel de prioridad medio)¹³. Los tiempos de reparación de averías se miden sin computar las paradas de reloj (retrasos motivados por el operador alternativo, su cliente final u otras causas de fuerza mayor). La penalización se calcula como un porcentaje de la cuota mensual del servicio afectado.

De manera adicional, la OBA estipula que las averías de incomunicación en cualquiera de las modalidades de acceso deberán repararse en un tiempo medio no superior a 15 horas. Esto es, además de garantizar un plazo máximo

¹³ Las incidencias con prioridad alta (entrega de señal, tendidos de cableado, PAIs o con afectación a equipos coubicados) deben resolverse en 6 horas, y las de prioridad baja en 72 horas.

de 24 horas para la reparación de las averías de incomunicación en cada acceso individual (sujeto a penalizaciones), la OBA también recoge un indicador agregado orientado a que el tiempo de resolución de averías de incomunicación sea en general inferior a 15 horas.

Otro parámetro relevante en cuanto al mantenimiento es el ANS que establece en un 1,3% el número máximo de averías no imputables al operador por bucle y mes. Esto es, para el cálculo del indicador deben sustraerse las falsas averías (al ser responsabilidad del operador). Por consiguiente, resulta vital que la imputación de las falsas averías se lleve a cabo de acuerdo a los criterios marcados por la OBA para que los valores reflejados por este indicador puedan considerarse fiables.

La resolución del expediente DT 2012/824¹⁴ dotó de carácter mensual a este ANS, con fecha de entrada en vigor en abril de 2013 (anteriormente era trimestral: 4% para accesos desagregados y 6% para accesos compartidos e indirectos).

SEGUNDO.- Resolución de 9 de julio de 2015, por la que se declara concluso por desistimiento el conflicto interpuesto por Orange y Vodafone contra Telefónica por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la OBA sobre el mantenimiento y gestión de averías en la red de cobre, e incoación de procedimiento sancionador

Durante la tramitación del conflicto interpuesto por Orange Espagne, S.A.U. (en lo sucesivo, Orange) y Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) relativo al incumplimiento de las obligaciones establecidas en la OBA sobre el mantenimiento y gestión de averías en la red de cobre¹⁵ se detectaron ciertos indicios de un presunto incumplimiento por parte de Telefónica de dichas obligaciones y, más en particular, en relación a los siguientes aspectos:

- la imputación indebida a los operadores de falsas averías cuya causa no pudo ser determinada o no fue acreditada documentalmente por Telefónica, en contra de lo estipulado en el apartado 1.6.10 de la OBA.
- el incumplimiento del apartado A.4.3 del Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS) relativo al porcentaje máximo de averías por bucle accedido,
- el incumplimiento del apartado A.3 del ANS relativo al plazo medio de resolución de averías.

¹⁴ Resolución de 5 de diciembre de 2012 sobre la revisión de plazos e indicadores de calidad de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA) y resolución de 4 de abril de 2013 sobre el recurso de reposición AJ 2012/34.

¹⁵ Expediente CNF/DTSA/990/14 que se archivó al llegar las operadoras a un acuerdo con Telefónica.

Como consecuencia de estos hechos, mediante Acuerdo adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 9 de julio de 2015, se inició un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de diciembre de 2012, que modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A., en materia de revisión de plazos e indicadores de calidad de la OBA, y de la Resolución de 26 de noviembre de 2013, sobre revisión del precio de las penalizaciones por notificación de falsas averías y franqueos indebidos en el marco de las ofertas mayoristas (folios 1 a 11 del expediente administrativo).

En la referida resolución se acordó, asimismo, la incorporación de toda la documentación obrante en el expediente CNF/DTSA/990/14.

Mediante sendos escritos, de fechas 14 y 15 de julio de 2015, se procedió a notificar la citada Resolución a Telefónica (folio 13), así como a la instructora del expediente sancionador (folio 15), dándole a ésta última traslado del citado expediente CNF/DTSA/990/14 para su incorporación y consideración en el presente procedimiento.

TERCERO.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

El 20 de julio de 2015 Telefónica solicitó el acceso a la documentación incorporada del expediente CNF/DTSA/990/14. Con fecha 24 de julio de 2015 Telefónica tuvo acceso a la información solicitada (folios 22 a 24)

CUARTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

El 13 de agosto de 2015 Telefónica presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador. En su escrito también solicitaba que se declarase la confidencialidad de la información identificada como tal en las alegaciones formuladas, así como de los documentos anexos presentados (folios 575 a 875).

QUINTO.- Declaración de confidencialidad

Examinada la información aportada por Telefónica y teniendo en cuenta el hipotético perjuicio que pudiera irrogarse, tanto a dicha entidad como a otros posibles operadores, como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión, y el interés que pudieran tener terceros en acceder a dicha información, se estimó procedente declarar, mediante Acuerdo de fecha 5 de noviembre de 2015 (folios 876 a 878), notificado el 9 de noviembre de 2015

(folio 879), el carácter confidencial de parte de los datos aportados por Telefónica.

SEXTO.- Acuerdo denegatorio de la apertura de un período de prueba

En el escrito de alegaciones presentado por Telefónica el 13 de agosto de 2015 esa operadora solicitó, asimismo, con carácter genérico, que *“se acuerde la apertura de un período de prueba con el fin de que Telefónica de España pueda acreditar los hechos referidos en el presente escrito de alegaciones los cuales demuestran la inexistencia de infracción cometida por parte de esta Compañía”*.

El 9 de noviembre de 2015 se comunicó a Telefónica (folios 881 a 882) la desestimación de su solicitud, al no haberse propuesto medio de prueba alguno en concreto que fuera procedente practicar, para acreditar los hechos referidos en su escrito de alegaciones. No obstante, se le indicó que tenía el derecho a presentar alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que considerase oportunos en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Telefónica

Resultando necesario determinar los supuestos hechos constitutivos de infracción en el marco del presente procedimiento, mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2015 (folios 888 a 889) se requirió a Telefónica información sobre las averías gestionadas en los servicios de acceso completamente desagregado y compartido sin servicio telefónico básico (STB) de todos los operadores, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015. En concreto se solicitó la siguiente información:

1. Número total de averías cerradas por mes con indicación del:
 - a) número de averías imputadas al operador alternativo (falsas averías) en NEON
 - b) número de averías que generaron interrupción total del servicio del cliente final (averías de incomunicación)
 - c) número de averías de degradación de la calidad (disminución de la velocidad de sincronismo o cortes intermitentes del servicio)

Los datos se solicitaron desglosados por operador.

2. Extracción de NEON del listado completo de todas las averías cerradas en el citado periodo que hubieran sido imputadas en NEON al operador alternativo (falsas averías). De cada registro del listado se solicitaron los siguientes datos:

- o Identificador de la avería
- o Número administrativo del par
- o Servicio afectado
- o Operador
- o Central
- o Provincia
- o Fecha de apertura
- o Fecha de cierre
- o Causa
- o Localización

3. Indicación de los tiempos totales (incluyendo paradas de reloj) de reparación de averías por operador y mes durante el periodo analizado, así como el porcentaje de averías reparadas en plazo (con tiempos totales).
4. Indicación de los tiempos efectivos (descontando las paradas de reloj) de reparación por operador para las averías que provocaron la incomunicación total del cliente, referidas en el punto 1.b.

OCTAVO.- Reiteración del requerimiento de información a Telefónica

En respuesta al anterior requerimiento de información, Telefónica remitió, mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2015 (folios 898 a 904), información sobre el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2015, mientras que la solicitada en el requerimiento formulado en el marco del presente procedimiento sancionador abarcaba el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015. Es decir, Telefónica no aportó ningún tipo de información para el período comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de octubre de 2015.

Por otro lado, Telefónica no dio respuesta a lo solicitado en el punto 4 del requerimiento formulado en el que se requerían los tiempos efectivos (descontando las paradas de reloj) de reparación por operador, para las averías que provocaron la incomunicación total del cliente correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015, habiendo respondido parcialmente a la cuestión planteada en el punto 3, en el que se solicitaba el porcentaje de averías reparadas en plazo en relación con el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015 (con tiempos totales).

Como consecuencia de lo expuesto, mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2015 (folios 905 a 907), notificado a Telefónica el 22 de diciembre (folio 908) se procedió a reiterar a Telefónica la aportación de la información requerida, otorgándose un plazo máximo de 5 días.

NOVENO.- Cumplimentación completa de la contestación al requerimiento de información

Mediante escrito recibido en el registro de esta Comisión el 29 de diciembre de 2015 (folios 911 a 913) Telefónica alegó que, en su opinión, la información requerida resultaba desproporcionada. Se señalaba, asimismo, que esta información no es necesaria para el conocimiento de las conductas que están siendo objeto de análisis en el marco del procedimiento sancionador, alegándose, a tal efecto, lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LGTel, así como la lesión del derecho a la legítima defensa del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Considerando la instructora, sin embargo, que la información solicitada resultaba del todo imprescindible al objeto de analizar el grado de cumplimiento, por parte de esa operadora, de la regulación vigente en materia de servicios mayoristas OBA, y en particular, de sus obligaciones relativas al mantenimiento y gestión de averías de la red de cobre, y siendo éste análisis el objeto del presente procedimiento, con fecha 12 de enero de 2016 (folios 914 a 916) se reiteró nuevamente el requerimiento efectuado, cumplimentándose finalmente por parte de Telefónica el mismo día (folios 919 a 927).

DÉCIMO.- Comprobaciones realizadas sobre una selección de falsas averías del periodo analizado

Analizada la documentación remitida por Telefónica, y teniendo en cuenta el alto porcentaje de falsas averías correspondientes al periodo de referencia (más de 700.000), con fecha 22 de enero de 2016 se generó una muestra aleatoria de 100 falsas averías del listado remitido por Telefónica (folio 934), listado del que se excluyeron expresamente las correspondientes al periodo en el que se produjo la huelga de los técnicos de las empresas instaladoras contratadas por Telefónica (del 28 de marzo al 22 de junio de 2015), por tratarse de una cuestión que está siendo analizada en el marco de otro procedimiento tramitado en esta Comisión¹⁶.

La muestra aleatoria generó un listado de 100 falsas averías imputadas por Telefónica a los siguientes operadores:

- 1) 47 corresponden a Orange;
- 2) 12 a Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel)¹⁷;

¹⁶ IFP/DTSA/982/15 y procedimiento sancionador SNC/DTSA/007/16.

¹⁷ Con fecha 8 de febrero de 2016 se produjo la fusión por absorción de las entidades ORANGE ESPAGNE, S.A. UNIPERSONAL (sociedad absorbente) y la entidad JAZZ TELECOM, S.A. UNIPERSONAL (sociedad absorbida), pasando a subrogarse la sociedad absorbente en todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, habiéndose procedido a la inscripción de esta fusión en el Registro de Operadores el 31 de marzo de 2016.

3) 39 a Vodafone y

4) 2 a Vodafone Ono, S.A.U.¹⁸ (Vodafone ONO).

Con fecha 25 de enero de 2016 se dirigió escrito a las distintas operadoras requiriéndoles toda la información que constase en sus sistemas sobre las falsas averías seleccionadas (folios 935 a 955). En particular se solicitó el detalle de aquellas actuaciones que, en su caso, hubieran realizado sus técnicos (en remoto y en central y/o domicilio de cliente), el parte de actuación, así como cualquier otra documentación de que dispusieran en relación con las mismas.

Con fecha 9 de febrero de 2016 se recibió en el registro de esta Comisión un escrito de Vodafone (folio 956 a 958) mediante el que se solicitaba la ampliación del plazo inicialmente otorgado para poder contestar al requerimiento de información efectuado en el marco del presente procedimiento, ampliación que fue aceptada mediante escrito de fecha 10 de febrero de 2016 por un periodo de 5 días adicionales (folio 959).

Con fecha 12 de febrero de 2016 se recibió la información requerida a Orange (folios 969 a 970).

Mediante escritos de fecha 19 de febrero de 2016 se reiteró la información solicitada tanto a Telefónica (folios 971 a 973) como a Vodafone (folios 975 a 977), habiéndose aportado finalmente la misma el día 22 de febrero por parte de Vodafone (folios 987 a 990) y el 25 de febrero de 2016 por parte de Telefónica (folios 991 a 996).

UNDÉCIMO.- Acceso al expediente de Telefónica

Mediante escrito de 3 de marzo de 2016 Telefónica solicitó acceso a toda la información obrante en el expediente desde el 1 de agosto de 2015 hasta esa fecha (folios 998 a 1000), en concreto las alegaciones presentadas por Vodafone y Orange en el marco de este procedimiento. Solicitó, asimismo, la remisión de un índice del procedimiento para conocer toda la documentación obrante en el mismo.

El 16 de marzo de 2016, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante,

¹⁸ Con fecha día 22 de abril de 2015, la entidad CABLEEUROPA, S.A. UNIPERSONAL, comunicó a esta Comisión, a los efectos de su inscripción en el Registro de Operadores, el cambio de denominación social de la entidad por la de VODAFONE ONO, S.A. UNIPERSONAL, modificación que se produjo mediante Resolución de fecha 6 de mayo de 2015.

Reglamento del Procedimiento Sancionador), se remitió a Telefónica en formato electrónico la documentación requerida (folios 1009 a 1010).

DUODÉCIMO.- Requerimiento de información a Telefónica

Con fecha 20 de abril de 2016 se requirió a Telefónica (folio 1014 a 1015) información sobre los ingresos obtenidos por esa operadora durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 27 de marzo de 2015, y del 23 de junio de 2015 al 31 de octubre de 2015 en las siguientes áreas de actividad:

1. Ingresos derivados de la provisión de servicios a clientes residenciales en el mercado de banda ancha minorista;
2. Ingresos derivados de la provisión de servicios mayoristas de banda ancha suministrados sobre pares de cobre, desglosados de la siguiente manera:
 - a. ingresos derivados de la prestación de servicios de acceso desagregado al bucle.
 - b. ingresos derivados de la prestación de servicios de acceso indirecto.

En dicho requerimiento se le informó, asimismo, que ante la falta de respuesta por parte de esa operadora se utilizarían los datos obrantes en esta Comisión que ya hubieran sido aportados por Telefónica a la CNMC en el seno de otros procedimientos. Con fecha 9 de mayo de 2016 se recibió la información requerida (folios 1033 a 1036).

DECIMOTERCERO.- Ampliación del plazo máximo del presente procedimiento

Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2016, la instructora del procedimiento sancionador remitió a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC una propuesta razonada de ampliación del plazo máximo de resolución establecido en el artículo 84.4 de la LGTel, ocasionada por la propia complejidad del procedimiento y los retrasos en la aportación de la información requerida a Telefónica y a el contraste de la información con otros operadores (folios 1037 a 1041).

Mediante Acuerdo de la Sala, de fecha 30 de junio de 2016, se acordó la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento por el plazo de seis meses adicionales (folios 1042 a 1047).

DECIMOCUARTO.- Propuesta de resolución

Con fecha 27 de julio de 2016 la instructora redactó la propuesta de resolución (folios 1188 a 1232), que fue notificada a Telefónica el día 27 de julio de 2016 (folio 1142).

La propuesta de resolución, tras exponer los hechos que se consideraban acreditados durante la instrucción y realizar las oportunas consideraciones jurídicas, proponía declarar responsable directo a Telefónica de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, por haber incumplido el apartado 1.6.10 de la OBA e imponer por dicha conducta una multa por importe de cinco millones de euros, así como declarar a dicha operadora responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, por haber incumplido el apartado A.3 de la Oferta del Bucle de Acceso al Bucle de Abonado e imponerle por dicha conducta una multa por importe de doscientos cincuenta mil euros.

DECIMOQUINTO.- Alegaciones de Telefónica a la propuesta de resolución

Por medio de un escrito que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 14 de septiembre de 2016 (folios 1188 a 1232), Telefónica ha realizado alegaciones a la propuesta de resolución. En síntesis, son las siguientes:

1. Las conductas imputadas no son antijurídicas ni típicas porque Telefónica estaría cumpliendo la OBA y las obligaciones que le impone en relación con el tratamiento de las averías, sin que se produzca un incumplimiento generalizado de la oferta mayorista. Además, se trataría de una cuestión que afecta al ámbito privado de los operadores.
2. No ha quedado probada la comisión de la infracción porque el muestreo de 100 falsas averías sobre un total de 700.000 es insuficiente para extrapolar sus resultados. Además, no se habría tenido en cuenta la falta de diligencia de los demás operadores. Finalmente, no se habría tenido en cuenta que de los 66 casos, 22 estarían mal computados.
3. La inexistencia de culpabilidad y la infracción del principio de confianza legítima, pues las conductas ya habrían sido analizadas por la CNMC, sin que se concluyera la culpabilidad de Telefónica.
4. De forma subsidiaria, la conducta estaría erróneamente calificada, pues lo procedente sería la imposición de una infracción leve por el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio (art. 78.12 LGTel).
5. De forma subsidiaria, la falta de proporcionalidad en la graduación de la sanción.

DECIMOSEXTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 15 de septiembre de 2016 (folio 1343), la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

DECIMOSÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 1235).

HECHOS PROBADOS

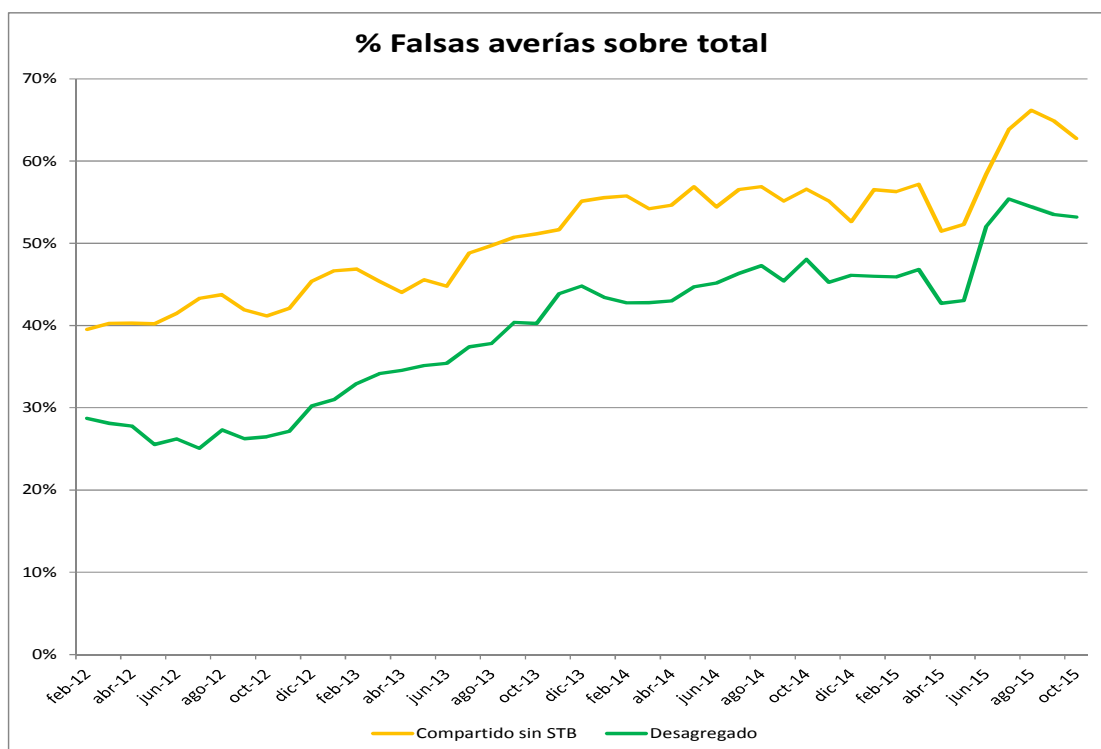
De la documentación obrante en el expediente y de las comprobaciones realizadas se consideran probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Telefónica ha imputado “falsas averías” indebidamente, en un 66%, de las falsas averías analizadas del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 –excluyendo las falsas averías imputadas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015-

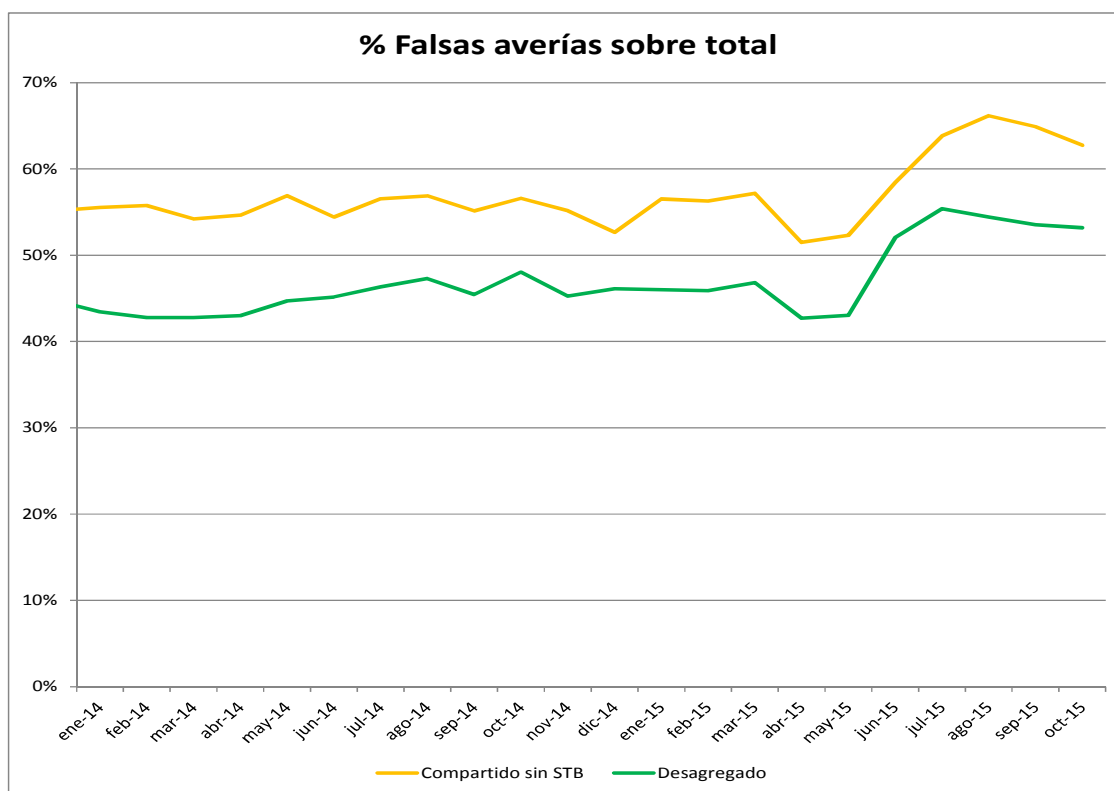
a) Situación actual de la gestión de falsas averías

Según los datos obrantes en esta Comisión sobre los volúmenes de falsas averías imputadas por Telefónica a los operadores contratantes de sus servicios, éstas han ido aumentando exponencialmente desde el año 2012 (tal y como pudo constatarse en el marco del expediente CNF/DTSA/990/14¹⁹) hasta octubre de 2015. Así, las falsas averías han supuesto, en octubre de 2015, más del 50% (desagregado) y más del 60% (compartido sin STB) sobre el total de averías, tal y como se refleja en la Gráfica 1 más adelante. Es decir, en al menos una de cada dos actuaciones de mantenimiento mayorista, Telefónica indica que la causa de la avería se localiza en el área de responsabilidad del operador, imputándola como falsa avería.

¹⁹ En el marco del expediente CNF/DTSA/990/14 (cuyo objeto fue el análisis y resolución del conflicto interpuesto por Orange y Vodafone contra Telefónica en relación a la gestión de las averías en el marco de los servicios mayoristas, y que ha sido incorporado al presente procedimiento sancionador), se comprobó que suelen producirse unas 20.000-30.000 falsas averías al mes.



Gráfica 1. Porcentaje de falsas averías sobre el total desde el año 2012



Gráfica 2. Porcentaje de falsas averías sobre el total durante el periodo analizado en el marco del sancionador

En definitiva, los datos muestran que el volumen de falsas averías no se ha reducido durante 2014 y 2015, periodo analizado en el marco del presente procedimiento, sino que ha aumentado.

En dicho contexto, el análisis efectuado en el siguiente apartado se centrará en verificar si Telefónica se atiene o no a los requisitos establecidos en el apartado 1.6.10 de la OBA para declarar que una avería es responsabilidad del operador y, por tanto, se considera una falsa avería.

En lo que se refiere a la delimitación del periodo analizado en el procedimiento, Telefónica alega que, a pesar de que la propuesta de resolución se centra en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015 (excluyéndose, por tanto, los incumplimientos correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013), ésta circunstancia no se ha tenido en cuenta.

Al respecto, cabe señalar que las irregularidades investigadas se refieren al periodo analizado (del 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015), no teniéndose en cuenta, efectivamente, la gestión de averías durante los ejercicios 2012 y 2013. Por ello, el supuesto cumplimiento en periodos anteriores (no analizados) no tiene incidencia en los hechos objeto del procedimiento.

Asimismo, Telefónica señala que en la propuesta de resolución no se tiene en cuenta el periodo posterior a la huelga y sus efectos en los meses posteriores, de conformidad con la teoría de colas. Asimismo se afirma que, en el seno del expediente sancionador SNC/DTSA/007/16, se analiza el periodo de recuperación de la huelga durante los meses siguientes a su finalización, meses que sin embargo no han sido excluidos en el seno del presente procedimiento.

Al respecto, conviene señalar que el procedimiento SNC/DTSA/007/16 analiza unos hechos completamente diferentes a los investigados en el marco del presente expediente, ya que lo que se está valorando en el seno de aquél es la posible priorización, por parte de Telefónica, en la provisión de sus servicios minoristas en detrimento de los servicios mayoristas que presta sobre su red fija, al existir indicios de que los servicios minoristas de Telefónica habían recuperado los niveles de servicio anteriores a la huelga con más celeridad que sus servicios mayoristas, esto es, se analiza si Telefónica ha incumplido su obligación de no discriminación. No obstante, en el presente procedimiento se excluyeron las averías del periodo de la huelga, para no sesgar los resultados de las averiguaciones, pero no se considera procedente extender dicha exclusión a los meses posteriores a la huelga.

En todo caso, el ilícito administrativo cuya concurrencia se sanciona en el presente procedimiento se limita al incumplimiento de las previsiones de la OBA en lo que a la determinación e imputación de las falsas averías se refiere.

A este respecto, la circunstancia sobrevenida de la concurrencia de una huelga de instaladores no puede eximir a Telefónica de cumplir las previsiones de la OBA al respecto.

b) Metodología utilizada para el análisis de los hechos

Para la correcta resolución del presente procedimiento resulta necesario comprobar si se han imputado por Telefónica falsas averías a los operadores alternativos sin ajustarse, durante el periodo analizado en el marco del presente expediente, a las prescripciones previstas en la OBA anteriormente indicadas.

A la vista del alto volumen de falsas averías que Telefónica viene imputando a los operadores alternativos en la red de cobre, como antes se ha señalado, la instructora del procedimiento requirió a Telefónica la documentación relativa a las falsas averías correspondientes al período sometido a análisis, para posteriormente, seleccionar una muestra con un generador de números aleatorios o similar.

La siguiente tabla especifica los márgenes de error muestral para diferentes escenarios (universo infinito o finito con tamaños de 50.000, 12.500 o 2.500) correspondientes a diferentes tamaños muestrales (100, 150, 200, 300, 400 y 800). En todos los casos se asume la máxima indeterminación en el porcentaje a estimar ($p=q=50\%$, siendo en este caso p el porcentaje de falsas averías mal imputadas) y un nivel de confianza del 95% (asunciones habituales):

p	nivel de confianza	n universo	n muestra	error muestral
50%	95%	inf	100	9,8%
50%	95%	inf	150	8,0%
50%	95%	inf	200	6,9%
50%	95%	inf	300	5,7%
50%	95%	inf	400	4,9%
50%	95%	inf	800	3,5%
50%	95%	50.000	100	9,8%
50%	95%	50.000	150	8,0%
50%	95%	50.000	200	6,9%
50%	95%	50.000	300	5,6%
50%	95%	50.000	400	4,9%
50%	95%	50.000	800	3,4%
50%	95%	12.500	100	9,8%
50%	95%	12.500	150	8,0%
50%	95%	12.500	200	6,9%
50%	95%	12.500	300	5,6%
50%	95%	12.500	400	4,8%
50%	95%	12.500	800	3,4%
50%	95%	2.500	100	9,6%
50%	95%	2.500	150	7,8%
50%	95%	2.500	200	6,6%
50%	95%	2.500	300	5,3%
50%	95%	2.500	400	4,5%
50%	95%	2.500	800	2,9%

Tabla 1. Márgenes de error muestral por tamaño de muestra y universo

Así, mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2015 se requirió a Telefónica la remisión de un listado en el que constasen las falsas averías de los servicios de acceso completamente desagregado y compartido sin STB durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015, listado que, tras varios requerimientos, fue aportado finalmente el 15 de enero de 2016.

El listado remitido contiene más de 700.000 averías marcadas como “falsas averías”, una vez excluidas las falsas averías correspondientes al periodo en el que se produjo una huelga de los técnicos de las empresas instaladoras contratadas por Telefónica (del 28 de marzo al 22 de junio de 2015), por tratarse de un periodo en el que otras incidencias están siendo analizadas en el marco de otro procedimiento tramitado en esta Comisión²⁰. A través de los medios informáticos de esta Comisión, se llevó a cabo la generación de una muestra aleatoria de 100 falsas averías.

El listado con los identificadores de las averías contenidas en la muestra aleatoria de 100 falsas averías extraída por la instrucción de este procedimiento se recoge en el Anexo I de la propuesta de resolución.

De las 100 falsas averías seleccionadas aleatoriamente:

- 1) 47 corresponden a Orange;
- 2) 12 a Jazztel²¹;
- 3) 39 a Vodafone, y
- 4) 2 a Vodafone Ono²².

Con el fin de poder determinar los hechos analizados en el marco del presente procedimiento, con fecha 25 de enero de 2016 se dirigió escrito a Telefónica y a las distintas operadoras afectadas, requiriéndoles toda la información que constase en sus sistemas sobre las falsas averías seleccionadas.

En particular, se solicitó el detalle de aquellas actuaciones que, en su caso, hubieran realizado sus técnicos (en remoto y en central y/o domicilio de cliente), el parte de actuación, así como cualquier otra documentación de que dispusieran en relación con las mismas, información que, tras varios requerimientos se completó el 26 de febrero de 2016.

c) Análisis de la muestra de 100 averías

Según lo expuesto en apartados anteriores, únicamente puede tener la calificación de “falsa avería” aquella en la cual se determine que la causa que

²⁰ IFP/DTSA/982/15 y procedimiento sancionador SNC/DTSA/007/16.

²¹ Ver nota al pie 3.

²² Ver nota al pie 4.

la originó se localiza en el ámbito de responsabilidad del operador, extremo que debe estar justificado documentalmente por Telefónica.

Lo anterior implica, tal y como recoge de forma inequívoca el apartado 1.6.10 de la OBA, que Telefónica no podrá imputar como falsas averías aquéllas en las que no haya acreditado documentalmente que la causa no se encuentra en su propia red, ni tampoco aquéllas en las que no se haya podido determinar su causa, ya sea por desaparición de los síntomas, o por la complejidad de la avería o porque no se han podido realizar las comprobaciones oportunas por el motivo que sea. En estos últimos casos, puede ser que Telefónica, a la postre no resulte obligada a subsanar la avería, pero lo que no puede hacer es imputar la categoría de falsa a una avería sobre la que no se ha acreditado que la causa es exógena a la responsabilidad de Telefónica.

Se ha examinado toda la información disponible de cada una de las 100 averías seleccionadas aleatoriamente al objeto de determinar si Telefónica cumple lo estipulado en la OBA. Se ha analizado la información consignada en NEON por ambas partes (apertura de la avería por el operador, franqueo de Telefónica, y demás hitos del ciclo de vida de la avería), que ha sido aportada de forma completa por Telefónica.

De forma adicional, los operadores han facilitado datos procedentes de sus sistemas de gestión (anotaciones de los agentes en relación a las verificaciones y actuaciones realizadas por ellos mismos y por el personal técnico) y resultados de pruebas procedentes de sus herramientas de telediagnóstico, entre otra información.

Los aspectos principales que se han examinado son los siguientes:

1. Síntomas y descripción de la avería reportados por el operador alternativo.
2. Pruebas de diagnóstico de la avería y otras actuaciones realizadas por el operador.
3. Pruebas y actuaciones realizadas por Telefónica antes de franquear la avería.
4. Información consignada en NEON por Telefónica en el franqueo de la avería.

Una vez analizados los elementos arriba mencionados, la avería no se considera bien imputada si se constata que concurren una o varias de las circunstancias especificadas en la OBA como motivos que prohíben expresamente a Telefónica registrar una falsa avería, según lo indicado anteriormente. De las 100 averías analizadas, las averías que a juicio de la instrucción han sido incorrectamente imputadas por Telefónica se han clasificado en este expediente en cuatro tipologías diferenciadas:

- 1) Desaparición de los síntomas. Dentro de esta categoría se incluyen todas aquellas averías cuyas causas no pudieron ser determinadas por haber desaparecido los síntomas que las provocaron. En general se trata de averías que se solucionaron, a priori, de forma espontánea. Esto es, se restableció el servicio correctamente sin que Telefónica haya registrado en NEON que realizase ninguna reparación, y sin que conste tampoco en los registros del operador actuación alguna por parte de sus técnicos ni de los de Telefónica²³.

La resolución de la avería se ha comprobado mediante los datos facilitados tanto por Telefónica como por el operador contratante de los servicios (por ejemplo, confirmación con el cliente final del funcionamiento del servicio, diferente resultado de la prueba SELT²⁴ antes y después de la actuación del técnico de Telefónica, entre otros).

- 2) Mal documentada. Se trata de supuestos en los que Telefónica no acredita ni documenta en NEON (o documenta insuficientemente) que la causa de la falsa avería se encuentra fuera de su red. En muchas ocasiones ni siquiera describe qué tipo de pruebas ha realizado en su red para llegar a la conclusión de que la avería es responsabilidad del operador, ni indica cuál sería la localización de la avería en base a su diagnóstico.

Otras veces sí registra el elemento de red afectado, por ejemplo, *“problema en red interior de cliente”* pero sin acreditarlo²⁵. Con frecuencia, Telefónica se limita a consignar *“pruebas en PTR ok”*. En esta categoría se encuadran las averías que, con la información disponible, no está claro si el funcionamiento se restableció o no tras la visita del técnico de Telefónica a central y/o a domicilio del cliente final²⁶. También se han incluido las averías cuyo síntoma desaparece espontáneamente de acuerdo a los datos disponibles (como en el tipo 1), pero en las que existen indicios de que Telefónica sí efectuó algún

²³ Se ha encontrado algún caso en el que el técnico de Telefónica reporta telefónicamente al agente del operador alternativo algún tipo de actuación o reparación y sin embargo en NEON no se recoge dicha actuación. En tales casos, la avería se ha considerado mal imputada del tipo 3 “mal documentada”.

²⁴ Single-Ended Line Testing: es una herramienta que permite, en casos de interrupción del servicio, delimitar en qué punto del par de cobre se localiza potencialmente una incidencia. Se trata de una prueba estándar (Recomendación ITU-T G.996.2 “Single-ended line testing for digital subscriber lines (DSL)”, que se encuentra disponible, de manera generalizada, en los DSLAM de los diferentes suministradores.

²⁵ Por el contrario, sí se ha clasificado como bien imputada alguna avería en la cual Telefónica demuestra peor valor de sincronismo en la roseta a la que está conectada el router del cliente que en el PTR, registrando ambos datos en NEON. En este caso, la imputación de la falsa avería se ha considerado correcta.

²⁶ Si el servicio funcionaba correctamente tras la visita de Telefónica y éste no reportó haber efectuado ninguna reparación, la avería se encuadra en el tipo 1 (“desaparición de síntomas”).

tipo de actuación, por lo que no se consideran incluidas dentro de la primera tipología.

- 3) Averías complejas. En este tipo de averías tampoco es posible establecer las causas que ocasionaron la avería, por tratarse de una avería compleja. Se trata de averías que en muchas ocasiones se cerraron sin haberse podido solventar, por ejemplo averías de calidad, o de cortes intermitentes. En algunos casos, hubo visitas reiteradas de ambos técnicos (Telefónica y operador), incluso realización de pruebas conjuntas, sin que pudiera localizarse la causa y reparar la avería.
- 4) Averías reparadas por Telefónica: constituyen errores de imputación. Se han encontrado varios casos de averías en las cuales Telefónica sí detalla en NEON algún tipo de reparación en elementos de su ámbito de responsabilidad y sin embargo, de forma incoherente, atribuye la causa de la avería al operador alternativo.

En definitiva, las averías anteriores están contempladas expresamente en el apartado 1.6.10 de la OBA como averías que no pueden imputarse en ningún caso como falsas al operador iniciador del proceso, no pudiendo el operador afectado resultar penalizado económicamente por haber declarado las mismas. Al margen de aquellas en las que hubo un error claro en la imputación (categoría 4 anterior), se trata de incidencias en las que la causa del fallo en la red de acceso pudo no estar técnicamente clara, pero es esencial tener en cuenta que el coste de las tareas acometidas por Telefónica en dichos casos se considera englobado en la cuota mensual de mantenimiento que los operadores abonan por los accesos de cobre –dichas cuotas ya incluyen las tareas de resolución de averías-, salvo que Telefónica demuestre de manera clara que la avería se localizaba fuera de su ámbito de responsabilidad y, por lo tanto, en el ámbito de responsabilidad del operador, de acuerdo a los criterios indicados.

En efecto, y tal y como se ha señalado anteriormente, el objetivo de las falsas averías es incentivar a los operadores a revisar correctamente los elementos de red de su responsabilidad antes de comunicar la avería a Telefónica. En particular, el apartado 1.6.10 de la OBA, de repetida referencia, establece lo siguiente:

“Un operador podrá abrir una incidencia una vez haya realizado las comprobaciones necesarias y verificado que la avería no se encuentra en los equipos y servicios de su ámbito de responsabilidad”.

La OBA no detalla qué tipo de verificaciones debe realizar el operador en cada caso (*in situ*, remotas, tipos de medidas, etc.), aunque sí existen una serie de campos prefijados para describir el síntoma (acordados entre Telefónica y los operadores, no en la OBA) de consignación obligatoria por parte del operador

para proceder a la apertura de una avería en NEON. Asimismo, el operador también tiene obligación de indicar el diagnóstico y las comprobaciones realizadas, entre otra información.

En consecuencia, y de conformidad con los procedimientos internos acordados entre Telefónica y los operadores, resulta prácticamente imposible proceder a la apertura de una avería sin haber introducido una información mínima que la describa y proporcione una orientación inicial sobre su potencial causa. Así, en la mayoría de los casos analizados se han realizado pruebas remotas mediante la herramienta de telediagnóstico del operador, habiéndose contactado con el cliente final para efectuar una serie de verificaciones antes de registrar la avería en NEON. En ciertos casos el operador también envía a un técnico a revisar los equipos ubicados en la central y en otras ocasiones el técnico va al propio domicilio del cliente.

El operador efectúa las verificaciones que considera oportunas en cada caso y aporta una descripción de la avería, de las pruebas realizadas y sus resultados, de acuerdo a la configuración de campos obligatorios y opcionales. Por lo tanto, existen unos elementos de juicio mínimos en los que el operador se basa para determinar que la avería se localiza en la red de Telefónica y, por tanto, proceder a su apertura en NEON.

A este respecto, Telefónica alega que en la propia propuesta de resolución se reconoce la imposibilidad de dilucidar la causa o la localización exacta de las averías en muchos casos.

La penalización por falsa avería tiene como objeto disuadir al operador de notificar una avería sin haber efectuado las correspondientes comprobaciones. Asimismo, contrariamente a lo aducido por Telefónica en su alegación, las falsas averías precisamente obedecen a que los operadores no son infalibles en sus diagnósticos, y debe compensarse a Telefónica cuando se vea obligada a realizar actuaciones con motivo de una incidencia asociada a elementos de red del operador o de su cliente. Si el diagnóstico de los operadores no estuviera sujeto a error, no habría necesidad de incluir este tipo de penalizaciones en las ofertas de referencia.

De igual modo, las penalizaciones por franqueo indebido también están destinadas a compensar al operador por errores en las actuaciones de los técnicos de Telefónica.

Asimismo, debe aclararse que el análisis que se ha llevado a cabo no pretende dilucidar la causa de la avería, y por tanto su localización exacta, debido a que la información disponible en muchos casos lo hace materialmente imposible. En este sentido, precisamente, lo relevante es verificar si el procedimiento de imputación de falsas averías aplicado por Telefónica se ajusta a lo estipulado

en la OBA, conforme a lo dispuesto en el acuerdo de incoación del presente expediente:

“la imputación indebida a los operadores de falsas averías cuya causa no pudo ser determinada o no fue acreditada documentalmente por Telefónica, en contra de lo estipulado en el apartado 1.6.10 de la OBA.”

Por lo tanto, ya que en muchos casos no resulta factible dilucidar fehacientemente cuál fue el origen de la avería, la OBA es muy clara cuando señala que no pueden calificarse como falsas averías los casos en los cuales Telefónica no pudo determinar ni acreditar la causa. En definitiva, lo que se desprende de la redacción de la OBA es que la figura de las falsas averías se debe limitar a casos muy tasados, en los que se haya podido determinar la causa y se haya documentado correctamente, condiciones que no se cumplen en los 66 casos indicados en el anexo de la propuesta de resolución.

Una vez llevado a término el análisis de los datos aportados por los operadores requeridos en relación con las 100 falsas averías seleccionadas conforme a la metodología y criterios expuestos, se desprenden los siguientes resultados:

	BIEN	MAL	DUDOSA ²⁷	Total
JAZZTEL	2	10		12
ONO		2		2
ORANGE	13	31	3	47
VODAFONE	15	23	1	39
Total	30	66	4	100

Tabla 2. Resultados análisis imputación muestra 100 falsas averías

Las 66 falsas averías que se han considerado incorrectamente imputadas lo han sido por las siguientes causas, conforme a la clasificación antes descrita:

	1) Desaparición síntomas	2) Mal documentada	3) Avería compleja	4) Error imputación
JAZZTEL	6	3		1
ONO			2	
ORANGE	15	11	3	2
VODAFONE	7	9	1	6
Total general	28	23	6	9

Tabla 3. Clasificación 66 falsas averías incorrectamente imputadas

En el Anexo 2 de la propuesta de resolución se recogió el detalle de cada una de las 66 averías mal imputadas por Telefónica (identificador, fecha,

²⁷ En las 4 falsas averías calificadas como “dudosas” no se disponía de datos suficientes para alcanzar una conclusión lo suficientemente fiable.

descripción, conclusiones del análisis efectuado y clasificación conforme a las 4 tipologías de referencia).

Por tanto, el 66% de las falsas averías analizadas estarían mal imputadas, lo que supone un incumplimiento de lo establecido en el apartado 1.6.10 de la OBA en lo referente a la designación de una avería como “falsa avería” o “avería inexistente”.

Si se extrapolan los resultados obtenidos del análisis de las 100 falsas averías seleccionadas aleatoriamente, al universo de más de 700.000 falsas averías, puede concluirse que el porcentaje global de falsas averías mal imputadas se sitúa entre el 53,8% y el 78,2% (con un nivel de confianza del 99%)²⁸. En consecuencia, Telefónica estaría incumpliendo lo dispuesto en la OBA en un porcentaje muy significativo de las falsas averías que imputa a los operadores alternativos.

De acuerdo a los datos analizados, las dos casuísticas más frecuentes de incumplimiento por imputación incorrecta de averías al operador son la indeterminación de la causa que motivó el aviso de avería como consecuencia de la desaparición de los síntomas (28 casos) y la falta de acreditación y documentación de que la causa de la avería se localiza fuera de la planta responsabilidad de Telefónica (23 casos). También se han encontrado 9 casos de errores de imputación, esto es, averías que en realidad fueron reparadas por Telefónica por localizarse en su ámbito de responsabilidad. Las 6 averías restantes corresponden a averías complejas.

En este sentido, y tal y como ya se ha señalado, la OBA, en su apartado 1.6.10, es muy clara respecto de las condiciones que debe cumplir una falsa avería. La incorrecta imputación de falsas averías (como se ha visto, del orden de 20.000-30.000 al mes) puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones que se le han impuesto a Telefónica en los mercados mayoristas de banda ancha. Los requisitos que de manera taxativa establece la OBA para considerar que existe una “falsa avería” deben por tanto ser cumplidos de manera rigurosa por Telefónica.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica alega determinados errores en la imputación de determinadas averías.

En relación con esta cuestión, debe destacarse que del conjunto de averías que la propuesta de la instructora consideró incorrectamente imputadas como falsas averías, en 13 de los casos²⁹, Telefónica no realiza comentarios o simplemente las considera como dudosas (sin que aporte prueba alguna de que sean responsabilidad del operador).

²⁸ El intervalo de confianza se ha calculado según el método Wald (aproximación normal).

²⁹ Averías 4, 5, 8, 11, 15, 23, 26, 31, 45, 48, 53, 56, 57 del Anexo 1 de escrito de alegaciones de Telefónica

Por otro lado, dentro del grupo de averías en las que Telefónica discrepa respecto a la conclusión de la propuesta de resolución, deben diferenciarse los siguientes casos:

- Existen 20 supuestos³⁰ en los que Telefónica considera que recaen dentro del ámbito de responsabilidad del operador sobre la base de que el boletín indica que se han hecho pruebas en PTR, siendo el resultado OK y se dispone del código de conformidad del operador, sin que existan posteriores reaperturas ni repeticiones. De ello Telefónica concluye que está por tanto acreditado que la avería no está en su ámbito de responsabilidad, y puesto que no hay reaperturas ni repeticiones, debe ser que la ha arreglado el operador o no existía.

Sin embargo, procede señalar que en la documentación aportada figuran anotaciones de los operadores según las cuales, en algunas ocasiones, en la conversación mantenida para el franqueo de la avería, el técnico de Telefónica señala y reconoce haber reparado algún elemento. No obstante, el técnico no habría anotado esta actuación y se limita a reflejar los valores del test efectuado con el operador para comprobar que la línea ya funciona, lo que se traduce en el mensaje “OK en PTR” y en la anotación de los valores medidos.

Ello implicaría que se produce un uso incorrecto de la herramienta de gestión, al no documentar Telefónica las actuaciones realizadas en el sitio debido y anotar únicamente el resultado del test realizado para comprobar la solución de la avería, e incluso utilizando esa información Telefónica de forma errónea, al considerar la incidencia como una avería que está fuera de su responsabilidad e imputando por tanto una falsa avería (ejemplos de ello serían las averías 12, 34, 39, 59, 61, 66).

Cabe destacar el análisis realizado de la avería identificada con el número 16 en el Anexo I de su escrito de alegaciones, donde Telefónica señala que con posterioridad al cierre de la avería que se autoimputa con reparación en el repartidor, el operador la reabre y dice que realiza pruebas con el resultado correcto y código del operador. Sin embargo, analizando el registro de NEON aportado por Telefónica, se observa que la única actuación que realiza Telefónica es la reparación de puentes en el repartidor, a la que no se asocia ningún código de franqueo. En la reapertura Telefónica únicamente añade el código de franqueo correspondiente a la reparación en el repartidor que ya había hecho sin que se realice ninguna nueva actuación. Se trata de un rechazo a una reapertura sin que haya ninguna nueva actuación contrariamente a lo indicado por Telefónica y que además aprovecha para completar los datos de la reparación anterior. Además, sin perjuicio de lo

³⁰ Averías 1, 3, 6, 7, 12, 16, 17, 21, 22, 24, 25, 28, 34, 35, 39, 59, 60, 61, 63, 66 del Anexo 1 del escrito de Telefónica

anterior, a Vodafone no le consta que el rechazo del primer franqueo se haya efectuado por uno de sus agentes.

- En 13 de los supuestos analizados³¹ Telefónica también discrepa de las conclusiones de la propuesta de resolución señalando que en el boletín de la avería constaba como motivo de la misma un elemento responsabilidad del operador. De forma equivalente al caso anterior, mencionando solamente que existe un elemento que es responsabilidad del operador -sin entrar a valorar que el hecho de que Telefónica utilice dicha nomenclatura para referirse a dicho elemento no otorga garantías o seguridad de que esté correctamente catalogada-, no se cumple la OBA , que exige la carga de la prueba a Telefónica, requiriéndole que acredite que la avería se encuentra en elementos que no son responsabilidad de Telefónica.

Y, como se ha señalado anteriormente, incluso existen supuestos en los que tras la visita del técnico de Telefónica, se repara la avería, como demuestran las pruebas que se realizan con el operador desde el domicilio del cliente, cuando, si fuera responsabilidad del operador, Telefónica debería simplemente acreditarlo documentalmente y no realizar ninguna reparación.

A modo de ejemplo, en el análisis realizado de la avería identificada con el número 13 en el Anexo I de su escrito de alegaciones, Telefónica señala que “esta avería se encuentra claramente en la red interior del Cliente” y que “Telefónica no tiene ninguna obligación de realizar medidas en la red interior del cliente”.

Obviamente Telefónica no tiene obligación de realizar una reparación cuando la avería se encuentra fuera del tramo de red que es de su responsabilidad. Pero en el presente caso, no se puede afirmar que la avería estaba claramente en la red interior del cliente e imputar como falsa avería cuando no hay ningún dato, medida, o prueba documental aportada por Telefónica, como es su obligación, que lo sustente.

- Finalmente en 20 de los supuestos analizados³², Telefónica argumenta que el operador alternativo coincide con Telefónica en clasificarla como falsa avería. Para ello Telefónica se basa en que el cierre del boletín de la avería se produce con la indicación de “conforme con la causa y responsable por parte del operador alternativo”³³. No obstante, el propio boletín no señala ni la causa ni el responsable. El análisis de dichas averías muestra que realmente son también casos equivalentes a los anteriores en los que el boletín se limita a señalar que las medidas desde el PTR son correctas o a mencionar un elemento como el

³¹ Averías 2, 10, 13, 14, 18, 19, 20, 27, 29, 32, 33, 37, 44 del Anexo 1 del escrito de Telefónica,

³² Averías 9, 30, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 58, 62, 64, 65 del Anexo 1 del escrito de Telefónica

³³ Por los motivos expuestos, el mero hecho de que el operador marque una avería como conforme con la causa y responsable no se puede considerar como elemento concluyente.

origen de la avería. Análogamente, en ningún caso acredita que el problema sea de la red del operador (y a veces realiza la reparación, cuando dice no ser de su responsabilidad).

Debe señalarse que Telefónica considera insuficientemente probado, en algunas de las falsas averías consideradas como incorrectamente imputadas en la propuesta de resolución, que las mismas se encuentren dentro de su ámbito de responsabilidad (no considerándose dentro del mismo, en su opinión, aquel comprendido entre la roseta y el PTR ni los supuestos en los que la avería se encuentre en el RITI).

En respuesta a esta alegación debe señalarse que la propia OBA señala textualmente que

“En ningún caso tendrán la consideración de Avería Inexistente las siguientes:

a) aquellas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el Aviso de Avería, bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta.

b) aquellas en las que tras las pruebas de diagnosis, Telefónica no acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos.

c) aquellas en las que tras las pruebas de diagnosis, Telefónica acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad de un tercer operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos.”

Queda por tanto perfectamente explicitado que para que sea clasificada como avería inexistente o falsa avería, Telefónica debe acreditar documentalmente que la causa de la avería no se encuentra en su ámbito de responsabilidad y, por lo tanto, se encuentra en la red responsabilidad del operador o en sus equipos o en los de su cliente directo.

Por consiguiente, dicha acreditación documental conlleva efectuar mediciones del bucle y poder acreditar así que la avería se encuentra en el área de responsabilidad del operador. Precisamente, si demuestra que la avería esté fuera de su área de responsabilidad, no tendrá que realizar ninguna reparación y la avería podrá imputarse como “falsa avería”.

Por tanto, es contrario a la OBA que Telefónica caracterice como falsa avería todas aquellas actuaciones en las que se limita a señalar que midió en el PTR con resultados correctos sin efectuar ninguna otra comprobación. Telefónica no ha aportado tampoco en sus alegaciones a la propuesta prueba en contrario.

A este respecto, en el Anexo 2 de la propuesta de resolución se analizan las 66 averías que se consideran incorrectamente imputadas de las 100 seleccionadas y se clasifican en cuatro tipologías que agrupan supuestos similares (“desaparición de síntomas”, “mal documentada”, “avería compleja” y “error en la imputación”).

Las averías incorrectamente documentadas suponen 23 casos de la muestra analizada. Se considera que Telefónica, dentro del reprochable incumplimiento generalizado de la OBA en lo que respecta a la gestión de las falsas averías que constituye la conducta infractora, de forma generaliza imputa falsas averías en supuestos en los que, según la OBA, no cabe hacer tal calificación de la avería. Para que se trate de supuestos de falsas averías, la OBA señala que Telefónica debe justificar documentalmente la inexistencia de la avería tras las oportunas pruebas que permitan verificar que no hay constancia de su existencia en el circuito o que se localiza en la planta que es responsabilidad del operador o de su cliente.

La exigencia de documentar la actuación no es una mera formalidad, sino una garantía para el adecuado desarrollo del servicio. Corresponde a Telefónica acreditar documentalmente tales extremos en la medida en que son sus técnicos quienes desarrollan la actuación y pueden acreditar la causa o al menos las pruebas realizadas para detectarla. En caso contrario, una mera mención de su técnico permitiría a Telefónica franquear las averías sin posibilidad de oposición por parte del operador que utiliza sus servicios mayoristas. La imputación de la avería como falsa sin documentación alguna sobre las pruebas realizadas y sin reflejo en NEON de la trazabilidad de las actuaciones es un supuesto que la OBA pretende evitar y por eso impide que se considere falsa avería aquella en la que se carece de los elementos necesarios para comprobar que realmente la responsabilidad de la avería recaía del lado del operador. Por el contrario, tendrá esa consideración la que, de forma acreditada, se produzca en el ámbito de responsabilidad del operador que recibe el servicio mayorista, lo que puede deducirse si, a la vista de las pruebas realizadas, se descarta que sea en el de Telefónica.

El análisis de los supuestos de la muestra, incluido en el Anexo II de la propuesta de resolución, pone de manifiesto que, en un considerable porcentaje de los casos analizados, Telefónica incumple este deber y franquea averías falsas sin acreditar las pruebas realizadas que permitan delimitar el ámbito de responsabilidad de cada operador.

Así, hay supuestos (avería número 20140114782069 –número 30 del listado) en los que se cierra la avería y se imputa falsa avería por parte de Telefónica porque ésta no ha podido contactar con el cliente, lo que evidentemente no descarta que la avería se encuentre dentro del tramo de responsabilidad de la sancionada dado que no aporta prueba alguna sobre el buen funcionamiento de la parte de la red de su responsabilidad.

En algunos casos, Telefónica franquea la avería porque su técnico se limita a anotar “OK en RITI” o “sala OBA OK” y deduce que el problema se encuentra en la red de la comunidad, sin aportar prueba alguna sobre las pruebas realizadas que permitan alcanzar esa solución (avería número 20140114917717, -número 33 de la lista; avería número 20150115445233 – número 37 de la lista-) o el técnico de Telefónica repara la avería, pero no se mencionan ni documentan los motivos por los cuales han de tener la consideración de falsa avería ni las pruebas realizadas que permitan deducirlo (avería número 20140109713690 –número 2 de la lista; avería número 20140111548836 –número 10 de la lista; 20150115735946 –número 39 de la lista-).

También, en algunos casos, la avería persiste, sin que se acredite las pruebas realizadas para franquearla (avería número 2014011267448, -número 20 de la lista-).

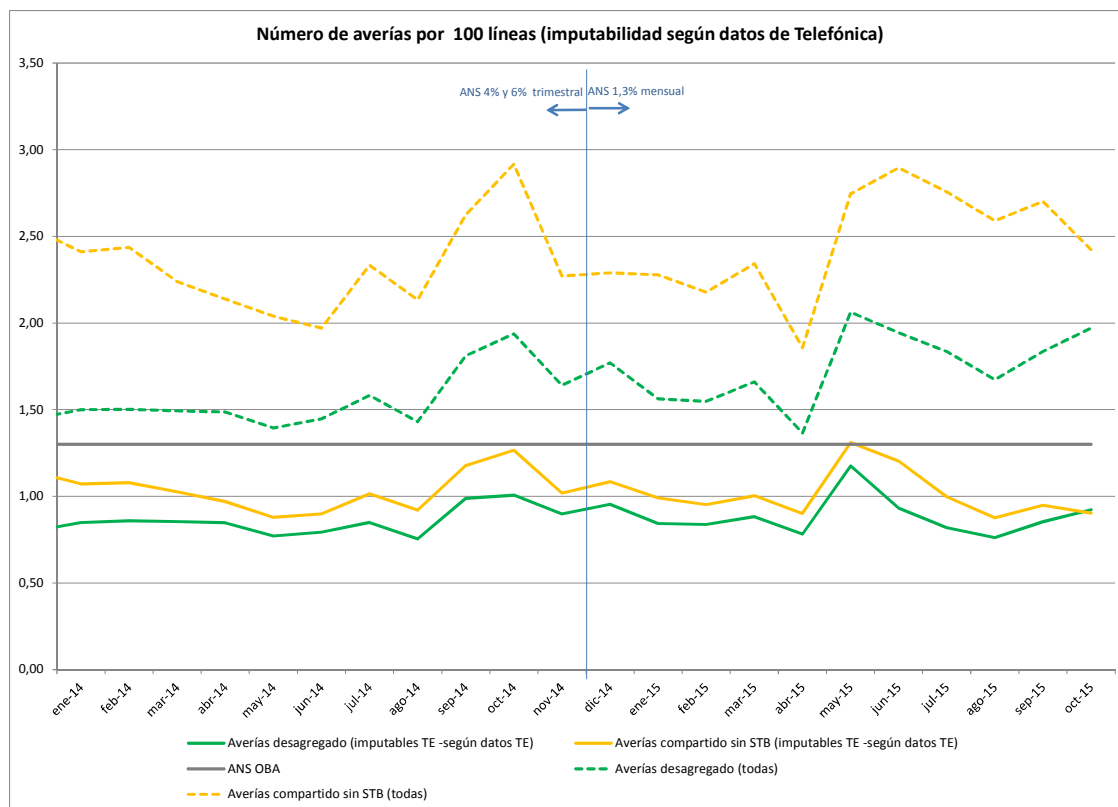
Se dan además varios supuestos en los que el operador discrepa de la versión de Telefónica y sostiene que la avería se produjo en el ámbito de responsabilidad de ésta (avería número 20150115827874 –número 40 de la lista-; avería número 20150115806056 –número 41 de la lista-; avería número 2015015869135, número 42; avería 20150118542179, número 52 del listado; avería 20150119820196, número 59 del listado; avería 20150119877785, número 61 del listado; avería 20150119798044, número 62 del listado), sin que Telefónica aporte documentación que desacredite la afirmación del operador.

SEGUNDO.- Telefónica ha incumplido el ANS relativo al porcentaje máximo de averías por bucle accedido durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 –excluyendo las falsas averías imputadas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015-

Como se ha descrito anteriormente, la OBA contempla un ANS que limita el número máximo de averías por bucle accedido (no imputables al operador) y mes al 1,3%. Telefónica reporta mensualmente el porcentaje de averías por bucle accedido (desglosado por servicio), dentro del conjunto de indicadores de calidad mayoristas y minoristas. Este indicador incluye tanto las averías imputables a Telefónica como las imputables al operador (falsas averías). Por consiguiente, para evaluar el cumplimiento del ANS de la OBA durante el periodo analizado se ha procedido a ajustar dicho indicador multiplicándolo por el porcentaje de averías imputables a Telefónica, calculado a partir de los datos requeridos a ésta en el presente procedimiento.

En la gráfica a continuación se muestran los datos para los servicios de acceso desagregado y acceso compartido sin STB hasta octubre de 2015. Como puede apreciarse, el porcentaje de averías (totales) se sitúa siempre por encima del valor del 1,3%, mientras que el porcentaje de averías imputables a Telefónica, según ella misma, es inferior a 1,3%, a excepción del mes de mayo

de 2015 para el servicio de acceso compartido sin STB (coincidente con la huelga de las empresas colaboradoras de Telefónica).



Gráfica 3. Porcentaje de averías por bucle accedido durante el periodo analizado en el procedimiento sancionador

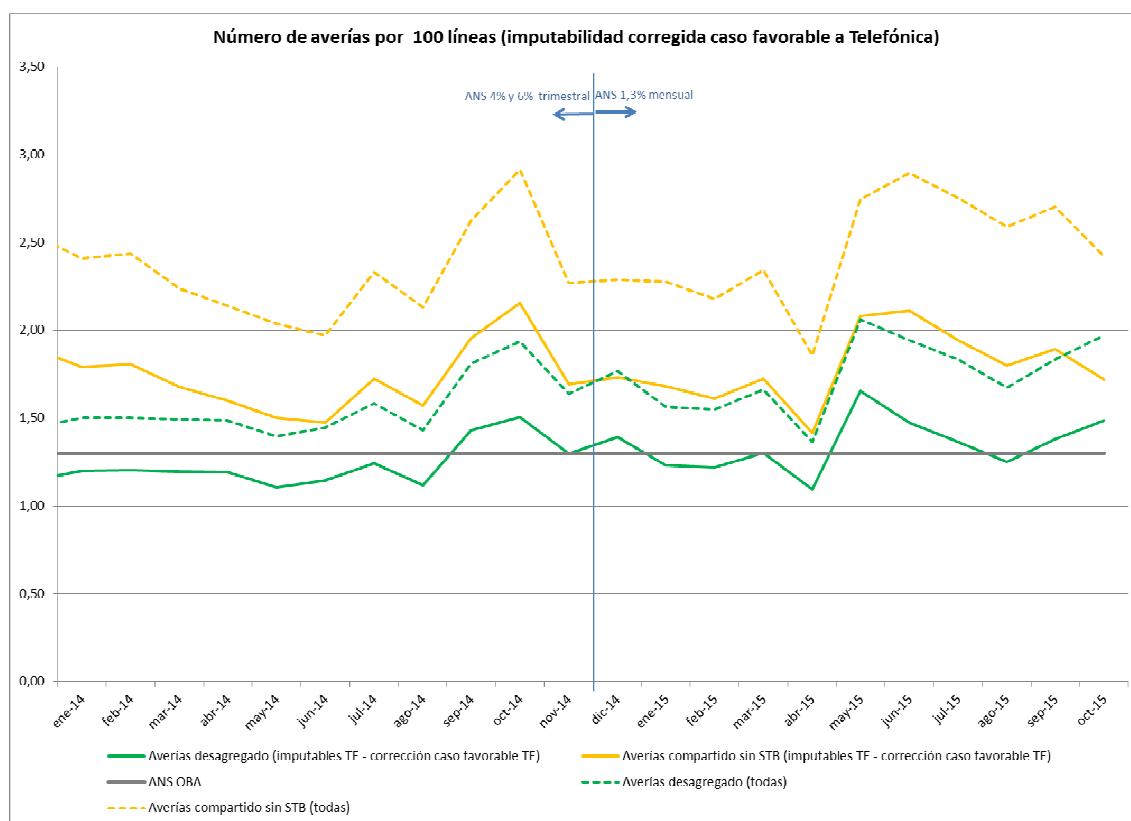
En consecuencia, Telefónica cumpliría el ANS de la OBA, según sus propios datos de porcentajes de falsas averías.

No obstante, los resultados del muestreo de 100 averías descrito en el apartado anterior han permitido constatar que un gran número de averías son calificadas como falsas y, por lo tanto, atribuidas indebidamente por Telefónica a los operadores alternativos. Como consecuencia de ello, el valor del indicador de calidad que refleja el porcentaje de averías imputables a Telefónica representado en la gráfica anterior se encuentra significativamente sesgado a la baja.

Por lo tanto, si se corrige el anterior indicador con los resultados obtenidos durante el análisis representativo de las falsas averías imputadas por Telefónica durante el periodo analizado en el marco del presente procedimiento se llegaría a una conclusión distinta, tal y como se refleja en la gráfica 4. En efecto, Telefónica estaría superando el número máximo de averías por bucle accedido y mes establecido en la OBA en un 1,3%.

En efecto, el indicador debe ser corregido al alza de manera que queden computadas las averías mal imputadas como falsas (las cuales suponen un porcentaje de entre el 53,8% y el 78,2% del total de falsas averías, con un nivel de confianza del 99%, de acuerdo a los resultados del muestreo aleatorio practicado).

La gráfica siguiente muestra una estimación de los valores del indicador una vez corregido de acuerdo al valor mínimo del rango (53,8%, que representa el caso más favorable a Telefónica), suponiendo que el porcentaje de falsas averías mal imputadas es el mismo (53,8%) todos los meses y para todos los servicios:



Gráfica 4. Porcentaje averías imputables a TE – corrección con 56,7% de FA imputadas incorrectamente

De acuerdo a los datos resultantes de dicha corrección, se puede concluir que Telefónica incumple el ANS de la OBA de manera generalizada, especialmente en el caso del servicio de acceso compartido sin STB. En el caso de este servicio, el indicador corregido se sitúa por encima del 1,3% a lo largo de todo el periodo de referencia (de enero 2014 a octubre de 2015). Al igual que en el Hecho Probado anterior, no se tendrán en cuenta los meses de la huelga de instaladores.

TERCERO.- Conclusiones de los Hechos Probados

De los Antecedentes y Hechos Probados descritos se considera acreditado que, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015, Telefónica ha estado incumpliendo las estipulaciones establecidas en la OBA, en el siguiente sentido:

a) Irregularidades en la imputación de falsas averías

El 66% de falsas averías de la muestra examinada en el presente procedimiento, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015³⁴ estaban incorrectamente imputadas por Telefónica, el encontrarse las mismas dentro de los supuestos expresamente excluidos de tal calificación en el apartado 1.6.10 de la OBA. Ello implica que el porcentaje global de falsas averías mal imputadas se sitúa entre el 53,8% y el 78,2% (con un nivel de confianza del 99%).

b) Porcentaje de averías imputables a Telefónica por bucle accedido

Como consecuencia de la sobreimputación por parte de Telefónica en la calificación de las falsas averías durante el periodo señalado anteriormente, debe procederse a la corrección de los datos relativos al porcentaje de averías por bucle accedido imputables a Telefónica durante dicho periodo temporal (con un factor de corrección del 53,8%, supuesto más favorable para Telefónica). El resultado muestra un incumplimiento generalizado, por parte de Telefónica, del apartado A.4.3 de la OBA, en el que se estipula un máximo de un 1,3% de averías por bucle y mes, incumplimiento que tiene especial incidencia en el caso del servicio de acceso compartido sin STB.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley 3/2013), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”.

³⁴ Excluyendo las falsas averías imputadas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015.

El 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014) que ha derogado la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la Comisión, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la LGTel, de forma análoga a como se preveía en la letra g) del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, le atribuye la competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En base a esta competencia, el 22 de enero de 2009 se aprobó la Resolución relativa a los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor) que se refiere a los mercados mayoristas de acceso directo e indirecto, respectivamente, de banda ancha.

En el marco de las obligaciones impuestas en dicha Resolución y en el ejercicio de la habilitación competencial establecida en el artículo 7.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre³⁵, la CMT procedió, mediante las Resoluciones de 5 de diciembre de 2012³⁶ y 26 de noviembre de 2013³⁷, a modificar determinados aspectos de la OBA de Telefónica relativos a las cuestiones analizadas en el marco del presente procedimiento³⁸.

La conducta analizada se desarrolla entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015. Los artículos 48.4 letra j), 50.7 y 53.r) de la LGTel de 2003 atribuían a la CMT y CNMC la competencia para sancionar el incumplimiento de sus resoluciones. De la misma forma, el artículo 84 de la LGTel de 2014 y los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, atribuyen a la CNMC *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. A este

³⁵ Vigente en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

³⁶ Resolución sobre revisión de plazos e indicadores de calidad de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA), expediente DT 2012/824.

³⁷ Resolución sobre la revisión del precio de las penalizaciones por notificación de falsas averías y franqueos indebidos en el marco de las ofertas mayoristas, expediente DT 2012/2604.

³⁸ Como se ha señalado anteriormente, el procedimiento de imputación de averías “inexistentes” está introducido en la OBA desde la Resolución sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U., de fecha 14 de septiembre de 2006, expediente MTZ 2005/1054.

respecto, el artículo 84 de la LGTel de 2014 establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas determinadas en los hechos probados y resolver sobre el incumplimiento de las Resoluciones de revisión de la OBA arriba mencionadas, de conformidad con los artículos 53.r) de la LGTel de 2003 y 76.12 de la LGTel de 2014, que tipifican como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT –y, actualmente, por la CNMC- en el ejercicio de sus funciones.

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común³⁹ (en adelante, LRJPAC). Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la Ley 3/2013, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados

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. No obstante, en los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC se recoge una excepción a este principio general consistente en la aplicación con carácter retroactivo de la norma sancionadora más favorable. Así, el artículo 128.2 de la LRJPAC señala que⁴⁰:

³⁹ La Ley 30/1992 es la norma procedimental que resulta de aplicación al presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

⁴⁰ En idénticos términos, en la actualidad, el artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

En el caso que nos ocupa, las conductas infractoras analizadas se han cometido durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2015.

Por tanto, la conducta realizada por Telefónica se encuadraría en el tipo infractor del artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que tipificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC, para el periodo anterior a la entrada en vigor de la LGTel de 2014, y en el del artículo 76.12 de la LGTel de 2014, que califica como infracción muy grave el *“incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa (...) dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas (...)”*, a partir del 11 de mayo de 2014.

En efecto, la LGTel de 2014 continúa tipificando las conductas infractora analizada en este procedimiento como muy graves, y establece, como lo hacía la LGTel de 2003, que el límite máximo para la sanción a imponer por cada una de ellas no podrá ser inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en los que consista la infracción o, en el caso de que no resulte posible aplicar este criterio, 20 millones de euros. No obstante, la nueva Ley elimina algún criterio que sí contemplaba la anterior ley para cuantificar la sanción a imponer y que podría dar lugar a una sanción de cuantía superior– puesto que no recoge la posibilidad de calcular la sanción en función de los ingresos obtenidos en la rama de actividad del operador o de los fondos utilizados para la comisión de la infracción-, aspecto que se tiene en consideración en el presente procedimiento.

Además, al haber finalizado las conductas sancionadas durante la vigencia de la LGTel de 2014, y al no existir ninguna diferencia entre ambos preceptos en lo que se refiere a la clasificación de la infracción ni de las sanciones a imponer que justifique la aplicación de la norma sancionadora más favorable, procede calificar las conductas como infracciones de las previstas en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014.

En lo que se refiere a la calificación de las infracciones, Telefónica alega que se ha producido un error porque la calificación de los hechos analizados en el marco de este procedimiento no deben subsumirse en el tipo previsto en el artículo 76.12 de la LGTel, ya que los apartados de la OBA supuestamente infringidos, en su opinión, se refieren a las obligaciones en materia de calidad del servicio, incumplimientos que se enmarcarían en el tipo infractor recogido en el artículo 78.12 de la LGTel, en el que se considera como infracción leve *“el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio”*.

Tal y como se expuso en la propuesta de resolución al analizar idénticos reparos, para descartar la alegación baste lo ya expuesto y las citas jurisprudenciales contenidas en la presente resolución, en las que, sin mayor esfuerzo dialéctico, se acepta la aplicación del tipo consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus competencias cuando se trata de sancionar incumplimientos de las resoluciones que aprueban las ofertas mayoristas. Olvidando estos antecedentes, Telefónica pretende una tipificación “a la carta” y la subsunción de su conducta en el tipo previsto en el artículo 78.12 de la actual LGTel, con menor gravedad y por tanto, consecuencias punitivas.

Esta pretensión debe descartarse nuevamente, como ya hizo la instrucción, puesto que el tipo infractor mencionado por Telefónica (“el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio”) se refiere a las obligaciones de carácter público a las que hace mención el artículo 50 de la LGTel (“Calidad de servicio”), actualmente reguladas en la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, y no al incumplimiento de las resoluciones que provienen del ejercicio de las funciones regulatorias efectuado por esta Comisión –y anteriormente, la CMT. De hecho, la competencia sancionadora relativa al tipo infractor invocado por Telefónica no corresponde a esta Comisión sino al Ministerio de Industria, Energía y Turismo⁴¹, tal y como se señala en el artículo 84.2 de la LGTel.

A continuación se detalla la calificación de los Hechos probados en virtud de la regulación a la que estaba sujeta Telefónica, como operador declarado con poder significativo en los mercados 4 y 5 –actuales mercados 3 y 4-, sobre el que se han impuesto las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación anteriormente referidas, que se han de garantizar, entre otras, a través del cumplimiento de la OBA en los términos en los que ésta fue autorizada por esta Comisión.

1.- Imputación de falsas averías: apartado 1.6.10 de la OBA

Tal y como ya se ha indicado, únicamente pueden calificarse como “falsas averías” o “averías inexistentes”, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.6.10 de la OBA, modificado en virtud de las Resoluciones de la CMT de 14 de septiembre de 2006, 2 de abril de 2009 y 26 de noviembre de 2013, anteriormente citadas, aquellos avisos de avería en los cuales una vez realizadas las pruebas necesarias de diagnóstico por las partes, la causa de las mismas se localice en la planta responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos, o aquéllas comunicaciones en las que no exista constancia de su existencia en el circuito y que, tras las pruebas realizadas, no

⁴¹ Actualmente el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.

se confirme su existencia real, hechos que deben ser debidamente justificados por Telefónica mediante la aportación de la correspondiente documentación.

En ningún caso pueden considerarse como falsas averías:

- a) aquéllas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el aviso de avería, bien por la complejidad de la misma o en las que hayan desaparecido de forma espontánea los síntomas que dieron lugar a ésta.
- b) aquéllas en las que tras las pruebas de diagnóstico, Telefónica no acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos.

Pues bien, tal y como se ha señalado a lo largo de los hechos probados, durante la instrucción del presente procedimiento se ha podido constatar que el 66% de falsas averías de la muestra examinada estaban incorrectamente imputadas por parte de Telefónica:

- en el 28% de las falsas averías imputadas habían desaparecido los síntomas,
- 23% estaban incorrectamente documentadas,
- en un 6% de los casos se trataban de averías complejas
- y un 9% de los supuestos analizados las averías habían sido reparadas por Telefónica, existiendo un claro error de imputación.

Por lo tanto, tan solo un 34% de las falsas averías analizadas fueron imputadas correctamente por parte de Telefónica, lo que implica un claro incumplimiento, por parte de esa operadora, de la regulación contenida en la OBA para esta materia.

Telefónica señala, en el escrito junto al que aporta la documentación relativa a las 100 averías seleccionadas, que en 34 de los supuestos analizados, el operador había manifestado su conformidad con la imputación efectuada. Alega Telefónica además que, según los códigos recogidos en las guías de uso del servicio de prolongación del par que esa entidad pone a disposición de los operadores, éstos se habían manifestado disconformes solo en el 40% de los casos, existiendo un porcentaje del 26% en el que las averías fueron cerradas automáticamente sin que se hubiera producido la aceptación o rechazo expreso de la incidencia, hechos que, en su opinión, implican una aceptación tácita de la imputación.

Esta afirmación no se ajusta a los requisitos establecidos en la OBA, de conformidad con las resoluciones citadas, resultando contraria, por otro lado, a las manifestaciones y documentación aportada por los operadores afectados.

2.- Porcentaje máximo de averías por bucle

La imputación en exceso de falsas averías por parte de Telefónica tiene también claras implicaciones en la determinación del denominado “indicador de averías por bucle accedido”, que se define en el apartado A.4.3 de la OBA, modificado mediante la Resolución sobre revisión de plazos e indicadores de calidad de la OBA, aprobada por la CMT en fecha 5 de diciembre de 2012⁴², como *“el número de solicitudes de reparación válidas para un bucle de abonado accedido en un mes”*.

Este parámetro, aplicable a todos los servicios de acceso analizados en el marco del presente procedimiento sancionador (acceso desagregado y compartido sin STB) se obtiene dividiendo el número total de solicitudes de reparación válidas durante un mes por el número medio de bucles accedidos durante dicho periodo, determinándose en el ANS de la OBA un máximo admisible de averías de un 1,3% por bucle y mes.

Este dato es suministrado por Telefónica en los indicadores de calidad que reporta mensualmente a esta Comisión, pudiéndose constatar a través del mismo el nivel de calidad del servicio mayorista prestado en comparación con los servicios minoristas que presta Telefónica a sus abonados, por lo que su correcta determinación resulta imprescindible para esta Comisión para determinar tanto el cumplimiento de la obligación de acceso como si puede existir una posible discriminación entre niveles de calidad mayoristas y minoristas.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en el referido indicador no se computan aquéllas solicitudes en las que las averías sean imputables al operador autorizado, por lo que una errónea clasificación de las falsas averías tiene una clara repercusión en el resultado de este parámetro del ANS aplicable a Telefónica.

En efecto, para poder evaluar el cumplimiento del mencionado ANS de la OBA, a partir de los datos del indicador de calidad suministrado mensualmente por Telefónica, deben sustraerse del total de las averías computadas las falsas averías incorrectamente imputadas, puesto que un incremento injustificado de estas últimas altera los resultados de dicho indicador. De este modo, la sobre imputación por parte de Telefónica de las falsas averías durante el periodo analizado oculta una posible degradación de la calidad en el mantenimiento de los servicios mayoristas.

⁴² (Expediente DT 2012/824); redactada en los términos de la Resolución de 4 de abril de 2013, sobre los recursos de reposición interpuestos por Telefónica y Orange contra la Resolución de 5 de diciembre de 2012 (AJ 2013/34 y acumulados) –véase el Resuelve Segundo-.

Si se corrigen los datos relativos al porcentaje de averías por bucle accedido imputables a Telefónica durante el periodo analizado en el marco del presente procedimiento sancionador (de enero de 2014 a octubre de 2015, con exclusión del periodo en que duró la huelga), y teniendo en cuenta que como mínimo un 53,8%⁴³ de falsas averías estarían mal imputadas (caso más favorable a Telefónica), cabe afirmar que Telefónica ha incumplido el ANS de la OBA (1,3% máximo de averías por bucle y mes) de manera generalizada, especialmente en el caso del servicio de acceso compartido sin STB, en los términos del Hecho Probado Segundo.

No obstante, ha de considerarse que la primera conducta infractora analizada en el marco del presente procedimiento sancionador (imputación en exceso de falsas averías) es el medio necesario para la comisión de esta segunda infracción (incumplimiento del apartado A.4.3 de la OBA), por lo que a juicio de esta Sala concurre un concurso medial de infracciones, procediendo la aplicación del artículo 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, lo que se tendrá en cuenta a la hora de proceder a la graduación de la correspondiente sanción.

3.- Plazo medio de resolución de averías

En relación con esta cuestión, esta Sala no considera suficientemente acreditada, en este expediente sancionador, la existencia de la infracción.

Análisis de las alegaciones de Telefónica sobre la tipicidad y la antijuridicidad de sus conductas

En relación con las alegaciones relativas a la tipificación y antijuridicidad de las conductas, Telefónica señala que las conductas infractoras no son antijurídicas, puesto que la OBA ya dispone expresamente en su Anexo I las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones impuestas en materia de calidad, que consisten en la imposición de las penalizaciones correspondientes.

En consideración a esta alegación, procede señalar, como ya hizo la propuesta de resolución, que la naturaleza y exigencia de las penalizaciones establecidas en la OBA difiere totalmente del control que efectúa esta Comisión sobre el cumplimiento de las ofertas de referencia, como Telefónica ha alegado en sede de otros expedientes.

La intervención de esta Comisión, a través, entre otras medidas, de la supervisión y sanción en caso de incumplimiento de las ofertas de referencia, se justifica en la necesaria protección de determinados intereses públicos, como es el fomento de la competencia, la salvaguarda del principio de transparencia o del principio de no discriminación entre operadores. Por ello, la

⁴³ Dicho porcentaje es el obtenido según la extrapolación de datos, según se ha explicado en los hechos probados.

potestad de esta Comisión no se limita a la simple aprobación de las ofertas de referencia, tal y como parece sugerir Telefónica, sino que comprende la intervención en todos aquellos aspectos necesarios para garantizar su eficaz cumplimiento, con objeto de preservar las condiciones competitivas en los diferentes mercados.

Resulta evidente, por tanto, que la actuación del regulador no puede limitarse únicamente, como pretende Telefónica, a la inclusión de determinadas cláusulas en las Ofertas de Referencia, sino que se extiende a la posibilidad de interpretar, modificar o ejecutar y, en su caso, sancionar, el incumplimiento de las estipulaciones previstas en las ofertas, a través de las cuales se desarrollan e implementan las obligaciones impuestas en las resoluciones de análisis de mercado.

Por otro lado, debe señalarse que los argumentos expuestos por Telefónica ya han sido rechazados por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en su sentencia de fecha 13 de octubre de 2013 (Recurso de Casación núm. 4037/2010), interpreta el artículo que recoge el tipo consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC (CMT, en ese momento) de una forma totalmente divergente a como expone Telefónica. En efecto, y según esta sentencia, el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas definidos en la OBA (como en cualquier otra oferta regulada) no tiene consecuencias únicamente en el ámbito contractual privado. Las ofertas mayoristas no son únicamente actuaciones privadas del operador obligado a ponerlas a disposición de sus competidores que sirven para celebrar contratos posteriores. Por el contrario, las ofertas de referencia son aprobadas por resolución de la CMT, y en la actualidad de la CNMC, y responden a un interés público –en la medida en que constituyen el desarrollo de las obligaciones regulatorias impuestas a un operador con PSM en un mercado determinado–, lo que justifica la actuación de este organismo, sin perjuicio de otras consecuencias patrimoniales derivadas de las transacciones establecidas por los operadores (básicamente, el pago de penalizaciones entre estos).

En este sentido, el tipo infractor del artículo 76.12 de la LGTel se cumple plenamente cuando el operador no aplica adecuadamente las condiciones de la oferta mayorista aprobada por la CNMC, pues esa conducta supone el incumplimiento de un deber impuesto en el ejercicio de una potestad pública. Considerar que de los incumplimientos de la OBA sólo se derivan consecuencias privadas supondría, por otro lado, vaciar de contenido una herramienta esencial de la función regulatoria de esta Comisión.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2013 (recurso de casación núm. 4037/2010) analiza también la tipicidad de la conducta y rechaza que se produzca un déficit de tipicidad en la infracción que nos ocupa. Con cita en su jurisprudencia anterior (STS de 6 de junio de 2007, recurso de

casación núm. 8217/2004), señala que Telefónica puede perfectamente predecir que su conducta constituye una infracción que puede ser subsumida en el tipo que sanciona el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones. Este precepto pretende evitar que se produzca una obstrucción del ejercicio de las competencias por la CNMC y por eso el bien jurídico protegido no es el interés de los operadores en la prestación de los servicios, sino el cumplimiento de sus resoluciones.

La infracción de este tipo de preceptos genéricos exige la concurrencia de determinados elementos: a) existencia de una resolución del regulador con un contenido preciso, b) notificación al operador obligado a su cumplimiento para su imprescindible conocimiento, y c) incumplimiento de la misma. A lo largo de instrucción se ha ido exponiendo en qué ha consistido el tercero de los elementos, no poniéndose en duda los anteriores, por lo que no hay dudas sobre la tipicidad de la conducta de Telefónica.

Finalmente, Telefónica alega que no puede considerarse que el incumplimiento de alguno de los mandatos y obligaciones impuestos en la OBA suponga una infracción del artículo 76.12 de la LGTel. Apoya su alegación sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (RC 2319/2011) donde el alto tribunal estableció que *“resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA”*.

En efecto, y como ya se señaló en la propuesta de resolución, el Tribunal Supremo, en su sentencia por la que casó un pronunciamiento de la Audiencia Nacional y modificó el tipo de infracción imputable a Telefónica en un procedimiento sancionador en cuya resolución se había impuesto una sanción por el incumplimiento de dos resoluciones de la CMT, relativas a las bases de datos reguladas en la OBA, sostiene que la utilización del tipo de infracción del incumplimiento de resoluciones *“ha venido asociada bien a incumplimientos de mandatos concretos, bien en supuestos en los que no se suscitaba la cuestión aquí planteada de la idoneidad del tipo para su aplicación a un mandato específico contenido en alguna OBA”*. Para el Alto Tribunal, *“la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas (...), muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, (...). Pues bien, (...), no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. El incumplimiento de cualquiera de dichos mandatos *“no puede ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA”* [Fundamento Tercero de la sentencia, páginas 14 y 15].

Sin embargo, aplicando la fundamentación de la sentencia, se estima que precisamente en este supuesto se produce un incumplimiento claro y generalizado de mandatos establecidos en la OBA, nítidamente precisados en las resoluciones que aprobaron la oferta de referencia y sobradamente conocidos por la imputada, pues no se trata de una regulación de un aspecto menor, sino de un procedimiento que ha sido debatido en múltiples resoluciones. Por ello, como la propia sentencia del Tribunal Supremo recoge, se trata de un incumplimiento continuado y generalizado durante un determinado periodo de tiempo de diversos procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la OBA.

También, en lo que se refiere a la culpabilidad, Telefónica entiende que se estaría reconociendo el cumplimiento por parte de este operador de la regulación en materia de falsas averías en la propuesta de Resolución del conflicto interpuesto contra Telefónica en relación con el mantenimiento de la red de cobre y la gestión de averías de los servicios mayoristas (expediente CNF/DTSA/990/14).

Así, según Telefónica, esta Sala habría admitido la necesidad de modificar la OBA y de establecer una serie de medidas tendentes a mejorar la descripción y definición de pruebas de la avería por parte de los operadores implicados en la gestión de averías. Dada esta circunstancia, la resolución del presente procedimiento sancionador resultaría contraria al principio de confianza legítima, confirmándose por otra parte la ausencia de culpabilidad en la actuación de Telefónica (que habría intentado siempre dar cumplimiento a lo dispuesto en la OBA, a pesar de las carencias en la gestión de los procedimientos que la propia DTSA habría reconocido).

La alegación no puede compartirse, pues el procedimiento de conflicto no acabó con una resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria en ese sentido, pues Vodafone y Orange desistieron y la Sala se limitó a resolver en su Resolución de fecha 9 de julio de 2015 aceptando los desistimientos y declarando concluso el procedimiento, por lo que no hay pronunciamiento alguno en relación con la conveniencia o no de proceder a una revisión de la oferta OBA en el sentido expuesto por Telefónica.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la propuesta de Resolución del conflicto CNF/DTSA/990/14 formulada por la DTSA, pese a procederse al archivo del mismo dado el desistimiento de las partes en sus pretensiones, esta Sala manifestó expresamente que *“durante la instrucción del presente procedimiento se ha observado la existencia de indicios de un presunto incumplimiento, por parte de Telefónica, de las disposiciones regulatorias vigentes en materia de mantenimiento y gestión de averías en el marco de la OBA y, más en particular, en relación a: (i) la imputación indebida a los operadores de falsas averías cuya causa no pudo ser determinada o no fue acreditada documentalmente por Telefónica, (ii) el incumplimiento del ANS del*

apartado A.4.3 relativo al porcentaje máximo de averías por bucle accedido, (iii) el incumplimiento del ANS del apartado A.3 relativo al plazo medio de resolución de averías” para a continuación concluir que “teniendo en cuenta que el desistimiento de las partes en el marco del presente conflicto no afecta a las competencias de este organismo para analizar, y en su caso, sancionar la realización de conductas tipificadas como infracciones en la normativa sectorial, esta Comisión valorará la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica por el incumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a la gestión de incidencias (apartado 1.6) y del Anexo 1 de Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS), a través del correspondiente acto administrativo”.

Por ello, esta Sala incoó el presente procedimiento sancionador.

A mayor abundamiento, la propia propuesta del instructor, en la que Telefónica busca ampararse, se refería en términos muy similares a “la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las disposiciones regulatorias vigentes en materia de mantenimiento y gestión de averías en el marco de la OBA [...]”, que eran “susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, a través del correspondiente acto administrativo”.

La propuesta del instructor requería también de Telefónica, en tanto no se procediera a la revisión de la oferta OBA, para que se abstuviera, en todo caso, de “imputar falsas averías a Orange bajo criterios contrarios o ajenos a los estipulados en el apartado 1.6.10 de la OBA, debiendo aplicar dicho apartado de la OBA según se concreta y desarrolla en el anexo 7 de la presente resolución” declarando, por otra parte, improcedentes “todas aquellas falsas averías que Telefónica haya facturado a Orange bajo criterios contrarios o ajenos a los estipulados en el apartado 1.6.10 de la OBA, los cuales se interpretan en el Anexo 7 de la presente resolución”.

No resulta admisible que Telefónica se refiera a la tramitación del conflicto CNF/DTSA/990/14 para defender la supuesta vulneración del principio de confianza legítima, o justificar una falta de culpabilidad en la realización de las conductas que le son reprochadas en el seno del presente procedimiento sancionador.

En particular, el hecho de que en el seno de esta Comisión se planteara una serie de acciones de posible mejora de la oferta de referencia OBA no puede suponer en ningún caso una convalidación de una conducta antijurídica, como la que se reprocha a Telefónica en el presente procedimiento sancionador.

En efecto, del hecho de que se plantease en un momento dado la revisión de determinados elementos de la oferta de referencia OBA (la cual es sometida periódicamente a ajustes y mejoras) no puede deducirse que se estuviese

exonerando a Telefónica de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir al no haber respetado hasta dicho momento los procedimientos de gestión de falsas averías. Llevada al extremo, la interpretación de Telefónica daría a este agente carta blanca para incumplir sistemáticamente los procedimientos vigentes en cada momento en materia de gestión de falsas averías, a la espera de que la CNMC realizara los ajustes y mejoras que entendiese necesarios (tal y como hace periódicamente).

Por último, no puede desconocerse que las mejoras y modificaciones se plantean porque el sistema de gestión de averías puesto en marcha por Telefónica –aunque hubiera sido validado por esta Comisión- arroja resultados irregulares y complica en exceso la gestión de los procesos de mantenimiento de la red a los operadores alternativos.

También en lo relativo a la culpabilidad de la conducta, Telefónica argumenta en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que, tanto los operadores alternativos como ella misma utilizan como única vía de constancia documental el sistema NEON a través del boletín guiado (las guías de uso). Se trata, según Telefónica, de un procedimiento de gestión compartido entre los operadores y regulado pormenorizadamente. Telefónica alega que en 22 de los 66 casos el operador había marcado el campo “CO_DISCONFORMIDAD” con el valor “AA”, esto es, “conforme con la causa y responsable” y en una el código es “disconforme solo con la causa”. Por lo tanto, considera que en estas averías el propio operador reconoce que es una falsa avería y que es responsabilidad suya.

Para responder a esta alegación debe situarse la citada funcionalidad del procedimiento de gestión de averías en su contexto: el campo “CO_DISCONFORMIDAD” obedece a una modificación introducida en la resolución DT 2008/196 (revisada durante la tramitación del recurso de reposición AJ 2009/764), cuyo objetivo era proporcionar un cauce para que los operadores pudieran reclamar aquellas averías con cuya imputación final no estuvieran conformes. Dicha obligación se plasmó en la OBA con el siguiente tenor literal (apartado 1.6.4.2):

“7. El operador podrá reclamar por disconformidad con la causa y/o responsable final de la incidencia consignadas en el sistema, sin que ello conlleve la reapertura de incidencias ya resueltas satisfactoriamente.”

Telefónica interpreta en sentido contrario la obligación que se le impuso de disponer un cauce de reclamación opcional para facilitar que los operadores pudieran solicitar la revisión de las falsas averías que considerasen oportuno, en vista de la situación existente de la falta de concordancia entre las actuaciones realizadas y lo registrado en SGO44, y lo convierte en lo contrario:

⁴⁴ Véase, por ejemplo, página 29 de la resolución DT 2008/196: “En la OBA no está previsto un procedimiento a seguir por los operadores ante esta discrepancia injustificada entre la causa real de la

un cauce para cerrar al operador cualquier vía de reclamación futura de una falsa avería, limitando así su derecho a reclamar. Esto es, según Telefónica, si el operador no marca con disconformidad el campo, pierde toda opción futura a reclamar una falsa avería, lo cual no es acorde con ninguna resolución de la CMT o posteriormente de esta Comisión. Más aun, ha de tenerse en cuenta que Telefónica ha establecido un plazo máximo de 5 días⁴⁵ para que los operadores alternativos analicen las falsas averías y consignent la disconformidad, plazo que no se deriva de la oferta de referencia ni de ninguna resolución y que constituye una limitación artificial aplicada unilateralmente por Telefónica a los operadores, los cuales pierden cualquier derecho futuro a reclamar aquellas averías que no hubieran marcado como disconformes.

Esto es especialmente conflictivo en el contexto analizado en el expediente sancionador si se tiene en cuenta el elevado volumen de falsas averías que imputa Telefónica, lo cual conmina a los operadores alternativos a revisar de forma muy ágil una gran cantidad de procesos.

De hecho este asunto, aun habiendo sido objeto de quejas reiteradas por los operadores, no ha motivado que Telefónica implemente mecanismo alguno de revisión de las falsas averías en la práctica, tal y como se puso de manifiesto, por ejemplo, en la resolución DT 2012/2604⁴⁶ y en el informe de audiencia del expediente CNF/DTSA/990/14⁴⁷.

avería informada por los técnicos de Telefónica encargados de realizar los trabajos de reparación, y la información registrada finalmente en SGO, pues ambas informaciones, en teoría, deberían concordar. No obstante, a la vista de los hechos expuestos y los datos comprobados en las inspecciones, resulta claro que la imputación indebida de la responsabilidad de una incidencia, repercutiendo de este modo al operador los costes de la reparación, constituye una práctica lo suficientemente habitual como para motivar la introducción de un procedimiento específico que permita a los operadores reclamar dichas imputaciones improcedentes, sin necesidad de reabrir una avería ya resuelta en la práctica."

⁴⁵ Véase, por ejemplo, los escritos de alegaciones de Orange de 30 de julio y 17 de octubre de 2014 al expediente DT 2014/990: "Pues bien, en relación con el mecanismo del check habilitado por TESAÚ para OBA, Orange desea poner de manifiesto que, en contra de lo establecido en la Resolución AJ2009/764, fue unilateralmente vinculado por TESAÚ al ciclo de vida de la avería, puesto que el marcado de disconformidad debe realizarse siempre dentro del plazo de 5 días laborables previsto en la OBA para el cierre automático de la misma. Transcurrido dicho plazo desaparece la posibilidad de usar el check. Además, el marcado con disconformidad provoca el cierre de la avería. Ninguna de las circunstancias es trivial dados los volúmenes de falsas averías que TESAÚ imputa a los operadores y ha incitado a que los operadores no utilicen dicho check, como bien sabe esa Comisión" (página 10 del escrito de 30 de julio) y "Así mismo, debe añadirse que en ningún momento TESAÚ ha explicado a Orange las razones por las que excluye mensualmente de sus facturas cierto volumen de averías imputadas a Orange en NEON cuyo marcado no pudo efectuar gracias a que TESAÚ, tal y como explicó mi representada en su escrito de 30 de julio, asocia unilateral e interesadamente al mecanismo de marcado al plazo de 5 días laborables establecido en la OBA para otro fin ." (página 7 del escrito de 17 de octubre)

⁴⁶ "Orange especifica que los franqueos son auditados pero los resultados a menudo distintos obtenidos por ambas compañías no son consensuados, y que el mecanismo previsto en la OBA para que el operador alternativo marque el franqueo con disconformidad no activa en la práctica ningún procedimiento que permita analizarlo conjuntamente."

"Orange y ASTEL alegan repetidamente que Telefónica se reserva el derecho de imputación de las averías y que no existen unos mecanismos de reclamación eficaces ante la valoración y determinación de responsabilidad de las averías comunicada por Telefónica."

⁴⁷ "De hecho, según se desprende de los datos aportados por Orange, hasta la fecha Telefónica no parece haber atendido ninguna de las reclamaciones por disconformidad efectuadas por este operador."

Por lo tanto, procede rechazar la pretensión de Telefónica de considerar la ausencia de marcado o el marcado con conformidad como una aceptación por parte del operador, sino que debe interpretarse simplemente como la falta de uso de la facilidad opcional de reclamación de falsas averías en dichos casos concretos. Adicionalmente, los operadores han denunciado, en alguna ocasión, que en muchos casos no utilizan esa facilidad ante la falta de consecuencias (si bien ahora Telefónica lo alega a su favor). En consecuencia, con independencia del valor consignado en el campo de disconformidad, debe analizarse toda la información disponible para determinar si la avería se ha imputado de conformidad con la OBA, tal y como se ha hecho con los 100 casos examinados.

Conclusión

Una vez analizadas todas las conductas infractoras llevadas a cabo por Telefónica, acreditadas en este procedimiento y concretadas en el presente fundamento jurídico material, se concluye que, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2015 –excluyendo las incidencias ocurridas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015 durante la huelga de los técnicos de las empresas instaladoras contratadas por Telefónica-, Telefónica ha estado incumpliendo la OBA.

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la doctrina jurisprudencial en materia de derecho administrativo sancionador, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida española normativa española cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la

obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas contempladas en la OBA.

En relación con la conducta analizada, la inobservancia de las obligaciones establecidas en la OBA son atribuibles, al menos, a título de culpa a Telefónica, toda vez que conociendo este operador la importancia que tiene el mantenimiento de la red de cobre para cumplir la obligación de acceso impuesta con la calidad exigida y evitar posibles comportamientos discriminatorios, tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

En los que respecta a la culpabilidad, tanto en sus alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento, como en las presentadas a la propuesta de resolución, Telefónica afirma que el procedimiento del que se han extraído los indicios que han motivado la apertura de este expediente sancionador (CNF/DTSA/990/2014) fue archivado con motivo de los desistimientos remitidos por Orange y Vodafone, por llegar a un acuerdo con Telefónica con respecto al conflicto planteado en el procedimiento. Estos hechos, en su opinión, conllevan la ausencia de culpabilidad en el marco del presente expediente.

En relación con esta cuestión debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que Orange y Vodafone desistieron del conflicto planteado por una cuestión económico-privada, pero en ningún momento señalaron que el problema de la imputación de falsas averías se hubiera solucionado o que no hubieran existido las que han dado lugar a la apertura del presente procedimiento sancionador. Esta Comisión inicia los procedimientos sancionadores de oficio en virtud de los indicios detectados sobre el supuesto incumplimiento de la normativa y regulación aplicables y en virtud del artículo 11.1 del Reglamento del

Procedimiento Sancionador, y no en función de las declaraciones de los operadores.

Por otro lado, si bien la apertura del procedimiento tuvo su origen en el conflicto mencionado por Telefónica, durante la instrucción del presente procedimiento han sido analizados nuevos hechos transcurridos durante un periodo temporal diferente al investigado durante la tramitación del referido conflicto. En efecto, y tal y como consta en los Hechos Probados, durante la instrucción se ha procedido a una nueva selección aleatoria de falsas averías correspondientes a un periodo distinto del analizado en el conflicto de referencia, por lo que las conclusiones de aquél no afectan a los hechos investigados en el marco del presente procedimiento sancionador, si bien es cierto que los resultados fueron bastante similares.

Resulta significativo, asimismo, que como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, Telefónica solicitara en sus alegaciones la apertura de un periodo de prueba pero que no propusiera ninguna para ser practicada en el mismo, motivo por el cual se denegó su solicitud por acuerdo de fecha 9 de noviembre de 2015.

Telefónica por otro lado, es plenamente consciente de la problemática planteada en el marco del presente procedimiento sancionador, y conoce los perjuicios e inconvenientes que la sobre-imputación de las falsas averías está generando para los terceros operadores.

Para rechazar su culpabilidad, Telefónica rechaza la validez del medio empleado para analizar su conducta y cuestiona que se produzca el incumplimiento generalizado de las condiciones de la OBA en relación con la gestión de las falsas averías. Según Telefónica, la CNMC habría realizado una prueba de carácter residual (de sólo 100 muestras), para a partir de dichos datos extraer la conclusión de que Telefónica estaría imputando irregularmente falsas averías del orden de 20.000-30.000 al mes.

Para Telefónica, esta extrapolación de datos resultaría contraria a la presunción de inocencia que debe guiar la instrucción de los procedimientos sancionadores, tal y como habría confirmado la STS de 6 de junio de 2007.

En relación con esta cuestión, la resolución explica en detalle la metodología empleada para el análisis de los datos puestos a disposición por la propia Telefónica (más de 700.000 registros). En particular, se detalla cómo el tamaño muestral considerado (100 averías) permite asumir con garantías que el análisis de la muestra constituye una indicación fiable de la manera en que Telefónica ha venido gestionando las falsas averías. En particular, sobre la base de dicho muestreo aleatorio puede concluirse que entre el 53,8% y el 78,2% del total de falsas averías identificadas por Telefónica estarían mal computadas, con un nivel de confianza del 99%.

La prueba así practicada permite conciliar el pleno respeto de los derechos que asisten a Telefónica en el marco del presente procedimiento sancionador, con la necesidad de que la prueba planteada por la instructora del expediente de referencia pueda llevarse a cabo de manera eficaz. No debe olvidarse que Telefónica remitió para examen más de 700.000 averías en principio declaradas como falsas, siendo materialmente imposible analizar la totalidad de ellas.

En relación con la STS invocada por Telefónica, cabe destacar que en dicha sentencia (así como en particular en la SAN que dio origen al recurso de casación de referencia ante el STS⁴⁸) se reprochó al regulador que en la tramitación de un procedimiento sancionador infiriese, a partir del análisis de las cláusulas contenidas en únicamente dos contratos, que la totalidad de los contratos suscritos por este operador para la provisión de servicios de grupo cerrado de usuarios (en concreto, 2.155 supuestos) debían contener asimismo las cláusulas controvertidas.

Por lo tanto, el supuesto en ese caso no es equiparable con el ahora analizado, pues no se realiza ningún pronunciamiento acerca del número exacto de falsas averías incorrectamente computadas por Telefónica (algo que sería difícilmente realizable, dado el elevadísimo volumen de supuestas falsas averías consignado por Telefónica) sino que simplemente se determina que el alto porcentaje de falsas averías incorrectamente imputadas detectado en el análisis de las muestras seleccionadas (aún asumiendo por esta Comisión en todo momento las hipótesis más favorables para Telefónica) permite deducir que la problemática asociada a la gestión de falsas averías está muy expandida, y puede haber supuesto pérdidas para los operadores alternativos de varios millones de euros. Es decir, se sanciona a Telefónica no por acreditarse un determinado número de falsas averías, sino porque, de forma sistemática, se ha acreditado que imputa a los operadores alternativos falsas averías en un elevado porcentaje y por lo tanto está incumpliendo la OBA en ese sentido.

Tal y como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho al analizar las alegaciones de Telefónica a la propuesta de resolución, la culpabilidad por las conductas no puede quedar diluida por el nacimiento de una supuesta confianza legítima en la actuación anterior de esta Comisión y el hipotético reconocimiento de la necesidad de mejorar algunos aspectos de la gestión de los procedimientos de la OBA relativos a averías.

En definitiva, concurre el requisito de la culpabilidad en la actuación de Telefónica, al haber quedado probado el incumplimiento, durante el periodo analizado (del 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 –excluyendo el periodo de la precitada huelga de los técnicos de las empresas instaladoras

⁴⁸ SAN de 29 de junio de 2004, rec. contencioso-administrativo 1247/2002

contratadas por Telefónica comprendido entre el 28 de marzo de 2015 al 22 junio de 2015) de la Resolución de la CMT de 26 de noviembre de 2013 (falsas averías) y de la Resolución de 5 de diciembre de 2012 (plazos e indicadores de calidad) ambas relativas a la OBA.

CUARTO.- Cuantificación de la sanción aplicable

4.1.- Límites legales de las sanciones

La LGTel de 2014 establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica consiste en el incumplimiento de las resoluciones de la CNMC –tipo contenido en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014-. Tal y como prevé el artículo 79 del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras 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, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las resoluciones de la CNMC (i) el quíntuplo del beneficio bruto obtenido o (ii) 20 millones de euros.

El artículo 79 de la LGTel de 2014 simplifica las reglas hasta el momento establecidas en la LGTel de 2003 (artículo 56) para fijar la cuantía máxima de la sanción que pueda imponerse, eliminando los criterios de la rama de actividad afectada y de los fondos utilizados en la infracción.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

4.2.- Criterios de graduación de las sanciones

En atención al artículo 80 de la LGTel de 2014 y al artículo 131.3 de la LRJPAC, es preciso analizar la sanción, a partir de los márgenes previstos en la LGTel, aplicando los criterios de graduación que ambos contienen.

El artículo 80 de la LGTel de 2014 establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El daño causado y su reparación.*
- d) el cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.*

2. Para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan. (...)”.

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

No se percibe en el presente caso la concurrencia de ninguno de los criterios de graduación anteriores en la comisión de las infracciones analizadas en el presente procedimiento sancionador.

En lo que se refiere a los perjuicios causados, Telefónica considera que no ha quedado acreditado que los operadores alternativos hayan abonado las cantidades económicas correspondientes a las penalizaciones por falsas averías durante el periodo analizado.

Al respecto, se ha de tener en cuenta que el perjuicio derivado de los incumplimientos sancionados no es únicamente económico ni se limita al

importe facturado o no facturado de las penalizaciones por falsas averías. Las elevadas incidencias en esta materia que se han detectado durante la instrucción afectan a la calidad del mantenimiento de la red de Telefónica e implican un elevado esfuerzo para los operadores alternativos al gestionar las averías que surgen en la operativa diaria de los procesos mayoristas. No se puede desconocer que esta gestión implica un incremento en los costes de los operadores que solicitan el acceso para prevenir o solucionar estos problemas. Finalmente, hay que tener en cuenta que un alto nivel de averías en la red de Telefónica puede afectar a la imagen y credibilidad de estas empresas frente a sus clientes.

Por otro lado, se conocen las cantidades que figuran en la contabilidad de costes de Telefónica como ingresos por falsas averías: 5,2 millones de euros en 2014 y 4,7 millones de euros en 2015. Por lo tanto, Telefónica ha facturado unos 10 millones de euros en esos dos años.

Si se hubieran facturado las 700.000 “falsas averías” del periodo contemplado en el expediente al precio regulado, el importe ascendería a unos 18 millones de euros. De manera que sí parece que Telefónica ha aplicado algún tipo de acuerdo por el que se ha minorado el importe a facturar. Aunque se desconocen los términos de dichos acuerdos, podría ser que se compensasen con penalizaciones que Telefónica debería teóricamente abonar a los operadores (en las contabilidades Telefónica siempre reporta que no ha abonado absolutamente ninguna penalización a los operadores). Se desconoce también por parte de esta Comisión si este tipo de acuerdos se ha alcanzado con todos los operadores, pues los importes facturados a cada operador no están disponibles.

No obstante, los datos que se tienen no ofrecen seguridad de la cantidad de averías cobradas. En la contabilidad de 2014 figuran unas 250.000 unidades de falsas averías (lo que arroja un precio medio de 21 euros), y en la de 2015 figuran unas 185.000 unidades de falsas averías (lo cual supone un precio medio 25,4 euros).

Por tanto, y con independencia de los acuerdos que alcance Telefónica para rebajar las cantidades a facturar, lo cierto es que la imputación abusiva de falsas averías en NEON le da derecho a facturar unas importantes cantidades económicas que después puede utilizar como herramienta de negociación con los operadores.

En cuanto a los criterios de valoración, se considera oportuno, sin embargo, tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LGTel, de conformidad con el cual, se tendrá en cuenta a efectos de determinar la cuantía de las correspondientes sanciones, la situación económica de Telefónica.

A tal efecto, se tienen en cuenta los ingresos obtenidos por esta operadora derivados de la provisión de servicios a clientes residenciales en el mercado de banda ancha minorista, así como los ingresos derivados de la provisión de servicios mayoristas de banda ancha suministrados sobre pares de cobre, que son los siguientes:

Así pues, sumando los ingresos minoristas y los ingresos mayoristas se obtiene que los ingresos obtenidos por Telefónica fueron superiores a **[INICIO CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]**.

4.3.- Aplicación de los criterios legales para cuantificar la sanción

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes para graduar la sanción anteriormente citada, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC, según el cual, *“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”*

En este contexto, debe señalarse que la jurisprudencia ha señalado que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁴⁹.

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

a) Al presente procedimiento se aplica la LGTel de 2014, al haberse finalizado la comisión de la infracción una vez entrada en vigor esta norma

b) Ha sido imposible determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción imputada

No ha resultado posible determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción imputada a Telefónica, debido a que no se conocen con exactitud los beneficios directos obtenidos por la operadora durante todo el periodo imputado y no es posible calcular los beneficios indirectos derivados de la ventaja competitiva conseguida en el presente caso por el deterioro de la imagen de marca de los operadores y su pérdida de presión competitiva ante una imputación incorrecta a los mismos de falsas averías, así como por la prestación deficiente de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado.

⁴⁹ Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el Fundamento de derecho Tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].

No obstante, sí es posible hacer una aproximación al beneficio bruto obtenido a la vista de los ingresos reflejados en la contabilidad de costes, tal y como se ha expuesto más arriba.

Por tanto, y no pudiendo determinar con exactitud el beneficio directo e indirecto derivado de la comisión de las infracciones objeto del presente sancionador, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014, de conformidad con el cual, la cantidad máxima para cada una de las sanciones imputadas queda fijada en 20 millones de euros.

c) En relación con el incumplimiento del apartado 1.6.10 de la OBA

No obstante lo anterior, en relación con el incumplimiento del apartado 1.6.10 de la OBA por parte de Telefónica, procede reiterar cómo la imputación de falsas averías está constituyendo en la actualidad la norma en los procesos mayoristas de acceso al bucle y no la excepción, lo que le está suponiendo a esa operadora unos ingresos anuales del orden de varios millones de euros⁵⁰, de los cuales un alto porcentaje estaría indebidamente facturado sobre la base de los resultados del análisis efectuado.

Cabe afirmar, asimismo, que a la vista del número de falsas averías que se produjo durante el periodo infractor analizado en el marco de este procedimiento (más de 700.000) y del porcentaje de las incorrectamente imputadas a los operadores (incluso utilizando el 53,8%, como el rango más favorable para Telefónica), se podrían haber facturado como falsas averías varios millones de euros. Sin embargo, los operadores han llegado a acuerdos estos años y no se dispone de la cantidad exacta que se ha pagado por este concepto.

Por otro lado, Telefónica no está abonando las penalizaciones por franqueos indebidos, según se desprende de la información que ésta ha aportado en el marco de la verificación de su contabilidad de costes regulatoria⁵¹.

d) En relación con el incumplimiento del apartado A.4.3 de la OBA

Por lo que respecta a la infracción del apartado 4.4.3 de la OBA, cabe afirmar que, tras la corrección de los datos facilitados por Telefónica mediante inclusión de las averías mal imputadas como falsas, se constata que durante el periodo

⁵⁰ Los ingresos en concepto de penalizaciones por falsa avería ascendieron a 5,3 millones de euros en 2014, según los datos de la contabilidad regulatoria de Telefónica (Resolución de 16 de mayo de 2016, VECO/DTSA/003/16/SCC 2014 TELEFÓNICA, mediante la que se aprueban los resultados de la verificación de la contabilidad para 2014).

⁵¹ Telefónica ha reportado un importe nulo de penalizaciones OBA en el informe extracontable sobre penalizaciones de la contabilidad regulatoria para el ejercicio 2014.

comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 (con exclusión de periodo correspondiente a la huelga de los instaladores de Telefónica⁵²) se ha producido un claro incumplimiento por parte de Telefónica del límite del 1,3% por bucle y mes accedido.

No obstante lo anterior, se aprecia que en el presente caso se produce concurso medial entre la infracción anterior y la analizada en este apartado. Por tanto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, de conformidad con el cual:

“En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.”

Esta norma exige, para su aplicación, la existencia de una relación entre las infracciones concernidas, en concreto que una de ellas derive necesariamente de la otra, de modo que no sea posible la comisión de una sin ejecutar la otra.

Pues bien, esta circunstancia concurre en el presente caso, puesto que para valorar el número de averías por bucle accedido han de utilizarse los resultados del análisis de la primera conducta infractora (incumplimiento del apartado 1.6.10 de la OBA).

En efecto, en el concreto supuesto que nos ocupa la primera de las conductas infractoras expresadas (imputación incorrecta de falsas averías) constituye un medio necesario para la realización de la segunda (incumplimiento del porcentaje máximo).

Por consiguiente, procede apreciar concurso medial entre ambas infracciones, al derivar necesariamente una de ellas de la comisión de la otra, lo que conlleva la imposición de la sanción correspondiente a la infracción más grave. Tal apreciación determina en el presente caso que Telefónica solo deba ser sancionada por la comisión de una de las infracciones y, como ambas presentan la misma gravedad, se determina en el presente caso que esta sea la del incumplimiento del apartado 1.6.10 de la OBA –Resoluciones de 16 de septiembre de 2006 y 26 de noviembre de 2013-, por ser la que mayor impacto ha tenido en el presente procedimiento sancionador y la infracción que ha motivado la concurrencia de la segunda infracción.

e) Situación económica del infractor

Se tiene en cuenta a la hora de fijar la sanción la situación económica de Telefónica.

⁵² Periodo comprendido entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015.

Se ha determinado que esta operadora obtuvo unos ingresos en los ingresos derivados de la provisión de servicios a clientes residenciales en el mercado de banda ancha minorista y unos ingresos derivados de la provisión de servicios mayoristas de banda ancha suministrados sobre pares de cobre, en los periodos imputados en el presente procedimiento, superiores a **[INICIO CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]**.

4.4 Proporcionalidad de la sanción

La sanción impuesta se fija dentro del cuarto inferior del máximo legalmente previsto, pese a considerar un concurso medial entre dos de las infracciones detectadas, la importancia para los objetivos de la regulación de asegurar el cumplimiento de las ofertas mayoristas, como la OBA y pese a la situación económica del infractor, según se ha expuesto.

Ello descarta la infracción del principio de proporcionalidad, alegada por Telefónica, para quien solo se le podría sancionar por los 66 supuestos de actuación indebida que resultaron acreditados de las 100 analizadas durante la instrucción.

A este respecto, como se ha explicado a lo largo de la resolución, no se está sancionando a Telefónica por supuestos concretos de incumplimientos, sino por un incumplimiento generalizado en el tratamiento de las averías y en la imputación incorrecta como falsas averías en un gran porcentaje de casos, muy superior al que aconsejaría una diligencia debida y una práctica honesta en la prestación del servicio mayorista.

En atención a las anteriores consideraciones, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014, en relación con el artículo 74 del Código Penal, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de cinco millones de euros (5.000.000 €) por el incumplimiento del apartado 1.6.10 de la OBA, introducido y modificado en virtud de las Resoluciones de la CMT de 14 de septiembre de 2006⁵³, 2 de abril de 2009⁵⁴ y 26 de septiembre de 2013⁵⁵.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

⁵³ MTZ 2005/1054

⁵⁴ DT 2008/196

⁵⁵ DT 2012/2604

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el apartado 1.6.10 de la Oferta del Bucle de Acceso al Bucle de Abonado, redactado de conformidad con la Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de septiembre de 2006, 2 de abril de 2009 y 26 de septiembre de 2013, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una multa por importe de **cinco millones de euros (5.000.000 €)** por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.