



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión núm. 10/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de marzo de 2004, se ha adoptado el siguiente,

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE LAS DEFICIENCIAS ADVERTIDAS EN LAS LLAMADAS DE CLIENTES PRESELECCIONADOS CURSADAS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

DT 2003/1748

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito de ASTEL

La Asociación de Empresas operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) remitió a esta Comisión un escrito con fecha 22 de mayo de 2003, en el que expone cierta problemática que estaría afectando a los clientes preseleccionados.

ASTEL señala que llamadas de clientes preseleccionados que deberían cursarse por los operadores de preselección se pasan a cursar indebidamente por Telefónica de España, S.A.U., (en adelante, TESAU), y la incidencia se detecta tan solo cuando posteriormente TESAU emite factura por dichas llamadas. Indica ASTEL que se han identificado los siguientes casos:

- Clientes que sufren la incidencia de forma reiterada en diversos periodos de facturación, no siempre consecutivos
- Incidencias de preselección debidas a actuaciones de TESAU en sus centrales
- Falta de información de TESAU al cliente sobre efectos en preselección de determinados cambios administrativos o técnicos en la línea
- Llamadas afectadas por la programación del terminal denominado DOMO con el código de selección de operador de TESAU.

ASTEL considera que esta problemática genera perjuicios tanto a los clientes como a los operadores, desprestigiando, además, el servicio de preselección. Por ello, cree necesario habilitar medios de prevención así como mecanismos ágiles que eviten los perjuicios tanto a clientes como a operadores beneficiarios, y solicita que se modifique la Circular 2/2002 de esta Comisión de modo que se incluya lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que se establezca un procedimiento por el cual el operador afectado pueda comunicar este tipo de incidencia, con un tiempo de resolución mínimo.
- Que TESAU reintegre al operador preseleccionado para su regularización con el cliente las cantidades facturadas por TESAU.
- Que TESAU satisfaga una penalización al operador beneficiario por los perjuicios causados.

Segundo.- Periodo de información previa

Con fecha 16 de junio de 2003, esta Comisión juzgó oportuno abrir un periodo de información previa (DT 2003-937), al amparo del artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), con el fin de analizar la problemática descrita por ASTEL y la conveniencia de iniciar un eventual procedimiento administrativo.

Con fecha 3 de julio de 2003, esta Comisión requirió a TESAU información relativa a las cuestiones planteadas por ASTEL, requerimiento al cual TESAU dio respuesta por medio de un escrito recibido con fecha 21 de julio de 2003.

En el citado escrito, TESAU señala que el nivel de calidad global del servicio de preselección es muy superior al de otros servicios, y puede cifrarse en 0,15 reclamaciones por cada 100 líneas y trimestre, de las que únicamente 0,05 corresponden a averías reales. TESAU informa que, de enero a mayo de 2003, las incidencias registradas son 5.310, de las que únicamente 1.874 son imputables a TESAU. Asimismo, TESAU indica que *“no se han planificado medidas correctoras ni se tiene previsto adoptarlas”* al no haberse podido deducir que las averías respondan a situaciones tipificables y susceptibles de prevención. TESAU considera, además, que la existencia de reclamaciones puntuales le obliga a dedicar los recursos necesarios para su tratamiento e incluso a efectuar reembolsos, por lo que obviamente no responden a acción premeditada alguna.

Con fecha 15 de octubre de 2003, se recibe escrito de Tele2 Telecommunication Services, S.L. (en adelante, Tele2), en el que *“apoya y ratifica las alegaciones realizadas por ASTEL en su escrito, debido a que tanto Tele2 como sus clientes sufren incidencias idénticas a las citadas por ASTEL.”*

Así pues, en el periodo de información previa se ha puesto de manifiesto que existen un cierto número de incidencias de la naturaleza expuesta por ASTEL, cuya responsabilidad corresponde a TESAU. Dichas incidencias afectan directamente a los abonados preseleccionados, por lo que es probable su impacto en la percepción por los abonados de la facilidad de preselección, y TESAU no está tomando medidas correctoras por juzgarlas innecesarias.

Tercero.- Comunicación de inicio del procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de las circunstancias concurrentes, esta Comisión consideró adecuado iniciar un expediente administrativo para adoptar las medidas que se juzguen oportunas, con arreglo a las previsiones de la LRJPAC.

Con fecha 26 de noviembre de 2003 se comunica dicho trámite a los interesados, dirigiéndoles sendos escritos, mediante los cuales se les informaba de que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Cuarto.- Escrito de TESAU

Con fecha 19 de enero de 2004, se recibe escrito de TESAU en el realiza las siguientes manifestaciones.

TESAU reitera que el nivel de calidad global del servicio de preselección es muy superior al de otros servicios en términos de tasa de fallos por línea. TESAU pone de manifiesto que el número de incidencias ha sido, en el año 2003, de 28 reclamaciones por cada 100.000 números preseleccionados, de las que únicamente 8,4 eran responsabilidad de TESAU.

TESAU añade que las reclamaciones reiteradas son insignificantes, constando sólo 700 números sobre los que se ha presentado más de una reclamación, por lo que no se dan situaciones de desactivación reiterada de preselección salvo casos muy excepcionales.

Por lo anterior, TESAU solicita que se proceda al archivo del expediente.

Quinto.- Escrito de ASTEL

Con fecha 21 de enero de 2004, se recibe escrito de ASTEL en el que pondrá de relieve lo siguiente:

ASTEL considera que los problemas que ha denunciado provocan el consiguiente perjuicio tanto para el cliente, que no emplea los servicios por los que ha optado por causas ajenas a su voluntad, pudiendo duplicarse la facturación por haber contratado algún tipo de bono o tarifa plana, como para el operador preseleccionado, que recibe las consiguientes quejas.

ASTEL considera que la práctica totalidad de los casos no pasan de ser meros fallos accidentales, pero cree necesario un procedimiento para las situaciones descritas y los casos de preselecciones mal ejecutadas (Larga Distancia en lugar de Global). Según ASTEL, se logrará así que el cliente pague por los servicios de telecomunicaciones consumidos lo que le hubiera cobrado el operador con el que él ha deseado contratar, y que el cliente tenga un único interlocutor en todo el proceso. ASTEL solicita que se proceda a la modificación de los procedimientos de preselección mediante la inclusión del siguiente procedimiento:

1. El cliente informaría en primer lugar al operador preseleccionado.
2. El operador preseleccionado informa a TESAU del problema detectado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. TESAU realiza las comprobaciones pertinentes acerca de la existencia del problema y el montante facturado al cliente por error.
4. Si TESAU verifica el problema reintegra al operador las cantidades facturadas indebidamente y procede a la solución del problema, notificando la fecha a partir de la cual estará solucionado.
5. Si TESAU no verifica el problema, deberá probar que dicho problema en realidad no se ha producido.
6. Verificado el problema, el operador preseleccionado devuelve al cliente las cantidades facturadas por TESAU que excedan de lo que le hubiera costado al cliente cursar las llamadas por el operador preseleccionado, e informa al cliente de la solución del problema y del momento a partir del cual estará completamente solventado.

ASTEL desea señalar que, si bien las circunstancias señaladas pueden no considerarse muy graves desde el punto de vista cuantitativo, si lo son desde el punto de vista cualitativo, provocando el descrédito del servicio de preselección.

Sexto.- Escrito de ASTEL

Con fecha 28 de enero de 2004 se recibe un escrito adicional de ASTEL.

ASTEL señala que, en muchos casos, el cliente, al sufrir el problema, solicita directamente la inhabilitación de la preselección, con lo cual no se llega a interponer una reclamación a través del SGO.

ASTEL considera que los problemas denunciados generan graves perjuicios para los abonados que los sufren, ya que reciben un servicio bajo unas condiciones que ellos no han contratado, lo cual vulnera de forma directa los intereses económicos y sociales de los usuarios tal y como quedan recogidos en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

ASTEL añade que el procedimiento consistente en que el cliente reclame a TESAU no es eficaz, y en la mayoría de los casos supone que las consecuencias sean asumidas por el mismo cliente, quedando desprotegido de su derecho a ser indemnizado, además de que tiene que remitirse a TESAU como única solución ya que el operador de preselección no puede solucionar el problema. ASTEL cree que el operador preseleccionado sufre igualmente graves perjuicios, ya que los problemas ocasionados son percibidos por el cliente como errores del operador preseleccionado, siendo el resultado final, en muchos casos, que el cliente solicita la baja del servicio de preselección.

ASTEL expone que operadores de preselección han intentado realizar la gestión de reclamación en representación del cliente ante TESAU, pero TESAU manifiesta que debe ser el cliente el que contacte con ellos a través del 1004, contacto que puede dar lugar a prácticas de recuperación. Además, el operador preseleccionado suele ofrecer a su cliente la única solución que está en su mano, reintegrar la diferencia respecto al precio que hubiera satisfecho si las llamadas se hubieran cursado por el operador preseleccionado, por lo que se produce un grave perjuicio económico. ASTEL solicita que se proceda a la modificación de los procedimientos de preselección mediante la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inclusión del procedimiento de subsanación de errores propuesto en su escrito de fecha 21 de enero de 2004.

Séptimo.- Trámite de audiencia

Auna Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, Auna), Tele2, ASTEL y TESAU formulan alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto, conforme al artículo 84 de la LRJPAC.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) recoge la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento.

El artículo 11.4 de la citada Ley dispone lo siguiente: *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos de la Ley descritos en su artículo 3.”*

Adicionalmente, el artículo 48.3. e) establece que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta.”*

Asimismo, la CMT adecua sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, de conformidad con el artículo 48.1 de la citada Ley General de Telecomunicaciones.

Segundo.- Objeto del procedimiento

El objeto del procedimiento es la adopción de las medidas que se consideren oportunas en relación con la problemática descrita por ASTEL sobre llamadas de clientes preseleccionados cursadas por TESAU.

Tercero.- Mecanismos de preselección

En virtud de la ahora ya derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo, se impuso a TESAU la obligación de ofrecer los mecanismos de preselección. Por medio de diferentes Circulares de la CMT (Circulares 1/1999, 1/2000, 1/2001, 1/2002, 2/2002 y 1/2003) se han ido concretando aspectos necesarios para la adecuada puesta en práctica de la obligación de TESAU de ofrecer mecanismos de preselección.

La nueva LGTel deroga toda la normativa a la que viene a sustituir, pero en el punto 3 de su Disposición transitoria primera dispone lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.”

Además, la nueva LGTel se refiere a los mecanismos de preselección en su artículo 19, el cual señala que los operadores con poder significativo en el suministro de conexión a la red telefónica pública y utilización de ésta desde una ubicación fija, permitirán a sus abonados el acceso a los servicios de cualquier proveedor interconectado de servicios telefónicos disponibles al público en cada llamada, mediante la marcación de un código de selección de operador, y por preselección, con posibilidad de anularla llamada a llamada mediante marcación de un código de selección de operador.¹

Así pues, se mantienen las obligaciones vigentes de TESAU, como la de ofrecer los mecanismos de preselección, en tanto no se haya procedido al análisis del mercado correspondiente. Naturalmente, la obligación de TESAU de prestar dichos mecanismos sólo puede entenderse con ciertos niveles de calidad y con las debidas garantías, de forma que el servicio prestado cumpla el fin para el que fue concebido, cual es hacer posible la competencia en los servicios de telefonía en un contexto de posición de dominio o poder significativo en el suministro de acceso a la red telefónica.

Cuarto.- Valoración de la problemática planteada

Para valorar la problemática objeto de análisis en este procedimiento, tras precisarla, se examina, en primer lugar, su significación cuantitativa y, a continuación, su posible impacto en la percepción del servicio por parte del cliente y la viabilidad y conveniencia de adoptar medidas correctoras.

A. Problemática analizada

ASTEL señala que llamadas de clientes preseleccionados que deberían cursarse por los operadores de preselección se pasan a cursar indebidamente por TESAU. Se trataría, pues, de una desactivación inesperada de la preselección. Se entiende aquí que una desactivación de la preselección como la denunciada puede calificarse como indebida si no ha mediado el correspondiente procedimiento administrativo de inhabilitación o habilitación a favor de un tercero. No se analizan, pues, en este expediente eventuales casos de desactivación o modificación de la preselección sin consentimiento del usuario, sino únicamente aquéllos casos en que no se ha producido una petición de inhabilitación y la desactivación se da de forma inesperada y sin razón aparente.

En general, el proceso global de activación de la preselección puede verse de la forma siguiente: un abonado conectado a la red de TESAU, operador obligado a establecer procedimientos de preselección, solicita a un operador de acceso indirecto la activación de su preselección. Este operador inicia ante TESAU el correspondiente

¹ Lógicamente una vez realizado el análisis de mercado al efecto, dicha obligación se suprimiría si se detectara que TESAU no ostenta una posición de dominio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento de habilitación y, una vez completado, TESAU ejecuta en sus sistemas las acciones pertinentes. A partir de ese momento, la puesta en práctica de los mecanismos de preselección en lo que hace al encaminamiento de las llamadas, una vez ha finalizado la tramitación de una petición de activación de la preselección, reside completamente en los sistemas de TESAU. En dichos sistemas se ha debido modificar el perfil de abonado en las líneas preseleccionadas, de forma que las comunicaciones que se establezcan desde dichas líneas se encaminen a través del operador preseleccionado, a menos que se anteponga un código de selección al número de destino. En dicha operación no interviene el operador de preselección ni operador tercero alguno.

B. Valoración cuantitativa

De la información remitida por TESAU (1.874 incidencias de enero a mayo de 2003), puede deducirse que se producen alrededor de 370 incidencias mensuales. Esta cifra corresponde, aproximadamente, a 0,06 incidencias por cada cien líneas preseleccionadas y trimestre. En su último escrito, señala TESAU que el número de incidencias ha ido descendiendo desde mayo, hasta situarse en 8,4 incidencias por cada 100.000 líneas preseleccionadas para el conjunto del año 2003.

En todo caso, el número de incidencias registradas es menor a 0,10 por cada cien líneas preseleccionadas y trimestre. En una primera aproximación, podría considerarse una cifra relativamente baja, a la vista de los valores establecidos con carácter general para la telefonía fija, conforme a la Orden del Ministerio de Fomento, de 14 de octubre de 1999, por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. En efecto, entre los niveles mínimos de calidad para los proveedores del servicio telefónico fijo que tengan la consideración de dominantes, establece el siguiente: 4 avisos de avería por cada cien líneas y trimestre. Igualmente se fija en la citada Orden Ministerial un valor para la tasa de reclamaciones por facturación inferior al 5 por mil por trimestre, aunque no parece aplicable, ni siquiera a título comparativo, en este contexto.

El citado valor de 4 avisos de avería por cada cien líneas y trimestre, referido a avisos válidos de avería, es muy superior al citado valor de 0,10. Sin embargo, no pueden compararse dichos valores de forma directa, ya que debe tenerse en cuenta que se refieren a supuestos bien distintos. Los niveles mínimos de calidad fijados por Orden Ministerial se entienden aplicables a un servicio global de telefonía en acceso directo. El valor de referencia incluye, por ello, los avisos de avería relativos a una variada casuística, desde las averías en la red de acceso, que corresponden con diferencia a la mayor parte del total de avisos de avería, hasta las relativas a las facilidades suplementarias.

Por el contrario, las reclamaciones de preselección constituyen un supuesto muy concreto, y dada la notablemente menor complejidad del servicio respecto al servicio en acceso directo que se ve afectado por las averías de la red de acceso, resulta llamativo el número de incidencias que se ha comentado.

Ahora bien, en la información hecha pública por TESAU relativa a "*Parámetros de calidad del servicio telefónico fijo disponible al público*", en los datos correspondientes al cuarto trimestre de 2003, se distinguen averías de red de acceso y averías de resto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red. Se dan ahí los valores de 3,56 averías de red de acceso por cada cien líneas y trimestre, y 0,39 averías de resto de red por cada cien líneas y trimestre.

Evidentemente, el servicio de preselección no está relacionado con las averías de red de acceso, sino que el valor que en todo caso podría tomarse para una comparación sería el de averías de resto de red. Tomando dicha información, se observa que el porcentaje de incidencias de preselección es menor (0,10 ó 0,06 frente a 0,39 incidencias por cada cien líneas y trimestre), si bien esa diferencia podría ponerse en relación con la menor complejidad del servicio de preselección. En cualquier caso, podría aceptarse, a la vista de estas cifras, que el número de incidencias registradas es suficientemente bajo, y que la información disponible no permite afirmar que en la prestación del servicio de preselección se incumpla de forma flagrante el nivel de calidad esperable en un servicio mayorista de estas características.

C. Impacto en percepción del cliente

A la vista del número total de incidencias, del orden de unos pocos miles al año, debe reconocerse que el perjuicio económico directo causado a los operadores de preselección por las llamadas no cursadas (y, por tanto, no facturadas) como consecuencia de la desactivación de la preselección es ciertamente limitado. Sin embargo, resulta claro que la desactivación repentina de la preselección, que además no suele detectarse hasta que termina el periodo de facturación correspondiente, provoca un perjuicio a los clientes que la sufren y afecta, con toda seguridad, a su percepción del servicio. La desactivación inesperada de la preselección es una irregularidad que afecta directamente al propio fin para el que se han diseñado los mecanismos de preselección (el hacer posible la elección del operador que cursará las llamadas) al mermar claramente la confianza de los abonados directamente afectados en los mecanismos de preselección, a la vez que puede diseminarse la desconfianza hacia el uso de la preselección como forma alternativa segura y fiable de realizar llamadas telefónicas por otros operadores competidores, todo lo cual conlleva un efecto nada beneficioso para la situación de competencia en el mercado.

D. Responsabilidades

Como ya se ha comentado, la puesta en práctica de los mecanismos de preselección, en lo que hace al encaminamiento de las llamadas una vez ha finalizado la tramitación de una petición de activación de la preselección, reside completamente en los sistemas de TESAÚ, en los cuales debe modificarse el perfil de abonado en las líneas preseleccionadas. En dicha operación no interviene el operador de preselección ni operador tercero alguno, por lo que cabe concluir que la responsabilidad de las incidencias del tipo analizado recae exclusivamente en TESAÚ. En efecto, la desactivación de la preselección sin que medie el correspondiente procedimiento administrativo es una incidencia perfectamente localizada en los sistemas de TESAÚ (activada de forma automática o por actuación humana involuntaria en 'comunicación hombre-máquina'), y es únicamente TESAÚ, en colaboración con los suministradores de sus sistemas, quien puede tomar las medidas correctoras correspondientes destinadas a resolver una incidencia concreta y, en su caso, medidas para la prevención de carácter general.

Debe recordarse en este punto que TESAÚ señaló que no consideraba necesarias dichas acciones. TESAÚ argumenta que no ha planificado acciones correctoras por no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estar garantizado que las averías respondan a situaciones tipificables y susceptibles de prevención, pero podría considerarse una conclusión a priori que no obedece a un estudio detallado de la problemática denunciada.

De lo anterior debe concluirse que, si a la vista de la evolución de la calidad de prestación del servicio de preselección, se estimara necesario adoptar medidas destinadas directamente a la prevención de las incidencias, éstas deberían ir dirigidas a TESAU, que, por lo demás, no parece dar excesiva relevancia a su existencia.

Quinto.- Posibles medidas

Se ha visto que se da un cierto número de incidencias de efecto perjudicial para la confianza de los abonados en los mecanismos de preselección, lo cual conlleva un efecto nada beneficioso para la situación de competencia en el mercado, dada la finalidad de la propia existencia de dichos mecanismos, por lo que es conveniente estudiar qué medidas son adecuadas, teniendo en cuenta igualmente el nivel global de calidad del servicio.

A. Medidas de prevención

Aunque cabría pensar en la adopción de medidas consistentes en instar a TESAU a ejecutar acciones preventivas concretas destinadas de forma directa a evitar las incidencias, ello no resulta práctico, ni siquiera viable, toda vez que las incidencias se encuentran claramente localizadas en los sistemas de TESAU, y sólo puede ser TESAU, con la colaboración de sus suministradores, quien determine las acciones preventivas más convenientes y adecuadas en sus sistemas.

ASTEL solicita que TESAU satisfaga una penalización al operador beneficiario por los perjuicios causados. Podría interpretarse dicha penalización como una medida que contribuiría al mismo fin de prevención de las incidencias, aun haciéndolo de forma indirecta, por medio del establecimiento de incentivos para TESAU a fin de que planifique y ejecute las acciones correctoras y preventivas que estime más idóneas. Se entiende que dichos incentivos deberían ser objetivos, transparentes y proporcionales al fin perseguido.

El establecimiento de penalizaciones podría ciertamente trasladar a TESAU un mayor incentivo para estudiar la prevención de las incidencias. Ahora bien, podría resultar desproporcionado el establecer una penalización, a la vista del análisis cuantitativo que se ha realizado de las incidencias.

B. Medidas relativas a la gestión de las incidencias

ASTEL solicita también que se establezca un procedimiento por el cual el operador afectado pueda comunicar este tipo de incidencias, con un tiempo de resolución mínimo². Pero la Circular 1/2001³ ya establece que TESAU debe disponer de un sistema de gestión de incidencias, cuyas funcionalidades mínimas se revisaron en el

³ En el segundo inciso del punto tercero de la citada Circular se indicaba “El operador de acceso deberá disponer de un sistema de gestión de incidencias para la fase de procedimientos administrativos (reclamaciones de provisión), y la fase de servicio (reclamaciones de infraestructura), así como de un sistema de información y consulta del estado de las solicitudes de preselección.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento que concluyó en la resolución de 30 de mayo de 2002⁴. Por ello resulta fácilmente comprensible que debe ser el sistema de gestión de incidencias el canal de comunicación para todo tipo de reclamaciones, incluidas las desactivaciones repentinas de preselección que son aquí objeto de análisis. En lo que respecta a un plazo mínimo de resolución, éste queda, según la Circular, sujeto a la libre negociación entre las partes, si bien se recogen unos valores de aplicación en caso de desacuerdo⁵.

Tanto la existencia del citado sistema como los plazos máximos de resolución de incidencias se recogen ya en numerosos acuerdos de interconexión suscritos por los operadores de preselección con TESAÚ, por lo que no se observa la necesidad de medidas adicionales al respecto. Sí es cierto que la mera existencia de un plazo máximo de resolución sin una penalización asociada a su incumplimiento podría considerarse insuficiente, pero no se han aportado datos que sugieran que TESAÚ no está resolviendo las incidencias con la debida diligencia.

Por otro lado, si se tiene en cuenta que las incidencias descritas afectan directamente a la propia finalidad de los mecanismos de preselección, contraviniendo el deseo de los abonados que expresaron su voluntad de que sus llamadas fueran cursadas por un determinado operador, está más que justificada la adopción de medidas que al menos den una respuesta satisfactoria a las incidencias del tipo descrito siempre que se presenten. Se deben estudiar las medidas imprescindibles para gestionar adecuadamente los casos, reducidos en número, en que se produzcan este tipo de incidencias.

ASTEL solicita, en particular, como parte integrante del procedimiento de subsanación de su propuesta, que se establezca la obligatoriedad para TESAÚ de realizar los reintegros que sean necesarios a través del operador de preselección en el marco de un procedimiento específico. Dicha medida contribuiría a que se respetara el vínculo comercial establecido entre el abonado y el operador de preselección para determinados servicios. Además, permiten ofrecer un punto de contacto único a los abonados que desafortunadamente sufran las incidencias y tengan, por tanto, derecho a ciertas devoluciones. Dicho punto de contacto único representaría una clara mejora desde el punto de vista del abonado respecto al procedimiento dual aplicado en la actualidad, en virtud del cual el abonado debe dirigirse al operador de preselección para que se resuelva la incidencia y a TESAÚ para conseguir la pertinente devolución. Además, es evidente que el punto de contacto único debe poder ser ofrecido por el operador de preselección, para lo que debe preverse un tratamiento específico de este tipo de reclamaciones en el ámbito mayorista que garanticen la efectividad del punto de contacto minorista. En el siguiente apartado se analiza un posible tratamiento específico de estas incidencias sobre la base de la propuesta de ASTEL, la única disponible.

⁴ Resolución, de 30 de mayo de 2002, por la que se adoptan medidas en materia de preselección.

⁵ El anexo IV de la citada Circular, que describe las características del sistema de gestión de incidencias de preselección en caso de no poder llegarse a un acuerdo, recoge en el apartado 6 lo siguiente: *"El operador de acceso deberá garantizar que en el 80 % de los casos contabilizados cada semana, el tiempo de resolución no supera los 5 días hábiles para las reclamaciones de provisión, y no supera los 3 días hábiles para las reclamaciones de infraestructura. En todo caso, se deberá garantizar la resolución de cualquier reclamación en un tiempo no superior a los 15 días hábiles."*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, no puede argumentarse que la puesta en práctica de dicho tratamiento específico de este tipo de reclamaciones en el ámbito mayorista vaya a introducir una complejidad administrativa inabordable, a la vista del reducido número de casos que se producen, como la propia TESAU ha puesto de manifiesto. Como ya se ha dicho, la obligación de TESAU de ofrecer los mecanismos de preselección sólo puede entenderse con ciertos niveles de calidad y con las debidas garantías, de forma que el servicio prestado cumpla el fin para el que fue concebido, y evidentemente ello incluye una gestión de incidencias satisfactoria en el ámbito mayorista que haga innecesario que los abonados preseleccionados se dirijan a TESAU para cuestiones relacionadas con los servicios prestados por sus competidores.

Sexto.- Tratamiento de las reclamaciones por desactivación indebida de la preselección

ASTEL ha remitido una propuesta de procedimiento para el tratamiento de las reclamaciones por desactivación indebida de la preselección. Dicha propuesta contempla, como se ha expuesto ya, la obligación de TESAU de dar adecuada respuesta a través de los puntos de contacto para reclamaciones de preselección. Según lo expuesto, esta es una obligación lógica destinada a dar una respuesta adecuada al cliente a través de un punto de contacto único. Por ello, se debe establecer la obligación de TESAU de atender los requerimientos de devolución que realice el operador preseleccionado en nombre del abonado, y ello en un plazo máximo razonable que podría ser de quince días hábiles.

Igualmente, prevé ASTEL en su propuesta que TESAU informe de la fecha de resolución de incidencia, y parece claro que ello forma parte de la mínima gestión de incidencias aceptable, por lo que no sería una obligación en modo alguno desproporcionado instar a TESAU a resolver la incidencia en el plazo máximo establecido en el correspondiente acuerdo de interconexión, manteniendo informado al operador preseleccionado del estado de su reclamación y de la fecha prevista de resolución.

No obstante, no puede aceptarse que, como parece proponer ASTEL, el operador preseleccionado retenga con carácter general parte de las cantidades reintegradas por TESAU como consecuencia de la reclamación. Se trata de cantidades facturadas indebidamente al abonado que deben dar lugar a una devolución al abonado, y únicamente se ha argumentado la conveniencia de que la devolución se realice a través del operador preseleccionado, el cual actúa como mero punto de contacto sin que deba retener importe alguno.

Tampoco parece razonable que, como sugiere ASTEL, se exija un pronunciamiento sobre en quién debe recaer la carga de la prueba de que una determinada incidencia no se ha producido; a menos que se demuestre inviable, debe operar el principio de la buena fe en este contexto de gestión de las incidencias de un servicio mayorista.

Séptimo.- Respuesta a alegaciones formuladas en el trámite de audiencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En sus alegaciones, TESAU reitera que el número de incidencias es ínfimo y que en ningún caso puede hablarse de acciones deliberadas. TESAU añade que está haciendo los mejores esfuerzos para reducir al mínimo este tipo de incidencias, como lo prueba el que vayan disminuyendo a lo largo de los últimos meses. Por ello, TESAU entiende que la única medida a la que debería quedar obligada debería ser la de proceder a la habilitación de preselección, y no debería establecerse el abono de cantidad alguna al operador de preselección.

TESAU expone que cuando un cliente reclama a través del canal comercial, su reclamación se remite al SGO y, según la causa, se procede a la devolución del importe tras el análisis de las facturas que permite contabilizar los importes a reembolsar. TESAU hace notar las dificultades de los reintegros a través del operador preseleccionado, ya que, a su juicio, se generarían situaciones conflictivas al perder TESAU el control de flujos económicos y no poder tener certeza de que el cliente ha percibido las cantidades reclamadas. TESAU añade que, en todo caso, de los importes a reintegrar al operador preseleccionado deberían detrarse los precios de interconexión que se habrían facturado si la llamada hubiera sido cursada por dicho operador. TESAU cree asimismo que, aunque no sea objeto del presente expediente, debería aplicarse la medida de manera recíproca a las preselecciones incorrectas (como las realizadas sin conocimiento o consentimiento del cliente) realizadas por otros operadores.

Esta Comisión ya ha señalado que el número de incidencias es limitado y en ningún momento las ha relacionado con acciones deliberadas por parte de TESAU. A las alegaciones de TESAU debe responderse que el procedimiento que TESAU parece considerar más apropiado adolece de graves deficiencias, como la falta de información al operador preseleccionado y la necesidad de que el abonado se dirija tanto a dicho operador como a TESAU para que se resuelva la incidencia y se proceda a la devolución. Por lo demás, la pretensión de retener los importes correspondientes a los servicios de interconexión que el operador preseleccionado habría utilizado de haberse cursado a través de su red las llamadas tampoco puede aceptarse, por la sencilla razón de que no puede solicitarse sin mayor justificación el cobro por unos servicios que no han sido prestados. Respecto a una eventual obligación, similar a la propuesta en el informe sometido a audiencia, que sería aplicable en sentido recíproco a los casos de preselección sin consentimiento del abonado, si bien no puede negarse que podría ser una medida de cierta lógica, no es una cuestión objeto de este procedimiento, como reconoce la propia TESAU.

ASTEL afirma que el informe sometido a audiencia minusvalora el número de incidencias, ya que no se tienen en cuenta los casos en que el cliente causa baja en la preselección sin presentar una reclamación o los casos en que TESAU soluciona el problema pero sin reconocer su existencia.

Auna considera que la cuantificación de las incidencias llevada a cabo en el informe adolece de falta de exactitud, puesto que una gran parte de los casos no son puestos de manifiesto por los clientes, los cuales directamente causan baja del servicio.

Tele2 discrepa de la valoración cuantitativa del informe sometido a audiencia, ya que considera que el número de incidencias por facturaciones erróneas es infinitamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayor al contemplado, al no contemplar las inhabilitaciones sin consentimiento del abonado ni las incidencias gestionadas por medios alternativos al SGO, como el fax, ni tampoco los casos de facturación incorrecta de las cuotas periódicas.

A lo anterior cabe responder que el análisis cuantitativo sólo puede hacerse sobre la base de los datos disponibles. Si bien pueden ser ciertas las limitaciones apuntadas en las alegaciones de ASTEL, Auna y Tele2, no se han aportado datos que sugieran que el número de incidencias sea de un orden de magnitud superior al valor ya comentado de 0,10 incidencias por cada cien líneas preseleccionadas y trimestre. Si es cierto que, de los valores suministrados por Tele2, podría desprenderse que se estarían alcanzando las 0,30 incidencias por cada cien líneas preseleccionadas y trimestre, pero no por ello dejarían necesariamente de ser válidas las conclusiones del análisis realizado.

ASTEL alega que los operadores de preselección sufren daños directos derivados del coste de tramitación de la incidencia, daños indirectos por el descrédito de los servicios prestados y lucro cesante por no haber cursado las llamadas de los clientes que sufren los errores y por los clientes que causan baja; todo ello debido a errores en los sistemas de TESAU, en lo que es un sencillo caso de negligencia o culpa que justifica una indemnización conforme al artículo 1.101 del Código Civil. Por ello, a juicio de ASTEL, deben contemplarse mecanismos de reparación de los perjuicios citados. Por un lado, ASTEL señala que existen casos en que el operador, para resarcirse del perjuicio económico por lucro cesante, debería poder retener parte de las cantidades facturadas indebidamente por TESAU en lugar de trasladarlas íntegramente al abonado; por otro lado, para ASTEL, estaría justificado que TESAU abonara una compensación, que estima en 3 ó 4 euros, por el coste directo de resolución de la incidencia. ASTEL considera que es una compensación proporcionada al efecto de cada incidencia, frente a la afirmación del informe que estima desproporcionado el establecimiento de una penalización.

Auna manifiesta que los problemas denunciados, si bien no se consideran una actuación intencionada de TESAU, provocan perjuicios a los clientes, que se ven privados de su libertad de elección de operador, y a los operadores de preselección, que dejan de percibir ingresos por las llamadas no cursadas y sufren la posible pérdida de clientes por el correspondiente descrédito del servicio de preselección. Auna señala que a dichos perjuicios se añade, además, el coste de las gestiones necesarias para dar una solución la situación generada por la incidencia. Auna considera que el operador preseleccionado debería poder optar entre la devolución íntegra al cliente, si tenía éste contratado algún bono o tarifa plana, o bien la devolución únicamente del exceso respecto a lo que hubiera costado cursar las llamadas por la red del operador preseleccionado.

Auna señala que, de manera análoga al derecho, reconocido en las Circulares sobre preselección, del operador de acceso a una contraprestación por las denegaciones por causa imputable al operador solicitante, debería reconocerse el derecho del operador preseleccionado a una compensación por los costes de gestión de las reclamaciones objeto del expediente, y, dada la correlación entre ambos casos, debería establecerse en la misma cuantía de 3,05 euros que fijó la Resolución de esta Comisión de fecha 17 de octubre de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tele2 afirma que el número de incidencias no ha ido decreciendo durante los últimos meses y que el alto número de incidencias causa un grave perjuicio a los operadores, desde el coste de gestión de la reclamación y el lucro cesante por los servicios no prestados hasta la pérdida de imagen ante los usuarios finales, que perciben que los servicios prestados por el operador preseleccionado no funcionan correctamente. Tele2 alega que el daño sufrido por la imagen del operador se incrementa si se tienen cuenta problemas como *“el descrédito que efectúa el operador dominante en las prácticas de recuperación sobre los servicios ofrecidos por el operador preseleccionado.”* Tele2 solicita que se fijen penalizaciones aplicables a TESAU ya que las incidencias causan perjuicios al operador preseleccionado y no existe, a juicio de Tele2, limitación jurídica a la imposición de penalizaciones.

Esta Comisión ya ha señalado que la responsabilidad por las incidencias descritas corresponde a TESAU y no niega que dichas incidencias perjudiquen a los operadores de preselección. Ahora bien, a la vista de las alegaciones formuladas, esta Comisión debe recordar que, como ya ha señalado en otras ocasiones, no es competente para la declaración de la existencia de los daños y perjuicios causados dentro de una relación contractual o la imposición de la obligación de su indemnización, ya que son cuestiones de derecho privado que deberán resolver los órganos de la Jurisdicción Civil (artículos 1.101 a 1.109 del Código Civil). Por ello, no corresponde a esta Comisión habilitar mecanismos mediante los cuales se indemnice a los operadores afectados por el deterioro de su imagen o por su lucro cesante. Sí sería viable, en cambio, la imposición de penalizaciones que incentiven el cumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios regulados. Sin embargo, como ya se ha comentado, ello no se considera en este momento la solución idónea, aunque naturalmente podrían introducirse penalizaciones según la evolución futura de la problemática estudiada en este procedimiento.

Tele2 considera excesivo el plazo máximo de resolución de incidencias de 15 días hábiles recogido en los acuerdos, ya que puede suponer que se facture incorrectamente al cliente final durante 75 días. Tele2 solicita que se establezca un plazo máximo de 3 días hábiles para la resolución de las incidencias de facturación.

Respecto al plazo de resolución de incidencias, cabe señalar que, en los acuerdos de interconexión que se han alineado con lo establecido en la Circular 1/2001, se recoge ya un tiempo de resolución máximo de 3 días hábiles para las reclamaciones de infraestructura, que se garantiza en el 80 % de los casos, mientras que el plazo al que alude Tele2 afecta únicamente al resto de los casos.

ASTEL añade que la resolución del presente procedimiento debe incorporarse a los actuales procedimientos de preselección aprobados por Circular de esta Comisión y solicita que se inicie el correspondiente procedimiento de modificación de Circular.

Esta Comisión no ha considerado conveniente iniciar un procedimiento de modificación de Circular, sino que juzga más adecuado, a la vista de las cuestiones planteadas, adoptar medidas en el presente procedimiento. Naturalmente, en una eventual revisión futura de la Circular que detalla los procedimientos de preselección, podrá tenerse en cuenta el efecto de las medidas adoptadas por la presente resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para incorporarlas a los procedimientos de la Circular, enmendándolas en lo que se juzgase necesario.

ASTEL coincide con el informe en que las relaciones entre los operadores deberán estar informadas por la buena fe de ambas partes, pero considera que ello no es óbice para que se incluya una previsión para dirimir eventuales conflictos, por lo que se debe recoger en el procedimiento que la carga de la prueba debe recaer sobre TESAU al ser único agente que puede aportar la información necesaria. ASTEL expone que si TESAU alegara que una incidencia comunicada por un operador no se ha producido, debería demostrar que no se cursó tráfico indebidamente.

Tele2 comparte lo expresado en el informe a audiencia respecto a que las relaciones entre los operadores deben basarse en el principio de buena fe, pero cree que es un hecho que se producen conflictos de interpretación de ambas partes sin que exista unas reglas para dirimir eventuales conflictos, por lo que se debe recoger en el procedimiento que corresponde a TESAU la carga de la prueba.

Ciertamente, esta Comisión coincide en que en casos conflictivos debe ser el operador que está en condiciones de suministrarla quien debe aportar la información aclaratoria de que disponga, pero no parece muy proporcionado, ni tal vez viable, que se exija a TESAU que demuestre que determinadas incidencias no han existido.

En razón de todo lo anterior, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- En caso de desactivación indebida de preselección, entendida como la inhabilitación total o parcial de preselección ejecutada sin haber mediado el correspondiente procedimiento administrativo de inhabilitación o de habilitación a favor de un tercero, TESAU deberá resolver la incidencia en el plazo máximo establecido en el correspondiente acuerdo de interconexión y mantendrá informado al operador preseleccionado del estado de su reclamación y de la fecha prevista de resolución.

Segundo.- En dichos casos, en un plazo de quince días hábiles desde que tenga conocimiento de la reclamación, TESAU deberá asimismo abonar al operador preseleccionado las cantidades facturadas indebidamente para que éste las traslade íntegramente al abonado.



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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque