



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión 13/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 29 DE ABRIL DE 2008 POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL APARTADO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2006 POR LA QUE SE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO, EN RELACIÓN A LAS SOLICITUDES DE PROLONGACIÓN DE PAR (RO 2008/731).

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2008/731, incoado a Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2008 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 13/09 del día 16 de abril de 2009, la siguiente Resolución:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 14 de septiembre de 2006 (MTZ 2005/1054).

Con fecha 14 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), poniendo fin al procedimiento MTZ 2005/1054.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La citada Resolución establecía, en su Resuelve primero, lo siguiente:

“Primero.- Instar a Telefónica de España, S.A.U., a modificar su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) sustituyéndola por el texto incluido en el Anexo III a esta resolución.”

El citado Anexo III contiene el texto completo de la Oferta de Telefónica y en concreto, en el apartado 1.5.4 de la misma, se recoge el procedimiento de provisión del servicio de prolongación de par y en el apartado 1.6 se establece el procedimiento de gestión de incidencias.

Segundo.- Escrito presentado por France Telecom España, S.A.

Con fecha 27 de noviembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) por el que planteaba conflicto de acceso frente a la entidad Telefónica.

En concreto, Orange consideraba que el servicio de prolongación del par de la OBA no era prestado por Telefónica en las condiciones estipuladas en dicha Oferta dado el elevado número de desagregaciones incorrectas que se producían durante la ventana de cambio.

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

Tercero.- Resolución de 29 de abril de 2008 (DT 2007/1409).

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de diciembre de 2007 se notificó el inicio del correspondiente procedimiento, dándosele traslado a Telefónica del escrito de Orange para que realizara las alegaciones oportunas.

Posteriormente, con fecha 11 de diciembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U. (en adelante, Ya.com) en el que manifestaba haber tenido conocimiento del conflicto de acceso planteado por Orange contra Telefónica y ponía de manifiesto la concurrencia de los mismos hechos en relación con Ya.com.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras la tramitación del procedimiento, finalmente, con fecha 29 de abril de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvía fundamentalmente:

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

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

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

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

Asimismo, se iniciaba procedimiento sancionador contra Telefónica, como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en el incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre modificación de la OBA en relación con la atención de las solicitudes del servicio de prolongación del par. En concreto, en el cuerpo de la Resolución [pág.22], se determinaba que la infracción se derivaría de la “imposibilidad de rechazar entregas de servicio defectuosas y abrir incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos a través del SGO”.

Cuarto.- Notificación de la incoación del procedimiento sancionador.

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica con fecha 8 de mayo de 2008. Igualmente, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la instructora en fecha 16 de mayo de 2008, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Escrito de alegaciones presentado por Telefónica.

Con fecha 13 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica respecto del acuerdo de inicio previamente notificado, remitiéndose a determinada documentación que no se había anexado al citado escrito. Así, con fecha 25 de junio de 2008, se recibía nuevo escrito junto con la anterior documentación acreditativa.

En el citado escrito, Telefónica realiza las siguientes alegaciones respecto del acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador:

- Inexistencia de los hechos imputados. Acredita el cumplimiento de los hechos imputados en base a distinta documentación.
- Ausencia de antijuricidad. Básicamente, señala que las conductas imputadas no son antijurídicas y que el artículo 53.r) de la LGTel se configura como un tipo infractor en blanco.
- Ausencia de tipicidad. Alega que no ha existido un incumplimiento de la OBA y que ha existido, en todo caso, ausencia de intencionalidad.
- Ausencia de culpabilidad.
- Ausencia de perjuicios a los operadores o a la competencia.

Sexto.- Requerimiento de información practicado a las entidades Orange y Ya.com.

Con fecha 21 de octubre de 2008, la instructora del procedimiento, en virtud del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real decreto 1398/1993 de 4 de agosto, requirió a las entidades Orange y Ya.com determinada información.

Con fecha 19 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de France Telecom España, S.A.U.¹ por el que procede a dar contestación al anterior requerimiento, declarándose parcialmente confidencial con fecha 6 de diciembre de 2008.

Séptimo.- Notificación a Telefónica de la incorporación de determinada información al procedimiento sancionador.

Con fecha 11 de diciembre de 2008 se notificó a Telefónica tanto el anterior requerimiento efectuado a Orange y su contestación como la incorporación de distintos documentos al presente procedimiento, en concreto, las actas de inspección realizadas en el seno del procedimiento DT 2008/196 en cumplimiento de las Órdenes de 25 de febrero y 3 de julio de 2008, respectivamente.

¹ El requerimiento de información se realizó tanto a Ya.com como a Orange, sin embargo, con fecha 16 de julio de 2008 Ya.com fue absorbida por Orange por lo que fue esta entidad la que respondió al requerimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente, con fecha 15 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Orange por el que completaba la contestación al citado requerimiento, dándosele traslado del mismo a Telefónica, a los efectos oportunos.

Octavo.- Escrito de Telefónica.

Con fecha 26 de enero de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Telefónica por el que mostraba su disconformidad con la incorporación por parte de instructora de las actas de inspección citadas y las declaraciones de confidencialidad de las contestaciones al requerimiento de Orange.

De conformidad con el artículo 110 de la LRJPAC este escrito se recalificó como recurso de alzada contra los citados actos de la instructora del procedimiento, tramitándose bajo número de referencia administrativa AJ 2009/156.

Noveno.- Requerimientos de información.

Con fecha 2 de febrero de 2009, la instructora del procedimiento, en virtud del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real decreto 1398/1993 de 4 de agosto, requirió a las dos entidades determinada información para determinar la existencia de indicios.

Décimo.- Escritos de los operadores.

Con fecha 23 de febrero de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Telefónica por el que daba contestación al citado requerimiento, mostrando su disconformidad con el mismo y adjuntando distinta documentación acreditativa.

Asimismo, con fecha 23 de febrero de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Orange por el que daba contestación al citado requerimiento, dándosele traslado del mismo a Telefónica, a los efectos oportunos.

Decimoprimer.- Informe de Audiencia.

Con fecha 5 de marzo de 2009, la instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución, notificándosela a Telefónica, en la que propuso

“ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por no haber incumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobada con fecha 14 de septiembre de 2006.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimosegundo.- Alegaciones de Telefónica.

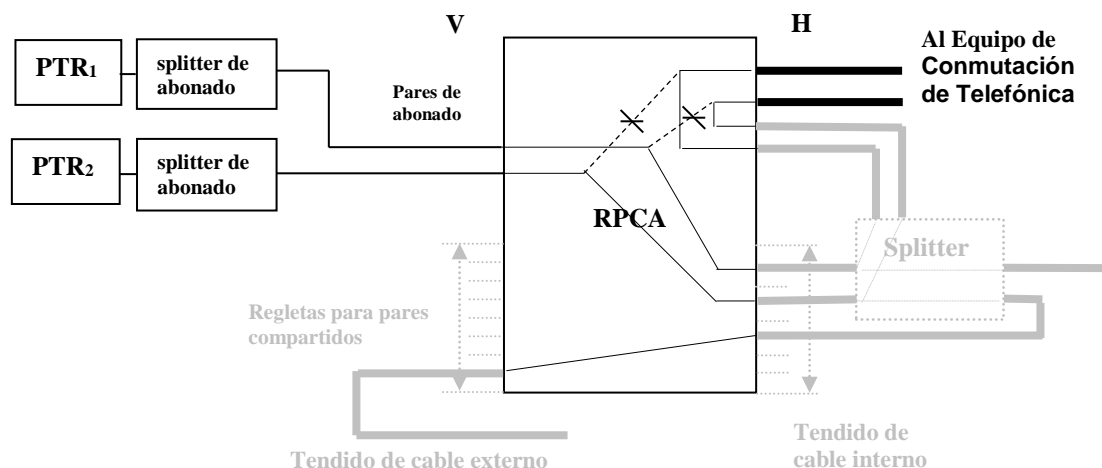
Con fecha 31 de marzo de 2009 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que presenta alegaciones a la propuesta de resolución.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Con carácter previo a entrar a analizar el fondo del asunto es conveniente describir el servicio afectado así como el funcionamiento y gestión de las incidencias posibles en este procedimiento con el fin de poder apreciar la existencia de alguna divergencia provocada por Telefónica respecto del procedimiento regulado.

A.-) El servicio de prolongación de par

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



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

Para un operador alternativo que ya dispone de infraestructuras en una central (ubicación, tendido de cableado y entrega de señal), el servicio de prolongación del par es imprescindible para completar la conexión de los bucles de abonado a su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

red, y estar en disposición de prestar sus servicios a los usuarios finales. Por consiguiente, las condiciones en las que Telefónica suministra el servicio de prolongación del par condicionan de forma directa la calidad de los servicios que los operadores alternativos proporcionen a sus abonados.

Los acuerdos de nivel de servicio (ANS) determinan que el plazo máximo para la provisión del servicio de prolongación del par es de 12 días, dentro de los cuales Telefónica debe realizar todas las actuaciones necesarias para provisionar el citado servicio (trabajos en la central, preparación de equipos, etc).

La última fase de la provisión afecta directamente al usuario final y por ello, en la Oferta se define una ventana única de actuación o ventana de prolongación de una duración fija de 6 horas. La citada ventana única de actuación es un periodo en el que deben realizarse las siguientes actuaciones: instalaciones necesarias en dependencias del abonado, actuaciones para hacer efectiva la portabilidad (en su caso), trabajos en central de prolongación de par y pruebas (de haberse solicitado, para que se produzca la entrega del servicio y se empiece a facturar).

Terminados estos trabajos, Telefónica entrega el servicio mediante el correspondiente formulario Web enviado al operador alternativo a través del SGO. El operador, entonces, puede o bien aceptar la entrega o bien rechazarla, mediante el sistema habilitado para ello, el SGO.

Si el operador considera que la entrega del servicio ha sido correcta, procederá a aceptar la entrega del servicio y Telefónica enviará al operador (y en caso de traspaso también al operador anterior afectado por un traspaso) una comunicación de prolongación en un plazo máximo de 1 día desde la fecha de aceptación de la entrega del servicio con la siguiente información: tipo de registro: servicio de prolongación entregado, código de referencia, número administrativo y fecha de efectividad de alta (dd-mm-aaaa).

Si el operador alternativo considera que la entrega del servicio ha sido defectuosa, o por cualquier motivo no se muestra conforme con ella, este operador procederá a la apertura de una incidencia, en este caso, de provisión con el fin de rechazar dicha entrega.

B.-) Incidencias

El procedimiento de gestión de incidencias se definió, por primera vez, en la Resolución de modificación de la OBA de fecha 29 de abril de 2002 revisándose, por última vez, con ocasión de la modificación de la OBA llevada a cabo con la Resolución de 14 de septiembre de 2006 (OBA 2006).

Conforme al apartado 1.6 de la OBA, Telefónica ofrece un sistema de apertura y gestión de incidencias que permite comunicar las incidencias que se produzcan y realizar el seguimiento de las mismas hasta su resolución. De acuerdo con la OBA,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el bloque de gestión de incidencias de la página Web habilitada al efecto –SGO– constituye el punto de acceso para iniciar el proceso de gestión de incidencias y mantener un canal de comunicación que facilite la resolución de las mismas con la mayor brevedad posible.

En la OBA se recogen tres tipos de incidencias: incidencias de provisión de servicio, incidencias por averías e incidencias por interferencias. El presente procedimiento versa sobre las incidencias de provisión así que a continuación se analizan únicamente éstas.

Sobre las incidencias de provisión:

Según el apartado 1.6 de la OBA se entiende por incidencias de provisión aquéllas que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión de servicios, desde el momento en que se presenta la solicitud correspondiente hasta que se acepta la entrega del servicio. El procedimiento de gestión de incidencias se tramita a través del SGO.

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

Una vez abierta, Telefónica podrá rechazar o denegar la incidencia en 24 horas, detallando las causas de tal rechazo en el correo electrónico que se envíe al operador cuando verifique que la incidencia ya ha sido subsanada o considere que no existe tal incidencia o quede fuera de su ámbito de responsabilidad. Este hecho dará lugar al cierre de la incidencia en caso de acuerdo o, en caso de desacuerdo, el operador iniciará el escalado de la misma.

En cambio, cuando se verifique la existencia de la incidencia, Telefónica la aceptará, actualizando la página Web de la misma e indicando el periodo estimado de resolución. El sistema Web enviará automáticamente un mensaje de correo electrónico a las direcciones de contacto del operador y operadores implicados incluyendo la misma información.

Telefónica procederá a la resolución de la incidencia, en un tiempo máximo de resolución de 2 días hábiles, y enviará una respuesta de incidencia, es decir, el franqueo. La OBA especifica el contenido mínimo del franqueo para que pueda ser rápidamente identificada (tanto la localización como la causa).

Si el operador alternativo considera que la resolución o la respuesta no han sido satisfactorias podrá rechazar el franqueo de la incidencia y se reiterará el proceso de análisis de la incidencia, pudiéndose iniciar el procedimiento de escalado. En este punto, también la OBA especifica la información que debe contener el formulario de verificación de resolución de incidencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si el operador alternativo considera que la resolución dada a la incidencia ha sido satisfactoria, procederá a aceptar el franqueo y ésta quedará cerrada. La OBA denomina a esta finalización, resolución satisfactoria.

Conclusión

De los puntos anteriores se concluye que la OBA regula de forma pormenorizada tanto la provisión del servicio de prolongación del par como el procedimiento de gestión de incidencias del mismo. Así, ante la falta de conformidad con la entrega del servicio, el operador alternativo está habilitado para iniciar una incidencia, que al ser anterior a la entrega efectiva del servicio, será siempre una incidencia de provisión.

El objeto del presente procedimiento se concreta en la imposibilidad que tienen los operadores alternativos de rechazar las entregas defectuosas mediante la apertura de incidencias de provisión.

III.- HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente, a los efectos del procedimiento de referencia, se determina que:

ÚNICO.- No ha quedado probada la imposibilidad de rechazar entregas de servicio defectuosas en el SGO a través de la apertura de incidencias de provisión.

Tal hecho probado resulta del análisis de la siguiente documentación:

Primero.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

Con carácter general, Telefónica niega la existencia de los hechos imputados y señala que no existen indicios ni de la imposibilidad de rechazar entregas de servicio defectuosas ni de la imposibilidad de abrir incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos en el SGO.

Respecto del rechazo de entregas defectuosas:

Telefónica aporta distinta documentación de la que se deduce que los operadores alternativos, en general, y Orange, en concreto, podían rechazar las entregas defectuosas de los servicios. Aporta información volcada del SGO de la que se demuestra que los operadores alternativos ponían en conocimiento de Telefónica su rechazo ante entregas defectuosas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, Telefónica señala que los operadores alternativos utilizaban cualquier medio para manifestar su disconformidad ante entregas defectuosas y que, en todos los casos, se aceptaban por Telefónica puesto que procedía a solucionarlas. En el caso concreto de Orange, Telefónica recibía los rechazos de entregas a través de correos electrónicos o mediante ficheros electrónicos que se enviaban diariamente por este operador; posteriormente, Telefónica remitía estos resultados a cada una de sus unidades territoriales para solucionar cada una de las incidencias.

Respecto de la apertura de incidencias de provisión en el SGO:

Telefónica señala, en su escrito de alegaciones de 25 de junio de 2008, en primer lugar que *“es y siempre ha sido perfectamente posible abrir incidencias de provisión en el SGO”*. Para acreditar esta afirmación, aporta como Anexos 1 y 2, sendos escritos presentados con fechas 17 de enero de 2007 y 5 de febrero de 2008 consistentes en dos volcados de la pantalla de dos consultas del SGO relativos a solicitudes efectuadas por Orange que se encuentran en el estado de incidencia producido por la apertura de la correspondiente incidencia de provisión.

Adicionalmente, para probar la posibilidad de abrir estas incidencias en el SGO, aporta como Anexo 3 un muestreo del volcado obtenido del SGO de las incidencias de provisión abiertas por los operadores Ya.com y Orange en este sistema durante el periodo comprendido entre noviembre de 2007 y marzo de 2008.

Sin embargo, la propia Telefónica reconoce la existencia de determinados problemas en el procedimiento de gestión de las incidencias de provisión que imposibilitaban, con carácter general, la tramitación de este tipo de incidencias mediante el SGO. En su escrito de alegaciones -página 15- se señala que *“Telefónica detecta ciertos problemas en la gestión de algunas de estas incidencias de provisión (rechazo de la entrega del servicio), una vez abiertas en el SGO, y con el fin de que dichas deficiencias tuvieran un impacto mínimo en los operadores, les propuso varias alternativas, mientras procedía a la subsanación de dicha problemática”*.

Telefónica alega que detectó que, una vez abiertas estas incidencias en el SGO, la tramitación de las mismas no llegaba adecuadamente hacia otros sistemas/aplicaciones internas necesarias para su resolución. Para minimizar el impacto en los operadores, mientras subsanaba dicho error, ofreció a los operadores afectados dos alternativas:

- (i) Abrir incidencias de provisión como incidencias de averías en el SGO.
- (ii) Gestión de las incidencias de provisión mediante un procedimiento de contingencia manual.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adjunta como anexo 4 copia de un acta de una reunión mantenida con Orange en fecha 19 de noviembre de 2007 donde se pone de manifiesto este problema y se acuerda el establecimiento de un procedimiento de contingencia. En el caso concreto de Orange, el procedimiento de contingencia comenzó a funcionar a partir del día 26 de noviembre de 2007, según consta en la página 4 del citado anexo 4.

Asimismo, Telefónica señala que con el fin de mitigar los efectos de esta indisponibilidad del SGO entre los operadores, mantuvo durante todo el tiempo que esta duró, una actitud proactiva, convocando reuniones, manteniendo una comunicación constante con el fin de solucionar todas las incidencias, realizando explicaciones sobre el SGO, etc.

Telefónica indica que en el mes de mayo de 2008 finalizó todos los trabajos necesarios en el SGO para poder llevar a cabo a través de este sistema la gestión de las incidencias de provisión de forma completa. Adjunta copia de la comunicación enviada a los operadores alternativos donde les pone de manifiesto que, a partir del 9 de junio de 2008, comenzaría la tramitación de estas incidencias vía SGO.

Segundo.- Escritos de Orange.

Orange indica en su escrito de denuncia que ha implementado una serie de herramientas internas, como la prueba SELT², con objeto de, en caso de producirse una desagregación incorrecta poder abrir una incidencia tras la no conformidad con el mensaje de Telefónica de “fin trabajos”.

Los resultados de esta prueba (prueba KO/ prueba OK) indican la corrección en la entrega del servicio de prolongación del par.

Respecto del rechazo de entregas defectuosas:

Orange, en su escrito de denuncia, pone de manifiesto que Telefónica remitía el mensaje “fin de trabajos” al día siguiente de finalizarse la ventana de prolongación. Con el fin de comprobar el estado de las entregas, Orange realizaba la prueba SELT anteriormente señalada y ante un resultado KO, Orange comunicaba a Telefónica el rechazo de estas entregas, remitiéndole a través del SGO un mensaje de “no ok”.

Sin embargo, Orange señala que el SGO no permitía tramitar estas incidencias y había que dar por finalizado el servicio para poder tramitar estas incidencias como averías.

² La prueba SELT (Single Ended Loop Testing) proporciona la facilidad de hacer pruebas de bucle desde un extremo de la línea XDSL sin necesidad de que el módem de usuario esté conectado, proporcionando información sobre la terminación (open/short) de la línea una vez realizada la desagregación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, para evitar dilaciones en la resolución de estas entregas defectuosas, Orange en el escrito de contestación al requerimiento de información de fecha 19 de noviembre de 2008 señala que estuvo utilizando el canal comercial de Telefónica para notificar todas las averías de postventa cuyo origen estuviese en la provisión del servicio. Es decir, utilizaba esta vía de comunicación con Telefónica para rechazar las entregas defectuosas.

Esta misma información es reiterada por Orange mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2009 en el que, además, aporta datos sobre los días empleados por Telefónica para solventar las entregas incorrectas desde noviembre de 2007 hasta junio de 2008, es decir, ante rechazos de entregas defectuosas.

Respecto de la apertura de incidencias de provisión en el SGO:

Es preciso señalar que Orange consideraba a una entrega como defectuosa o no en base a los resultados de la prueba SELT, tal y como se ha señalado anteriormente. Ante un resultado KO, Orange procedía a abrir en el SGO una incidencia de provisión.

En este sentido, Orange en el escrito de contestación al requerimiento de información de fecha 19 de noviembre de 2008 señalaba que, en el periodo comprendido entre noviembre de 2007 y marzo de 2008, procedió a la apertura (y posterior cierre) en el SGO de 9.969 incidencias de provisión, aportando documentación acreditativa de esta afirmación.

Sin embargo, a pesar de la posibilidad de abrir estas incidencias en el SGO, este sistema no permitía su posterior tratamiento y gestión.

Por ello, Orange comunicaba diariamente a Telefónica los resultados KO de la prueba SELT realizada en las prolongaciones de pares entregadas con el fin de que Telefónica procediera a su resolución. Asimismo, Orange señala que cuando estas incidencias de provisión no se solventaban satisfactoriamente, procedía a comunicar a Telefónica las correspondientes averías para su solución.

Orange alega que, hasta junio de 2008, las incidencias de provisión no se podían gestionar vía SGO y que, a partir de esa fecha, el SGO ya permitía la gestión completa de este tipo de incidencias hasta su finalización satisfactoria.

Tercero.- Valoración de la documentación aportada.

De acuerdo con la OBA, Telefónica entrega el servicio mediante el correspondiente formulario Web enviado al operador alternativo a través del SGO y éste podrá aceptar o rechazar la entrega mediante el SGO. Si el operador alternativo considera que la entrega del servicio ha sido defectuosa procederá a la apertura de una incidencia de provisión, también, por el SGO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto del rechazo de entregas defectuosas:

Ha quedado acreditado de la documentación obrante en el expediente que cuando se finalizan los trabajos de provisión, Telefónica envía por el SGO un mensaje al operador alternativo de “fin de trabajos”.

Asimismo, de los distintos requerimientos de información practicados se concluye que ante entregas defectuosas, los operadores alternativos podían mostrar su rechazo a través del SGO. En el caso concreto de Orange, este operador introducía en el sistema un mensaje de “no ok”. No obstante, como no se podía continuar con la tramitación de la incidencia Orange remitía diariamente un fichero a Telefónica comunicándole las entregas defectuosas en base a los resultados KO de la prueba SELT y, por tanto, su rechazo.

De todo lo anterior, se puede concluir que los operadores alternativos podían rechazar entregas defectuosas de los servicios provisionados por Telefónica a través del SGO aunque no podían continuar la gestión de las incidencias a través del mismo.

Respecto de la apertura de incidencias de provisión en el SGO:

De la documentación aportada por Telefónica ha quedado probado que, ante entregas defectuosas, los operadores alternativos podían abrir incidencias de provisión en el SGO. Es necesario tener en cuenta que el objeto del presente procedimiento sancionador es la imposibilidad de abrir incidencias en el SGO.

Todo ello, sin perjuicio de que, por otro lado, haya quedado acreditada la existencia de determinadas dificultades que imposibilitaban la gestión de estas incidencias de provisión a través del SGO.

Telefónica ofreció distintas alternativas a los operadores para solucionar estas incidencias, incluyendo tanto un procedimiento de contingencia manual como la gestión de las mismas como averías. Telefónica ofreció la utilización de medios alternativos, incluso más costosos para ella que los tradicionales, como es la utilización de su canal comercial para solucionar las incidencias en las entregas defectuosas o la comprobación de las entregas a través de un número telefónico habilitado para este fin. Es destacable el hecho de que Telefónica haya buscado soluciones alternativas y haya mantenido una actitud proactiva desde que los hechos fueron denunciados.

Al respecto, debe señalarse que Telefónica acordó con todos los operadores el procedimiento a llevar cabo durante un corto periodo de tiempo (hasta finales de mayo de 2008), adaptándose cada solución a los procedimientos internos de los operadores alternativos y constando la información básica en el SGO. Es decir, excepcionalmente y ante problemas concretos, Telefónica puso a disposición de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores todos sus medios, tanto técnicos como humanos, para que la entrega de los servicios de acceso al bucle no se viera afectada de forma sustancial ante esta concreta indisponibilidad del sistema.

Ha quedado probado, por tanto, que Telefónica al mismo tiempo que ofrecía el procedimiento de contingencia acordado con cada uno de los operadores, realizaba los desarrollos técnicos necesarios para implementar el procedimiento de gestión de incidencias ya que lo finalizaba a finales de mayo de 2008.

Asimismo ha quedado acreditado que Telefónica realizó distintas reuniones con los operadores para tratar, entre otros puntos, la gestión de incidencias a través del SGO. Además, se han aportado durante la tramitación del presente procedimiento numerosos correos electrónicos intercambiados con los operadores sobre distintos problemas en torno a las incidencias. Todo ello se enmarca dentro de una actitud conciliadora y, en todo caso, proactiva.

En conclusión, con anterioridad a junio de 2008 se permitía la apertura de incidencias de provisión en el SGO si bien existían determinadas dificultades para su ulterior gestión. No obstante, cabe señalar que Telefónica ha realizado esfuerzos para finalizar la implementación de dicho procedimiento en el SGO y, en la actualidad, es perfectamente posible ya no sólo la apertura de estas incidencias en el SGO sino su tramitación completa.

IV.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

Segundo.- Tipificación del hecho probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (apartado Décimo relativo a “*Indicios de hechos sancionables*”), el expediente se inició contra Telefónica por existir “*indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que en base a las actuaciones realizadas ha quedado constatada la imposibilidad de rechazar entregas de servicio defectuosas y abrir incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos a través del SGO, incumpléndose así lo establecido en el texto de la OBA al respecto*”.

Sin embargo, según se determina en el Hecho Probado único de la presente propuesta de Resolución, tal y como se desprende de las alegaciones presentadas por Telefónica y por Orange y de las contestaciones a los requerimientos efectuados a los mismos, no ha quedado probado que Telefónica impidiera el rechazo de entregas de servicio defectuosas en el SGO a través de la apertura de incidencias de provisión tras la finalización de los trabajos.

Es por ello que una vez instruido el presente procedimiento se estima que no existen indicios suficientes de incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 sobre la modificación de la OBA en relación con la atención de las solicitudes del servicio de prolongación del par, en concreto, respecto de los rechazos de entregas defectuosas y de la apertura de las incidencias de provisión. Por tanto, no ha quedado acreditada la existencia de una infracción tipificada por la Ley.

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

RESUELVE

ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por Acuerdo de 29 de abril de 2008 por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por no haber incumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobada con fecha 14 de septiembre de 2006 por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, en relación con las solicitudes de prolongación de par.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu