



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 nº 38/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de octubre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2007/1435, INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, POR PRESUNTAS DEFICIENCIAS EN LAS BASES DE DATOS DEFINIDAS EN LA OFERTA DE REFERENCIA DEL BUCLE DE ABONADO Y EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE DICHO OPERADOR.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2007/1435, incoado a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de diciembre de 2007 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. /08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se definía el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordaba su notificación a la Comisión Europea (en adelante, Resolución del Mercado 11).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006 se aprobó por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la Resolución por la que se modificaba la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA).

TERCERO.- Con fecha 3 de octubre de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, FTES), por el que planteaba conflicto de acceso con la entidad Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, TESAU), procediéndose por esta Comisión a la apertura del expediente DT 2007/1192 sobre deficiencias de los servicios de información OBA (Documento 1 del presente procedimiento sancionador).

CUARTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 25 de octubre de 2007 se adoptó Orden de Inspección para que, en el marco del expediente DT 2007/1192, se procediera a practicar inspección en los sistemas informáticos de FTES. En cumplimiento de dicha Orden, con fecha 29 de octubre de 2007, se levantó Acta de inspección realizada en las oficinas de FTES sitas en Madrid (Documento 2).

QUINTO.- Con fecha 31 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 19 de julio de 2007 por la que se procedió al cierre y archivo de las actuaciones en relación con la ejecución de la Resolución de 21 de diciembre de 2006, por la que se determinan transitoriamente las condiciones de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de TESAU (Documento 3).

En dicho escrito se denuncia por parte de ASTEL la falta de disponibilidad y de actualización de las bases de datos mayoristas de TESAU.

SEXTO.- Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 se acordó iniciar la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por presuntas deficiencias en las Bases de Datos definidas en la Oferta de Referencia del Bucle de Abonado y en los sistemas de información de dicho operador (Expediente RO 2007/1435). (Documento 4).

En el Resuelve del mencionado Acuerdo se estableció lo siguiente:

***“Primero.-** Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., 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, consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, sobre la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U., y de la Resolución de 11 de mayo de 2006, que define el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (...)”.

El acuerdo de iniciación fue notificado a TESAU con salida del Registro de esta Comisión el 21 de diciembre de 2007 (Documento 5).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la instructora (Documento 6) en fecha 21 de diciembre de 2007, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

SÉPTIMO.- Con fecha 11 de enero de 2008 se dio traslado por el Secretario de esta Comisión a la instructora del presente procedimiento de la contestación remitida a TESAU sobre la solicitud de ésta de acordar la nulidad del Acta de inspección celebrada el día 29 de octubre de 2007, declarándose la no procedencia de la misma por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) (Documento 7).

OCTAVO.- En fecha 8 de febrero de 2008 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante legal de TESAU (Documento 8), respecto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador previamente notificado.

En el citado escrito, TESAU vino a alegar lo siguiente:

1. Sobre el cumplimiento de las condiciones y contenido de la base de datos establecida en la OBA y la inexistencia de discriminación.

Que el acuerdo de incoación del presente procedimiento determina la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) consistente en el incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2006 que define el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, y en concreto, la obligación de no discriminación establecida en dicha Resolución.

Que esta Resolución dispone una obligación genérica de no discriminación, la cual, conforme al principio de especialidad, desde el momento en que existe regulación especial como es la OBA, deja de ser aplicable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que en consecuencia, al haber regulación especial en la que se concreta esa obligación genérica, lo relevante es cumplir con la misma y, por lo tanto, como TESAU la ha cumplido, no habría infracción alguna.

Que la ambigüedad de los términos *“todo aquello que se ofrece a sí misma”* pone de manifiesto una clara situación de indefensión hacia TESAU al no estar claro qué debe y qué no debe poner a disposición de otros operadores.

Que en el seno del conflicto DT 2007/1192, esta Comisión está proponiendo modificar la OBA y las obligaciones concretas establecidas en la misma como *“instar a Telefónica a que las consultas a la base de datos sobre pares suministren de forma inmediata toda la información actualizada sobre pares de cobre que esté disponible para sus servicios minoristas”*. Este hecho, según TESAU, supone el reconocimiento de que dicha obligación no estaba recogida ni en la OBA, ni en ninguna otra Resolución, siendo por tanto cuando la propuesta de resolución se apruebe, una obligación exigible y, en su caso, sancionable su incumplimiento.

2. Sobre la vulneración del principio de tipicidad.

Que la pretensión de subsumir unos supuestos incumplimientos de actualización de la base de datos de pares prevista en el apartado 4 del Anexo I de la OBA o una supuesta actuación de TESAU consistente en no incluir determinados datos sobre los pares en los sistemas de información mayoristas de los que sí dispone para la provisión de sus servicios minoristas, en el tipo establecido por el artículo 53 r) de la LGTel, por incumplimiento de las resoluciones de 14 de septiembre y 11 de mayo de 2006, resulta contraria al principio de tipicidad.

Que en el caso del artículo 53 r) de la LGTel se establece un deber general de cumplir las resoluciones que dicte esta Comisión en materia de comunicaciones electrónicas, de forma que se configura un tipo infractor “en blanco”. Esto es, lo relevante será que el sujeto obligado por la norma incumpla algún deber previsto en una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que será la que defina la conducta concreta que ha de seguir el operador en cuestión.

Que la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y del derecho fundamental establecido por el artículo 25.1 de la Constitución Española exige que la definición por esta Comisión de las conductas susceptibles de constituir ilícito administrativo permita predecir con certeza al administrado las consecuencias de sus actos y omisiones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que el tipo establecido por el artículo 53 r) de la LGTel sobre la única y exclusiva base de un criterio formal como es *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión”* ha de ser definido, mediante dichas propias resoluciones, identificando las concretas conductas susceptibles de lesionar el bien jurídico protegido y que, por tanto, podrán ser sancionadas.

Que de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 surge la obligación regulatoria de que TESAU tenga efectivamente disponible la Oferta de Referencia y de que no imponga a los operadores solicitantes condiciones distintas de las normadas por esta Comisión.

Que la obligación de TESAU se agota en la medida en que formula de forma efectiva la *“Oferta de Referencia”* con los contenidos exigidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Esto es, TESAU cumplirá esas resoluciones si los operadores autorizados tienen la posibilidad de recibir el acceso y los demás servicios contemplados en ella, como son los servicios de información y acceso a las bases de datos.

Que si los operadores autorizados tienen incidencias o quejas sobre el cumplimiento de esas obligaciones, ello implica *“per se”* que TESAU ha cumplido con las obligaciones dimanantes de las resoluciones de la Comisión, ya que esas visitudes y denuncias presuponen que TESAU ha tenido su Oferta efectivamente disponible.

Que TESAU entendería que fuera sancionable el hecho de negarse a facilitar el acceso a la red o el acceso a los servicios de información que un operador solicitase o si condicionara impositivamente la prestación de esos servicios a condiciones distintas de las señaladas en el Anexo I de la Resolución presuntamente incumplida. Una posible falta de actualización de la base de datos de pares no sería más que una ejecución defectuosa de un servicio ofertado a los operadores.

Que las bases de datos de información de la OBA se han creado y se mantienen con datos existentes en las bases de datos internas de TESAU, las cuales, por su complejidad y elevada tasa de modificación y movimientos diarios, podrían contener algunos errores menores o faltas de actualización que se resuelven a través del Centro de Atención de Clientes del área comercial del Servicio para Operadores Nacionales.

Que TESAU ofrece, tal como establece la OBA, la información en la base de datos de pares individuales sobre la potencialidad del bucle para las modalidades mayoristas de acceso indirecto recogidas en la OBA y no se ofrece la información de todas las velocidades minoristas reclamadas por FTES, porque ni la OBA, ni ninguna otra disposición o resolución vigente lo exige.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Consideraciones sobre el Acta de inspección de 25 de octubre de 2007.

TESAU realiza una serie de alegaciones en relación con la información discrepante obtenida durante la inspección, diferenciando lo siguiente:

a) Cuando al operador no se le ofrecen datos del bucle y sí se ofrece información de disponibilidad para el servicio Imagenio/ADSL.

Que en la inmensa mayoría de estos casos, al operador se le informa correctamente de la falta real de datos sobre el bucle, es decir, no existen datos disponibles ni para los servicios mayoristas ni para los minoristas, con independencia de que en el ámbito minorista se adopten determinadas decisiones comerciales.

Que en los casos en los que se ofrece información incompleta, éstos deben considerarse errores del sistema, teniendo en cuenta que los mismos son muy escasos y que ocurren igualmente a nivel minorista.

b) Cuando el servicio de información de pares informa par “no válido” para la modalidad POTS_REPROA mientras que informa servicio Imagenio disponible.

Que en estos casos nos encontramos ante servicios no equivalentes con características totalmente diferentes en cuanto a velocidad de subida y velocidades garantizadas.

Que FTES recurre a los datos sobre la modalidad POTS_REPROA para tomar una decisión de validación comercial para su servicio de “IPTV”, al no disponer en el servicio de información de pares de una calificación directa para su particular servicio minorista.

Que FTES dispone de información detallada del par que le permitiría construir un criterio de validación comercial para cualquier servicio que deseara en el ámbito del acceso directo, de la misma manera que TESAU lo hace a partir de esos mismos parámetros para las modalidades de Acceso Indirecto.

c) Cuando al operador se le informa que el bucle “no es válido” para la modalidad de 3 Mb/s y en “telefonicaonline” (en adelante, TOL) se informa que es válido para un “servicio ADSL equivalente”.

Que en estos casos se trata nuevamente de la aplicación de un criterio comercial perteneciente al ámbito del servicio minorista.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que se pueden producir errores en la validación de los servicios minoristas, puesto que si se indica que el par no es válido para 2 Mb/s, pero se informa que el servicio minorista a 3 Mb/s está disponible, es bastante probable que no funcione correctamente, por lo que se debe considerar un error del sistema minorista y no exigir que se admita la solicitud mayorista.

d) Sobre las discrepancias encontradas en los ficheros de cobertura geográfica (listado de centrales/nodos y numeración asociada).

Que en 9 de los 11 casos analizados el motivo de rechazo fue debido a que las correspondientes líneas dependían de centrales o nodos cuya transmisión se había declarado, en los sistemas de red de TESAU, saturada para soportar servicios por encima de 2 Mb/s. Es decir, que realmente no era posible ofrecer la modalidad solicitada con un nivel de calidad aceptable temporalmente.

Que las bases de datos con los ficheros de cobertura que se publican en la actualidad ya tienen en cuenta esta información y por tanto ya no producen discrepancias por esta causa.

Que los otros dos casos fueron debidos a un error del propio sistema de validación de solicitudes, que las rechazó indebidamente, y que, al ser un sistema común para servicios minoristas, es de suponer que afectara por igual a dichos servicios.

e) Sobre la nulidad del Acta de inspección al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 24 y 25 de la CE.

Que resulta claro que el Acta de inspección es una auténtica prueba de cargo constituida contra TESAU, en base a la cual se incoa el procedimiento sancionador, y se constituyen los hechos imputados de conformidad a lo señalado en el propio acuerdo de iniciación.

Que cabe resaltar la falta de representatividad de los datos objeto de inspección, la no presencia de TESAU en la misma, la imposibilidad de acceder a los datos para poder ofrecer un análisis detallado de los mismos así como la preparación de los casos analizados por parte del denunciante.

Que si esta Comisión pretendía que el Acta de inspección se realizara al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento de la Potestad Sancionadora), se debería haber dado participación a TESAU en el marco del procedimiento en que se practicó la inspección, o al menos haber podido formular alegaciones, ya que las actuaciones previas (refiriéndose al procedimiento en el que se llevó a cabo la inspección) han de llevarse a cabo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en todo caso con pleno respeto de los derechos constitucionalmente recogidos, entre ellos el derecho de defensa.

Que la indefensión se agrava en atención al lugar de realización del Acta, ya que el acceso a los sistemas informáticos no se realizó desde una entidad “neutral”, sino desde la entidad denunciante; y a que una vez finalizada la inspección, se ofreció al operador denunciante la posibilidad de efectuar alegaciones, dirigiendo en realidad éste la actuación inspectora.

Que se está vulnerando el principio de contradicción y de igualdad de armas que necesariamente debe regir en un procedimiento administrativo.

Que esta Comisión justifica la declaración de confidencialidad relativa a los pares por tratarse de información sobre números pendientes de calificar, y sin embargo, procede a dar a conocer la información relativa a solicitudes de acceso en curso, por tener TESAU conocimiento de las mismas.

Que TESAU entiende que la citada justificación para mantener la confidencialidad de los datos previamente señalados ha perdido su vigencia, puesto que el denunciante ha tenido tiempo sobrado para cursar las mencionadas solicitudes, razón por la cual TESAU solicita el acceso a la información completa de la inspección con el fin de garantizar la posible defensa de sus intereses.

Por otra parte, en el escrito de alegaciones de referencia el representante de TESAU solicitó la apertura de un periodo de prueba, a fin de que se practicase:

“DOCUMENTAL: Consistente en que se tenga por aportada al presente expediente sancionador la totalidad de la documentación aportada por Telefónica de España al presente escrito de alegaciones (Documentos 1 a 3)”.

NOVENO.- Mediante escrito de la instructora de fecha 8 de mayo de 2008 se incorporaron al presente procedimiento sancionador determinados documentos obrantes en el expediente DT 2007/1192 por ser relevantes para la instrucción (Documento 9). En concreto se incorporaron los siguientes:

1. Escrito de alegaciones de TESAU de 17 de diciembre de 2007 (Documento 10).
2. Escrito de alegaciones de TESAU de 18 de enero de 2008 (Documento 11).

DÉCIMO.- Con fecha 8 de mayo de 2008 se remitió escrito por parte de la instructora del presente procedimiento al Secretario de esta Comisión por el cual solicitaba se tuviera en cuenta la petición realizada por TESAU en su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

escrito de 4 de febrero de 2008, relativa al acceso a determinada información utilizada en la inspección (Documento 12).

UNDÉCIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 27 de mayo de 2008 se procedió a levantar la confidencialidad de los datos solicitados por TESAU en su escrito de 4 de febrero de 2008 respecto del Acta de inspección celebrada los días 29 a 31 de octubre de 2007 en las dependencias de FTES (Documento 13).

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de julio de 2008, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución en la que propuso (Documento 14 del expediente):

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal de 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 haber incumplido la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, y de la Resolución de 11 de mayo de 2006, que define el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales.

SEGUNDO. Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal una sanción económica por importe de VEINTE MILLONES de EUROS (20.000.000 €).”

DECIMOTERCERO.- La Propuesta de Resolución fue notificada a TESAU el día 23 de julio de 2008, mediante escrito de la instructora del mismo día (Documento 15 del expediente).

DECIMOCUARTO.- Mediante escrito de 14 de agosto de 2008, con entrada en el Registro de esta Comisión el 19 del mismo mes, el representante legal de TESAU solicitó ampliación de plazo para realizar las alegaciones oportunas de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC, siéndole el mismo otorgado por esta Comisión.

DECIMOQUINTO.- En fecha 19 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU frente a la Propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento 17 del expediente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento, el siguiente **HECHO**:

ÚNICO: Que Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, no tiene habilitadas correctamente las bases de datos de información previstas en la OBA, las cuales o no suministran información o la suministran de forma discrepante a la que ofrece para sus servicios minoristas.

Según consta en las actuaciones realizadas durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, existe una importante falta de actualización de las bases de datos que debe ofrecerse por parte de TESAU a los operadores alternativos en virtud de lo estipulado en la OBA, no suministrando información o haciéndolo de forma discrepante con la que ofrece TESAU para sus servicios minoristas.

En el caso de que un particular esté bajo cobertura del servicio de bucle desagregado, una vez se determina la existencia de cobertura o no, resulta necesaria la caracterización del par para determinar la viabilidad de proveer un servicio de banda ancha sobre un par en el caso de que el servicio solicitado incluya la televisión.

Mientras que la comprobación de cobertura se puede realizar en tiempo real por los operadores desarrollando su propia aplicación a partir de una serie de ficheros y bases de datos que le proporciona TESAU, la comprobación de las características del par implica un acceso y consulta al Sistema de Gestión de Operadores (SGO)¹ donde se debe interpretar la información que se ofrece sobre un determinado par. Este proceso consiste en la consulta de forma individual a través de la base de datos de pares de cobre individuales de las características del par. En concreto se consulta el valor de atenuación y la potencialidad del bucle para soportar las diversas modalidades de acceso indirecto.

Pues bien, se realizaron inspecciones durante los días 29, 30 y 31 de octubre de 2007 en la sede del operador FTES, con el **objeto de verificar la existencia de discrepancias sobre la viabilidad de prestar los servicios de banda ancha y televisión solicitados por los particulares que contactaban con FTES**, entre los valores obtenidos utilizando el SGO y las bases de datos definidas en la OBA por un lado, y la información suministrada por el servicio

¹ Interfaz mediante sistema web vía Internet que permite a los operadores alternativos acceder a los procedimientos administrativos y los servicios de información y bases de datos definidos en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de consulta pública de cobertura de los servicios minoristas de TESAU disponible a través de su página web www.telefonicaonline.com por otro. Así:

- 1) Se verificaron directamente por parte de los inspectores actuantes los listados de todos los números pendientes de caracterizar derivados de solicitudes reales de usuarios finales que entraron en los sistemas internos de FTES a partir del día 27 de octubre de 2007. El total de solicitudes recibidas para servicios de banda ancha y televisión fue de 781 números de abonado.
- 2) De las anteriores solicitudes se contabilizaron los casos en los que, analizando los datos de los servicios de información de la OBA sobre cobertura y características del par, se obtuviera una valoración negativa de la disponibilidad del servicio solicitado por el particular, distinta de la obtenida consultando la cobertura de un servicio minorista equivalente de TESAU en su web.
- 3) En este sentido, se obtuvieron discrepancias entre la información obtenida siguiendo el procedimiento anteriormente descrito y la información ofrecida mediante la consulta pública de cobertura de los servicios minoristas "Imagenio" y "ADSL" de TESAU en la página web www.telefonicaonline.com. Los resultados obtenidos fueron los siguientes diferenciando sus casuísticas:

Consulta SCRABA	Consulta servicios minoristas TESAU
No hay datos	Información sobre disponibilidad Imagenio/ADSL
Datos Incompletos (Campo de atenuación y/o modalidades soportadas vacío)	Información sobre disponibilidad Imagenio/ADSL
Par no válido para soportar modalidad POTS_REPROA ²	Servicio Imagenio ³ disponible
Par no válido para soportar modalidad ADSL (POTS_AD3008 ⁴)	Servicio Imagenio NO disponible, pero sí servicio ADSL equivalente ⁵

² POTS_REPROA: Anotación utilizada en el SGO para la modalidad mayorista de acceso indirecto de 4 Mbit/s con reserva 50%, también denominada ACG Avanzada.

³ El servicio minorista de Imagenio de TESAU implica disponer de una capacidad de 6 Mbit/s con importantes requerimientos de calidad en cuanto a retardos y tasa de errores.

⁴ POTS_AD3008: Anotación SGO para la modalidad mayorista de acceso indirecto de 3 Mbit/s sin reserva, también denominada Máxima (A). Los valores 3 y 4 de este campo indican que el bucle es potencialmente válido para soportar las velocidades asociadas a dicha modalidad.

⁵ El servicio minorista ADSL de TESAU implica disponer de una capacidad de 3 Mbit/s equivalente al servicio mayorista en la modalidad ADSL POTS_AD3008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez contabilizadas las discrepancias en relación con el total de las solicitudes pendientes de caracterizar recibidas se obtuvieron los siguientes resultados:

Fecha de solicitudes pendientes	Nº solicitudes con discrepancia	Nº solicitudes pendientes de caracterizar	Porcentaje de discrepancias
27-10-07	89	412	21,60%
28-10-07	7	65	10,77%
29-10-07	45	179	25,14%
30-10-07	22	110	20,00%
31-10-07	3	15	20,00%
<i>Agregado (días 27, 28, 29, 30 y 31)</i>	166	781	21,25%

Por lo tanto, tal y como se desprende del Acta, para el **21,25% de los números telefónicos** contenidos en la base de datos interna de FTES sobre solicitudes de particulares de servicios que pueden suministrarse a través de acceso desagregado al bucle y que necesitan conocer las características del par, **la consulta vía SGO devolvía resultados discrepantes respecto a la consulta de la cobertura del servicio minorista Imagenio/ADSL disponible en la web de telefonicaonline**. Es decir, existieron discrepancias entre la información obtenida en la consulta a la base de datos de pares de cobre individuales y la información sobre la disponibilidad del servicio minorista Imagenio/ADSL para **1 de cada 5 solicitudes pendientes de caracterizar por FTES entre los días 27 a 31 de octubre de 2007 que se corresponden con solicitudes de alta de servicios de banda ancha y TV por parte de clientes reales**.

En la siguiente tabla se muestran de forma desagregada los porcentajes de cada una de las cuatro casuísticas detalladas con anterioridad que fueron detectadas en el marco de la inspección. Dicha información se ofrece en relación al total de solicitudes analizadas (781) así como en relación al total de solicitudes con información discrepante (166):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Imagenio	ADSL minorista	Datos del par en BBDD mayorista	Número solicitudes discrepantes (166)	% sobre Total solicitudes analizadas (781)	% sobre total discrepantes (166)
DISPONIBLE		SIN DATOS	129	16,5%	77,7%
NO DISPONIBLE	Tipo ADSL disponible (1, 3 o 10 Mbit/s)	SIN DATOS	21	2,7%	12,7%
NO DISPONIBLE		SIN DATOS	5	0,6%	3,0%
DISPONIBLE		Sin datos sobre atenuación par	3	0,4%	1,8%
DISPONIBLE		Datos sobre atenuación par, pero par no válido para mayorista 4 Mbit/s con 50%	3	0,4%	1,8%
DISPONIBLE		Sin atenuación y tampoco válido para 4 Mbit/s con reserva 50%	4	0,5%	2,4%
	Válido para 3 Mbit/s	No válido para 3 Mbit/s	1	0,1%	0,6%

Como se puede observar **la mayoría de los casos considerados discrepantes (150 solicitudes de un total de 166), es decir, un 90,4% de los mismos**, corresponde a la casuística en la cual existe una **total falta de información del bucle en el sistema de consulta mayorista** y sin embargo sí se ofrece disponibilidad del servicio a nivel minorista.

Asimismo, se recogen los porcentajes para el resto de los casos: (i) un **1,8%** del total de solicitudes discrepantes corresponde a aquéllas en las que existían datos incompletos en la base de datos mayorista pero información de disponibilidad del servicio a nivel minorista, (ii) un **4,2%** del total de solicitudes discrepantes corresponde a aquéllas en las que se indicaba que el par no era válido para soportar la modalidad mayorista de acceso indirecto de 4 Mbit/s con reserva del 50% pero el servicio minorista de Imagenio sí estaba disponible, y un tercer caso, en el que (iii) un **0,6%** del total de las solicitudes discrepantes se indicaba que el par era no válido para soportar la modalidad mayorista de acceso indirecto de 3 Mbit/s sin reserva y sin embargo el servicio minorista de ADSL de 3 Mbit/s sí estaba disponible.

- 4) También se comprobó vía telefónica (llamando al número 1004 de atención al cliente de TESAÚ) la posibilidad de contratación del servicio minorista Imagenio y/o ADSL sobre un subconjunto de números de abonado, en concreto, sobre un 26% de aquéllos en los que se habían observado las discrepancias anteriormente descritas.

En este caso, se obtuvieron discrepancias entre los resultados de ambas consultas para el 16,27% de los casos. En todos ellos el agente del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio telefónico del 1004 de TESAU o (i) no proporcionaba la información sobre la disponibilidad del servicio alegando que no se correspondía a una numeración de TESAU (11,58% de los casos), o (ii) contestaba que el servicio de Imagenio no estaba disponible para el número de teléfono en cuestión mientras que el resultado de la consulta web era positivo o contestaba que la central a la que pertenecía el número de teléfono sí disponía de cobertura para el servicio de Imagenio pero que el par por sus características no podía soportar dicho servicio (4,69% de los casos).

En conclusión, según se desprende del Acta de inspección, existe una importante falta de actualización de la base de datos que debe ofrecerse por parte de TESAU a los operadores alternativos en virtud de lo estipulado en la OBA, no suministrando información o haciéndolo de forma discrepante con la que ofrece TESAU en sus servicios minoristas.

III. 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, 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, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (apartado 3 relativo a “*Valoración de las actuaciones practicadas*”), el expediente se inició contra TESAU por existir “*indicios suficientes de incumplimiento, por una parte, del punto 4.5 de la OBA, aprobada por Resolución de 14 de septiembre de 2006, según el cual Telefónica dispondrá de una base de datos actualizada sobre todos los pares de cobre correspondientes a bucles de abonado activos o vacantes y, por otra parte, de la obligación tercera de no discriminación impuesta a Telefónica según la Resolución de 11 de mayo de 2006, que define el Mercado 11 referente al acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales, según la cual debe proporcionar servicios de información de la misma calidad a los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones*”.

Según se determina en el Apartado II de la presente Resolución (Hecho Probado Único), como se desprende de la inspección llevada a cabo y de los resultados obtenidos en la misma, queda probado que existe una importante falta de actualización de la base de datos de pares que debe ofrecerse por parte de TESAU a los operadores alternativos, no suministrando información o haciéndolo de forma discrepante con la que ofrece TESAU en sus servicios minoristas.

Es por ello que una vez instruido el presente procedimiento se estima que existen indicios suficientes de incumplimiento, por una parte, de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 y, por otro, de la Resolución de 11 de mayo de 2006, que define el Mercado 11 referente al acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales.

Apartado 1. Incumplimiento por TESAU de la Resolución de 14 de septiembre por la cual se modifica la OBA.

El capítulo 4 de la Oferta aprobada por la Resolución de 14 septiembre de 2006 establece que TESAU debe ofrecer el acceso a las siguientes bases de datos de información:

- Base de datos de edificios y repartidores de pares de cobre de abonado
- Base de datos de unidades básicas
- Base de datos de pares individuales
- Relación de demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto y lista de PAIs.

En concreto, en lo relativo a la **base de datos de pares de cobre individuales**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se señala que “Telefónica dispondrá de una base de datos actualizada sobre todos los pares de cobre correspondientes a los bucles de abonado activos o vacantes, por cada repartidor principal, susceptibles de acceso por otros operadores”.

Esta base de datos debe incluir, según dispone la OBA, determinada información para cada par de cobre dependiente de un repartidor o elemento de red equivalente, en concreto:

- Código MIGA u otro código identificativo del edificio y repartidor al que pertenece
- Código identificativo de la unidad básica a la que pertenece
- Número de teléfono del par de abonado (sólo pares activos)
- Identificador único del bucle
- Dirección postal completa en caso de par vacante con acometida no-ICT
- Dirección postal completa donde se ubica la caja terminal en caso de par vacante con acometida ICT
- Tipo de unidad básica a la que pertenece (corta, media, larga, muy larga)
- Tipo de cable
- Número de tramos que constituyen el par
- Información de grupo, par y caja de cada tramo
- Calibre de cada tramo
- Tipo de cable de cada tramo
- Longitud total del bucle en metros
- Número de ramas
- Atenuación teórica del bucle
- Potencialidad máxima para prestación de servicios basados en ADSL, en las modalidades del servicio de acceso indirecto contempladas en el apartado 1.4.5.1 (sobre POTS, sobre RDSI, con microfiltros)
- Bucle equipado con PTR, TR1, splitter de abonado, bucle vacante
- Par caracterizado para un operador: indicar operador y fecha de caracterización

Pues bien, como se desprende de la inspección realizada en la sede del operador FTES, donde se comprobaron las características de determinados pares pertenecientes a una serie de solicitudes del servicio de banda ancha con TV que estaban bajo la cobertura del bucle desagregado, mediante la consulta de forma individual a través de la base de datos de pares de cobre individuales que exige la OBA, se comprobó que (i) en unos casos la consulta no volcaba ningún tipo de dato, (ii) la consulta ofrecía datos incompletos, no ofreciendo información como la atenuación o las modalidades soportadas por el bucle, (iii) o la consulta informaba que el par no era válido para soportar una determinada modalidad de servicio que en la consulta del servicio minorista TESAU sí ofrecía.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, se determina que la base de datos de pares de cobre individuales no está completa, actualizada ni es coherente con la información que TESAU ofrece a nivel minorista, resultando ser una información no fiable para los operadores alternativos.

En conclusión, TESAU ha incumplido el apartado 4.5 de la OBA, aprobada por Resolución de 14 de septiembre de 2006, según el cual TESAU dispondrá de una base de datos actualizada sobre todos los pares de cobre correspondientes a bucles de abonado activos o vacantes, incurriendo con ello en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel.

Apartado 2. Incumplimiento de la Resolución de 11 de mayo de 2006 por la que se definía el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 11 de mayo de 2006, se definió el Mercado 11 referente al acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales, determinando que TESAU tiene individualmente poder significativo en el mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, y en el Anexo 2, apartado 8, de la LGTel. En dicha Resolución, publicada en el BOE de 24 de mayo de 2006, se imponen a TESAU, entre otras, las obligaciones de acceso, transparencia, y no discriminación en el citado mercado, en los términos siguientes:

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

- a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1.d) de la LGTel, 10 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados) y art. 12 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en adelante Directiva de Acceso).

2º. Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado. TESAU está obligada a la publicación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso).

3º. Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle. La obligación de no discriminación en las condiciones de acceso se regula en los artículos 13.1.b) de la LGTel, 8 del Reglamento de Mercados y artículo 10 de la Directiva de Acceso. En base a ello, TESAU debe implantar en su red pública telefónica fija los medios necesarios para la provisión de acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporcionan a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

La primera de las obligaciones señaladas, de atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, según señala la propia Resolución, implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligada a *“facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso desagregado al bucle de abonado, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación, el cableado, los enlaces de conexión de equipos y los sistemas de información relevantes, así como las modalidades de compartición de instalaciones”* (el subrayado es nuestro).

La obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado se concreta en la obligación de publicar una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada, y en concreto, de incluir, entre otros aspectos, *“información disponible sobre los parámetros relevantes de los bucles de abonado correspondientes a cada punto de acceso al bucle”*. De igual manera, deberá incluir como elemento indispensable los sistemas de información en los que se establezcan:

- Condiciones de acceso a información o sistemas relevantes de los operadores para la comunicación y seguimiento de solicitudes de acceso desagregado al bucle de abonado, mantenimiento, incidencias, facturación, etc.
- Condiciones de acceso a información sobre las características de los bucles de abonado y su capacidad para soportar servicios avanzados.

Por otra parte, como consecuencia del análisis del mercado de acceso desagregado al bucle se impuso a TESAU la obligación de no discriminación entendida como que *“el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”. De esta forma, la obligación de no discriminación implica que TESAU no sólo debe aplicar las mismas condiciones a transacciones equivalentes entre diferentes operadores sino también con respecto a sí misma.

Como se señalaba con anterioridad, TESAU, en base a sus obligaciones impuestas en el Mercado 11, debe atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización. Ello implica, entre otros aspectos, que TESAU debe facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso desagregado al bucle de abonado, entre los cuales destacan los **sistemas de información**. Para llevar a cabo dicha obligación de forma no discriminatoria, TESAU debe aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes así como proporcionar a terceros servicios de información de la misma calidad que los que proporciona a sí misma para sus propios servicios y, todo ello, en las mismas condiciones.

Es decir, TESAU deberá actuar de igual manera en base a la información que obtiene de sus sistemas de información ante una solicitud por parte de un operador de disponer de cierta funcionalidad que ya se esté ofreciendo a sí misma para sus servicios minoristas.

La imposición de las obligaciones anteriores, es conforme con el artículo 10.4 de la LGTel, el cual permite la posibilidad de imponer obligaciones ex ante con el objetivo de resolver los fallos de mercado que se han identificado durante el proceso de los análisis de referencia. Efectivamente, en dicho análisis se establecía claramente cómo las condiciones de prestación pueden suponer el incremento de las barreras de entrada a los operadores alternativos.⁶

Pues bien, como se desprende de los porcentajes obtenidos durante la inspección, TESAU, además de no cumplir con lo establecido en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 referente a la Oferta de Bucle de Abonado, según la cual deberá ofrecer a los operadores una base de datos de pares actualizada, tampoco está cumpliendo con su obligación de no discriminación, y ello porque la información disponible sobre pares de cobre que utiliza para sus servicios minoristas es en un porcentaje muy importante, distinta de la que ofrece a los restantes operadores (en algunos casos porque no hay información para los operadores alternativos y sí la hay para los servicios minoristas, y en otros porque, habiendo información, es distinta).

⁶ *“En una situación donde un operador con PSM, verticalmente integrado, no puede excluir a la competencia en el mercado minorista ni negarle el acceso (por ejemplo, por la existencia de medidas regulatorias), podrían tener sentido otras estrategias, como la discriminación de calidad. Mediante esta acción, TESAU podría incrementar los costes de los competidores en el mercado minorista restringiendo asimismo las ventas de los rivales. El coste de los competidores se incrementa si necesita inversiones adicionales para superar la desventaja en la calidad, que en el caso de no superar podría significar una reducción en su demanda”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En base a la obligación de no discriminación, no es admisible que TESAU rechace peticiones de disponibilidad de datos sobre pares que sí están disponibles para sus servicios minoristas. Resulta evidente que cualquier mejora (cualesquiera datos e información de los que disfrute) que TESAU realice a nivel minorista y que repercuta en la mejora del servicio para sí misma, debe trasladarla al nivel mayorista de sus servicios equivalentes. Es precisamente obligación propia de TESAU la de garantizar en todo momento la no discriminación y modificar, si fuese necesario en tal sentido, su Oferta de acceso.

Adicionalmente, tampoco resulta aceptable que TESAU determine la disponibilidad del servicio Imagenio para un par cuyos datos de atenuación sean desconocidos en base a la existencia de Imagenio en otros pares adyacentes, como reconoce en sus alegaciones, pues ello supone que está disponiendo de unos datos que el resto de operadores desconoce, incumpliendo así mismo su obligación de no discriminación.

Así, según se desprende de lo anterior, el cumplimiento o no de lo estipulado en la OBA resulta ser independiente del cumplimiento o no del principio de no discriminación, y ello porque resultan ser dos obligaciones totalmente diferenciadas que pueden dar lugar a dos infracciones diferentes. Esto es, en el presente caso, según se desprende de lo determinado en el apartado II relativo al Hecho Probado Único, TESAU está incumpliendo el apartado 4.5 de la OBA y además está incumpliendo el principio de no discriminación impuesto por la Resolución del Mercado 11 por no proporcionar servicios de información de la misma calidad que los que se proporciona para sus propios servicios, pero podría ser, en otras circunstancias, que aún cumpliendo con lo establecido en la OBA, TESAU estuviera infringiendo el principio de no discriminación, o que incumpliera lo establecido en la OBA y no se estuviera discriminando (sería el caso en el que se estuviera ofreciendo información incompleta a nivel mayorista al igual que a nivel minorista) y ello porque en ningún caso el cumplimiento de la OBA supone el cumplimiento automático de otras obligaciones que el operador tiene impuestas.

Apartado 3. Conclusión.

En conclusión, el Hecho Probado de que TESAU no tiene habilitadas correctamente las bases de datos de información previstas en la OBA por no suministrar determinada información (no ofreciendo dato alguno o faltando alguno de ellos) o suministrarla de forma discrepante a como la ofrece en su servicio minorista supone la comisión de dos infracciones, que son:

- Por un lado, el incumplimiento de la Resolución de 14 de septiembre de 2006, de modificación de la Oferta de Bucle de Abonado.
- Por otro, el incumplimiento de la Resolución de 11 de mayo de 2006 por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la que se definía el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales.

En tales circunstancias, esta Comisión considera que existen indicios suficientes de que TESAU ha incurrido en dos infracciones tipificadas en el artículo 53.r) de la LGTel susceptibles de ser sancionadas.

Apartado 4. Contestación a alegaciones formuladas por TESAU sobre la tipicidad de la conducta.

1. Sobre la vulneración del principio de tipicidad en relación con el presunto incumplimiento del apartado 4.5 de la OBA.

- a) Según TESAU, el artículo 53 r) de la LGTel establece un deber general de cumplir las resoluciones en materia de comunicaciones electrónicas, de forma que se configura **un tipo infractor “en blanco”**. Es decir, este tipo ha de ser definido, mediante las propias resoluciones, identificándose las concretas conductas susceptibles de lesionar un bien jurídico protegido.

Es por ello que, según TESAU, la supuesta –aunque inexistente- falta de actualización o coherencia de la base de datos de pares no sería un comportamiento típico, al no encontrarse previsto, con carácter previo a su presunta comisión, en ninguna disposición cuyo incumplimiento resultara susceptible de constituir la infracción imputada.

Esta Comisión rechaza las alegaciones formuladas por TESAU. El artículo 53 r) de la LGTel define claramente la infracción imputada como *“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, (...)”*, tipo de infracción que ha de integrarse, efectivamente, con las resoluciones determinadas cuya infracción se postule que, en el presente procedimiento, está constituido por la Resolución citada de 14 de septiembre de 2006.

Al contrario de lo que señala TESAU no hay **vulneración del principio de tipicidad**. La tipicidad, manifestación del principio de legalidad, consagrado en el artículo 129 de la LRJPAC, exige que la infracción esté prevista por una norma con rango de ley (garantía formal) y que la norma punitiva predetermine tanto la conducta ilícita como la sanción y permita predecir anticipadamente y con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción (garantía material). Por todas, baste ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2002, de 9 de mayo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055) se señalaba, en relación con el cumplimiento de la Resolución que modificó la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) y con el tipo infractor similar al del presente expediente (artículo 79.15 de la Ley 11/1998 equivalente al artículo 53 r), que:

“En el presente caso [...] se respeta la doble garantía material y formal que al derecho sancionador impone el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, desarrollado en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional (STC 8/1981 [RTC 1981,8], 117/95 [RTC 1995, 117], 24/96 [RTC 1996,24], 150/97 [RTC 1997, 150], 56/98 [RTC 1998, 56], entre otras). Así, se cumplen la garantía formal, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, el tipo infractor, recogido en la resolución impugnada, se estableció en la Ley 12/97 (RCL 1997, 1008), de Liberalización de las Telecomunicaciones y se mantuvo en el artículo 79.15 de la Ley 11/98, General de Telecomunicaciones. También se cumple la garantía material, de carácter absoluto, la existencia de una predeterminación normativa de la conducta ilícita y de la sanción correspondiente. TESAU podía predecir que su conducta constituye una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la LGT, precepto que cumple con la exigencia de Ley previa y Ley cierta, es decir, se respetan en el presente supuesto el principio de legalidad y tipicidad.”

Dicha doctrina es confirmada por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (RJ 2006\4481) y del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005\242).

En el presente caso, el incumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está perfectamente tipificado, siendo además la Resolución incumplida clara en cuanto a su contenido. Es preciso destacar aquí cómo la puesta en servicio correctamente de las bases de datos es objeto, en dicha Resolución, de mandato específico a TESAU configurándose como una obligación de contenido autónomo, y que ha sido reiterada en anteriores ocasiones por esta Comisión. Resulta claro, por tanto, que TESAU ha podido predecir las consecuencias del incumplimiento, más aún cuando se le ha advertido y recordado en varias ocasiones el necesario cumplimiento de las citadas Resoluciones en lo que a las bases de datos de información se refiere.

Baste para ello acudir a la Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 en el marco del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a TESAU por Acuerdo del Consejo de la CMT de 18 de enero de 2006, por incumplir, las obligaciones contenidas en la OBA en relación con el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ofrecimiento en el SGO, a partir de noviembre de 2002, de las bases de datos de información incluidas en la OBA por Resolución de 29 de abril de 2002, obligación que fue reiterada al aprobarse las sucesivas modificaciones de dicha Oferta.

El Resuelve Tercero de dicha Resolución ordenaba “a *TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. que ponga en funcionamiento de inmediato en el SGO los procedimientos que falten y que elimine las deficiencias encontradas en dicho sistema*”.

Del mismo modo, en el punto noveno de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 de esta Comisión, relativa al conflicto de acceso entre FTES y TESAU en relación con el SGO, se instaba a TESAU a eliminar todas las incoherencias existentes entre el SGO, las bases de datos de los servicios de información OBA y los distintos sistemas internos de TESAU, entre otros fines para que los operadores dispusieran de una información actualizada y veraz, e idéntica a la que TESAU utiliza internamente.

- b) En otro orden de cosas, TESAU manifiesta que la Resolución de 14 de septiembre de 2006 obliga al operador a modificar su propia Oferta de referencia, haciendo accesible a los operadores la nueva Oferta. Es decir, de dicha resolución surge la obligación regulatoria de que TESAU tenga efectivamente disponible la Oferta y de que no imponga a los operadores solicitantes condiciones distintas de las normadas por la CMT, **agotándose en la medida que formula de forma efectiva dicha Oferta.**

Según TESAU, cumplirá con dicha Resolución si los operadores autorizados tienen la posibilidad de recibir el acceso y los demás servicios contemplados en ella, como son los servicios de información y acceso a las bases de datos.

Pues bien, tal y como se ha establecido en anteriores ocasiones, la publicación de la OBA no constituye el total cumplimiento de las resoluciones sobre la OBA, sino que ha de cumplirse la OBA en toda su extensión, lo que implica de manera evidente la publicación completa de las bases de datos de información, tal como se establece en las Resoluciones analizadas. Como señalaba la Resolución de 26 de junio de 2003 (expediente AJ 2003/81), o en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811):

“(...) Como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

Como se afirmaba en la Resolución recaída en el expediente RO 2004/1811:

“Limitar el cumplimiento de la obligación de modificar la OBA a una mera publicación del texto, es vaciarla de contenido. El cumplimiento de la modificación aprobada se despliega en una doble vertiente: i) la publicidad de las nuevas condiciones de prestación de acceso al bucle, con el objeto de que los distintos operadores puedan desarrollar sus planes de negocio de acuerdo con el nuevo marco; ii) la puesta en práctica del contenido aprobado, ya que de otro modo se perdería el sentido de la propia resolución de la CMT, si se permitiera una interpretación sesgada en la que se desvinculase el texto de su efectiva puesta en práctica.” [Fundamento de Derecho Tercero, página 86]

Respecto a este aspecto, procede citar nuevamente la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055) para señalar que la noción de “cumplimiento” que se exige a TESAU respecto de las obligaciones dimanantes de las Resoluciones dictadas por esta Comisión va más allá de realizar los mejores esfuerzos para cumplirla. En el caso de autos, la Audiencia Nacional (AN) señalaba lo siguiente:

“Sin embargo, Telefónica ha incumplido no sólo la resolución de 9 de agosto de 2001 (RCL 2001, 2163) y 21 de febrero de 2002 sino también la de 28 de febrero que le imponía una obligación perfectamente clara y cognoscible para la recurrente: hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad y ello con la mayor diligencia. Telefónica no cumplió la obligación de hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad, como se señala en el acuerdo de incoación del expediente sancionador y en la propuesta de resolución, conociendo perfectamente el incumplimiento que se le imputaba y frente al que ha ejercido su defensa.”

- c) En cuanto a lo manifestado por TESAU de que las bases de datos de información se han creado y se mantienen con datos existentes en las bases de datos internas de TESAU, las cuales, por su **complejidad y elevada tasa de modificación y movimientos diarios podrían contener algunos errores menores** o faltas de actualización, cabe manifestar por esta Comisión que, tal y como se desprende del Hecho Probado, el número de errores analizados y de las incongruencias obtenidas (21,25%) es lo suficientemente relevante para entender que TESAU no está cumpliendo con las obligaciones que le vienen impuestas. Resulta evidente que tan importante es que ofrezcan los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de información de forma correcta y en plazo como que los datos que se contengan en los mismos sean correctos, coherentes y actualizados, y no que no aparezcan ni siquiera dichos datos mínimos, y todo ello respetando el principio de no discriminación.

Es más, aún teniendo en cuenta la posible existencia de errores lógicos en la información que internamente tiene TESAU debido a su gran volumen y complejidad, no resultan razonables las posibles diferencias entre la información disponible a nivel minorista y mayorista puesto que, en caso de que existieran errores, éstos se trasladarían de forma equivalente a los sistemas que se utilicen en cualquier nivel.

- d) Por último, TESAU señala que la **información que ofrece en la base de datos de pares individuales corresponde a la exigida por la OBA** sobre la potencialidad del bucle para modalidades mayoristas de acceso indirecto, no teniendo que ofrecer, tal y como pretende FTES, la información de todas las velocidades minoristas.

Al respecto debe recordarse que, como se cita en el apartado de la OBA relativo a las formas de acceso a la información sobre pares de cobre, entre las obligaciones impuestas a TESAU está la de suministrar a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. En base a ello, toda la información disponible sobre pares de cobre que utilice para sus servicios minoristas deberá estar disponible también para los demás operadores.

En este sentido no resulta admisible que sean rechazadas peticiones de disponibilidad de datos sobre pares que sí están disponibles para los servicios minoristas de TESAU, escudándose en que dichos datos no están recogidos en la OBA, cuando se establece en el apartado 4.5 de la misma que esta base de datos debe estar actualizada, y ello incluye claramente cualquier actualización o mejora que TESAU introduce o emplea para sí misma. Es precisamente obligación de TESAU garantizar en todo momento la no discriminación y modificar, si fuese necesario en tal sentido, su Oferta proponiendo las correspondientes modificaciones para evitar incurrir en discriminación.

- e) Por último, TESAU tanto en sus alegaciones de 4 de febrero como en las de 16 de septiembre del presente año entiende que esta Comisión **está sancionando lo que precisamente determinó en el marco del conflicto DT 2007/1192** al modificar la OBA en el sentido de *“instar a Telefónica a que las consultas a la base de datos sobre pares suministren de forma inmediata toda la información actualizada sobre pares de cobre que esté disponible para sus servicios minoristas”*. Es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decir, según TESAU, este hecho supone el reconocimiento de que dicha obligación no estaba recogida en la OBA, ni en ninguna otra resolución, no pudiendo por tanto ser sancionada.

Frente a lo alegado por TESAU, esta Comisión debe manifestar que tanto la Resolución de 14 de septiembre como la de 11 de mayo de 2006 son claras en cuanto a su contenido. Por un lado, la primera establece la obligación de que TESAU ofrezca sus bases de datos actualizadas y la segunda, que suministre a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. En el presente caso, como se desprende del Hecho Probado Único, TESAU ofrece a nivel minorista información para contratar un determinado servicio y, sin embargo, a nivel mayorista no se obtiene dato alguno al respecto o, en su caso, falta alguno de ellos, cuando sin embargo la OBA exige la publicación de determinada información, o incluso ofrece información contraria.

Lo señalado en el conflicto DT 2007/1192 resulta ser una reiteración de la obligación de no discriminación que tiene impuesta TESAU, cuya necesidad se ha puesto de manifiesto precisamente por el incumplimiento constatado de TESAU.

Es decir, aunque la OBA no lo reflejase, toda la información relativa a las características del par que pueda derivarse de medidas que TESAU haya realizado y registrado, o cualquier otra información relevante, y que pueda utilizar internamente para sus servicios minoristas, deberá incorporarse también a los sistemas de información disponibles para los operadores. Resulta evidente que esta obligación conlleva que la información esté disponible para los sistemas minoristas y mayoristas al mismo tiempo y, lógicamente, actualizada a la vez.

2. Sobre la vulneración del principio de tipicidad en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de no discriminación.

Según la imputada, la Resolución del Mercado 11 dispone una obligación genérica de no discriminación. Así, afirma que, conforme al principio de especialidad, desde el momento que existe una regulación especial como es la OBA, deja de ser aplicable dicha obligación genérica. En consecuencia, al haber regulación especial, en la que se concreta esa **obligación genérica**, lo relevante es cumplir con la misma y, por lo tanto, como TESAU la ha cumplido, no habría infracción alguna.

En este sentido entiende TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, que habida cuenta del carácter genérico del principio de no discriminación, en la Resolución de 11 de mayo de 2006 se procede a aclarar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que esta obligación **“se concreta en la aplicación de todas las previsiones contenidas en la OBA”**.

Asimismo señala TESAU que si esta Comisión entendiese que con el cumplimiento de las previsiones dispuestas en la OBA sobre los servicios de información no se garantizase el cumplimiento de la obligación de no discriminación, **dicho incumplimiento no sería sancionable**, sino que facultaría a esta Comisión para instar la modificación de la OBA.

Tales alegaciones deben ser desestimadas.

La obligación de no discriminación es, en el marco regulador comunitario y nacional, pieza clave para la garantía de la competencia efectiva y su cumplimiento en modo alguno puede entenderse condicionado, y mucho menos limitado, por las herramientas concebidas, precisamente, para servir a su efectividad, cual es el caso de la OBA. Y lo ha sido desde el origen mismo del proceso de liberalización, para evitar denegaciones de acceso anticompetitivas e impedir, de ese modo, que se frustre el mantenimiento de la competencia en aquellos mercados en los que el acceso a las infraestructuras del operador con peso significativo verticalmente integrado resulta obligado.

Así, ya la Comunicación de la CE sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 1998- aún aplicable de acuerdo con las Directrices sobre análisis de mercados e identificación de operadores con PSM- recoge la discriminación como práctica equivalente a la denegación de acceso y, por tanto, prohibida como señala en su Apartado (86)⁷

Y destaca la relevancia que ello tiene en el caso de los acuerdos de acceso que, obligatoriamente habrán de concluirse.⁸

⁷ “En términos generales, las empresas que gocen de posición dominante están obligadas a facilitar el acceso de modo que se disponga de los productos y servicios ofrecidos a las empresas de operaciones derivadas en unas condiciones no menos favorables que las concedidas a otras partes, incluidas sus propias divisiones de operaciones derivadas”.

⁸ Apartado (89): “El principio por el que se obliga a las empresas dominantes a celebrar contratos en determinadas circunstancias será a menudo de aplicación en el sector de las telecomunicaciones. En la actualidad, existen monopolios o monopolios virtuales en la oferta de infraestructura de red para la mayoría de los servicios de telecomunicaciones de la Comunidad. Aún en los casos en los que se han eliminado las restricciones, o en los que se eliminarán en breve, la competencia en los mercados descendentes debe seguir dependiendo de la fijación de tarifas y de las condiciones de acceso a los servicios ascendentes de red que sólo irán reflejando gradualmente las presiones competitivas del mercado. Los operadores de telecomunicaciones que gocen de una posición dominante están obligados a tramitar con eficacia las solicitudes de acceso. Cualquier retraso indebido, inexplicable o injustificado que se produzca en la respuesta a una solicitud de acceso puede ser constitutivo de abuso.... comparado especialmente con:

a) el plazo habitual y las condiciones usuales aplicadas cuando la parte proveedora concede el acceso a sus instalaciones a su propia filial o división operativa. (.....)”

Del mismo modo, el (Apartado 101) establece: “La negativa a facilitar acceso es sólo una de las posibles formas de abuso en este ámbito, dado que también puede existir abuso habiéndose concedido el acceso. Entre otras cosas, puede existir abuso, si el operador se comporta de forma discriminatoria o sus acciones limitan de cualquier otro modo los mercados o el desarrollo técnico”.

Por su parte, los Apartados (125) y (126) establecen: “La discriminación sin que exista una justificación objetiva en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas consideraciones están en la base de las obligaciones de no discriminación previstas en las Directivas específicas, y concretamente en la Directiva de Acceso (Considerando 6) conforme a la cual *“[E]n los mercados en los que aún persisten importantes diferencias de capacidad de negociación entre las empresas y en los que algunas empresas dependen de las infraestructuras que proporcionan otras para el suministro de sus servicios, conviene establecer un marco para garantizar un funcionamiento eficaz”*.

Este marco tendrá como elemento esencial el principio de no discriminación, el cual informa todo el conjunto de obligaciones que, de algún modo, se constituyen en herramientas de aseguramiento del mismo, como veremos inmediatamente.

Así, la misma Directiva de Acceso en su Considerando (17) establece que *“[E]l principio de no discriminación garantiza que las empresas con un peso significativo en el mercado no falseen la competencia, en particular, cuando se trata de empresas integradas verticalmente que prestan servicios a empresas con las que compiten en mercados descendentes”*.

De este modo, el objetivo primordial de todo el conjunto normativo regulatorio, no es otro que la existencia de una competencia no falseada, encontrando su instrumento fundamental en la observancia del principio de no discriminación del que derivan los demás.

En efecto, los Considerandos (16) y (18) de la Directiva de continua referencia introducen otras obligaciones, como la transparencia y la separación de cuentas, poniéndolas al servicio de la efectividad de la no discriminación. Así, y en cuanto a la primera, reza el Considerando citado que la misma permite *“generar confianza en los agentes del mercado en cuanto a la prestación no discriminatoria de los servicios”* y por su parte, el Considerando (18) al establecer la necesidad de prever obligaciones de separación de cuentas, de nuevo se justifica en el control de la no discriminación al indicar que la misma *“habilita a las autoridades nacionales de reglamentación a comprobar, cuando proceda, el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación”*.

Los Considerandos enunciados anteriormente se han traducido en sus respectivos artículos en la Directiva de Acceso. Así, el artículo 10.2 señala que *“[L]as obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros*

relación con cualquier aspecto o condición de un acuerdo de acceso puede ser constitutiva de abuso y estar relacionada con elementos tales como la fijación de tarifas, los retrasos, el acceso técnico, encaminamiento, numeración, restricciones sobre la utilización de la red más rigurosas que las condiciones básicas y utilización de datos de la red de clientes. En este contexto, el operador de red ha de ofrecer a los clientes independientes un trato similar al que dispensa a su propia filial o división de servicios descendentes”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios e información de la misma calidad que la que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”, previéndose en los artículos 9 y 11 las obligaciones de transparencia y separación contable al servicio, entre otras, de la no discriminación.

Y todo ello, en garantía de que las condiciones en que se cumple la obligación de conceder acceso son tales que, efectivamente, permiten la competencia en el mercado, acompañándose a su vez de la obligación de negociar de buena fe recogida también en el texto comunitario (artículo 12.1 b) de la Directiva de Acceso).

Las disposiciones anteriores han sido recogidas en los mismos términos por la normativa nacional. El principio de no discriminación ha sido y es esencial en el marco regulador de las telecomunicaciones establecido desde la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (entre otros, artículos 2, 24, 28) y en su normativa de desarrollo (Reglamento aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio), como principio que debía respetarse en la prestación de servicios de telecomunicaciones y en el acceso a redes. Asimismo, esta obligación fue recogida en el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, estableciéndose incluso la potestad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para “intervenir de oficio, cuando esté justificado, para garantizar la no discriminación, la competencia leal, la eficiencia económica y el máximo beneficio para los usuarios” (artículo 3.7 del Reglamento citado).

En consecuencia, la obligación de no discriminación – ha tenido carácter preceptivo y no queda reducida a un principio general impreciso. Como prueba de ello, no es la primera vez que esta Comisión se pronuncia sobre tal obligación e incluso sanciona por su incumplimiento. A este respecto, baste recordar la Resolución de 19 de septiembre de 2002 con respecto a las circunstancias en que se ha desarrollado la “oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas (expediente OM 2002/6634) (Fundamento de Derecho III.2) y la Resolución del expediente sancionador AJ 2002/7101 incoado a las entidades Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP) por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de julio de 2002, donde se sancionó a TESAU por trato discriminatorio entre TTP y otras empresas operantes en el mercado de locutorios.

En la citada Resolución de 19 de septiembre de 2002 (expediente OM 2002/6634) se señalaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“TESAU viene ofreciendo distintas condiciones a sus revendedores autorizados, entre los que se incluye su filial TTP, y el resto de revendedores de servicios de telefonía y locutorios.

(...) La discriminación sin justificación objetiva debe ser igualmente rechazada por contraria a los principios más elementales de la libre competencia. A ello se suma el que la discriminación a favor de los revendedores autorizados realizada a través de las negativas de líneas u otros servicios de tramitación y las suspensiones o interrupciones del servicio, podría suponer un incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable en materia de accesos, tal y como se analiza en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.

Del mismo modo, y si bien el precio discriminatorio establecido por TESAU tiene unos efectos anticompetitivos claros y constituiría un abuso de su posición de dominio, tal y como señala la doctrina del TJCE y reiteran, con respecto a la actuación de empresas con posición de dominio en mercados de telecomunicaciones, por ejemplo, las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02) de la Comisión (en lo sucesivo, las Directrices sobre competencia) así como la ya citada Comunicación de acuerdos de acceso, la mencionada discriminación en precios podría suponer, además, un incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios vigente para su servicio telefónico fijo disponible al público al que debe ponerse fin de inmediato mediante la Resolución definitiva de este procedimiento, motivo éste por el que se trata en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.” [Fundamento III.1.Tercero, C)].

*(...) resulta acreditado en el presente procedimiento que **TESAU viene negando el acceso a todas las empresas de telefonía de uso público que le solicitan líneas para la actividad de locutorios.** Es más, consta igualmente que TESAU sí facilita el acceso a su filial TTP y al resto de revendedores autorizados, con lo que se produce una evidente discriminación en cuanto a la concesión de acceso totalmente injustificada. De este modo, TESAU habría incumplido sus obligaciones en materia de acceso aplicables de acuerdo con la normativa vigente.” [Fundamento III.2].*

En la actualidad, la LGTel también recoge en su artículo 13.1b) la obligación de no discriminación, y en sus apartados a) y c) los de transparencia y separación de cuentas, al igual que en los textos comunitarios, como obligaciones al servicio de aquélla.

Procede dar respuesta a lo alegado por TESAU **en relación con el carácter de obligación genérica** de la misma y de su cumplimiento una vez se ofrece por TESAU la Oferta de Referencia al resto de operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La no discriminación impuesta a TESAU en absoluto puede considerarse obligación genérica, sino obligación específica en el sentido tanto de la Directiva de acceso, como de la LGTel.

En efecto, se trata de una de las obligaciones que pueden ser impuestas a operadores específicos, aquellos que disfrutaban de PSM, en virtud de los resultados del análisis, específico también, de la situación de los mercados definidos y con carácter ex ante.

Por tanto la concreta imposición de la obligación a TESAU genera para ella, y sólo para ella, y en los mercados identificados en cada caso, una obligación específica e incondicionada.

Pues bien, este marco es aún más esencial si cabe, en el caso de la desagregación del bucle de abonado, el cual continúa siendo clave, como indica el Reglamento (CE) 2887/2000, para uno de los segmentos menos competitivos y para el que *“la experiencia demuestra que, en la mayoría de los casos, es necesaria una intervención reguladora debido al desequilibrio en la negociación por la posición de fuerza del operador preexistente (...) y a la falta de alternativas. Razón por la cual “[L]os operadores notificados deben facilitar la información y acceso desagregado a terceros en las mismas condiciones y con la misma calidad que la que disfrutaban sus propios servicios o las empresas asociadas y, a tal fin, la publicación por el operador notificado de una oferta de referencia adecuada para el acceso desagregado (...) contribuiría a crear condiciones de mercado transparentes y no discriminatorias”*.

En este marco, la obligación de TESAU de publicar un OBA tiene, así, una doble razón de ser: de una parte, salvar el desequilibrio en la capacidad de negociación de los terceros que deriva de su condición de operador con poder significativo en el mercado, y de otra, facilitar a esta Comisión la función de control de las obligaciones impuestas, concretamente la de no discriminación, siendo a la propia TESAU a quien incumbe que las condiciones ofertadas sean las adecuadas para servir a ese cumplimiento sin que la capacidad de intervención de la Comisión sustituya tal responsabilidad.

Resulta evidente que aceptar la tesis de TESAU implicaría que la obligación de no discriminación, esencial en su caso, dado el carácter de empresa integrada verticalmente, quede constreñida por las herramientas que sirven a su control, las cuales en modo alguno pueden constituirse en límites a la obligación misma, incondicionada, a cuyo cumplimiento sirven.

En este sentido el artículo 13 a) de la LGTel establece, en coincidencia con la Directiva de Acceso, que *“[E]n particular, cuando se impongan obligaciones de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia”.

Es preciso en este punto, recordar la naturaleza que tienen las Ofertas de Referencia, como la OBA y la OIR. Como ha señalado esta Comisión, y ratificado la Jurisprudencia⁹, la Oferta de Referencia es una Oferta que formula el operador a los terceros con quienes se ve obligado a celebrar acuerdos de acceso, naturaleza que no resulta alterada por el hecho de que se reconozca a esta Comisión (artículo 7. 3 del actual Reglamento de Mercados) capacidad de intervención para imponer modificaciones, en su caso.

Claramente, la OBA, en concreto, constituye una Oferta de mínimos y fija el contenido de las prestaciones que se ofrecen por TESAU al resto de operadores, siendo una herramienta fundamental para la garantía de la competencia sostenible en el largo plazo en los diferentes mercados minoristas conexos al acceso y, en particular, los de banda ancha.

Resulta evidente, por tanto, que el cumplimiento exclusivo de la Oferta de Referencia no puede significar por sí misma el cumplimiento de las demás obligaciones que TESAU tiene impuestas, entre ellas la de no discriminación.

De otra forma no se hubiera requerido que TESAU se tratara a sí misma de forma análoga a sus competidores, hubiera bastado con imponer el cumplimiento de la Oferta. Efectivamente, existen condiciones que requieren que TESAU haga un esfuerzo superior en la provisión de los servicios mayoristas de forma análoga al que realiza para su división minorista.

TESAU, además de ofrecer el contenido que se establece en el texto de la Oferta (entre otros, unos sistemas de información correctos y actualizados), debe prestar sus servicios de forma “no discriminatoria” puesto que no tendría sentido tener una Oferta que discriminara entre operadores o que discriminara respecto a los servicios minoristas del operador con poder significativo en el mercado. Es por ello que esta Comisión ha impuesto las dos obligaciones concretas, no siendo aceptable el argumento de TESAU de que una obligación se subsume en la otra.

⁹ Sirva como ejemplo, entre otras, la Sentencia del TS de 29 de abril de 2008 en la cual ha señalado que “(...) *no cabe tachar de imprecisas las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de agosto de 2001, de 21 de febrero de 2002 y de 28 de febrero de 2002, ya que establecen las obligaciones que competen a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en su calidad de operador dominante, vinculando a la obligatoriedad de la Oferta de Interconexión de Referencia 2001, de realizar las adaptaciones del modelo de interconexión por capacidad en un período máximo de 60 días naturales desde su entrada en vigor, que se produjo el 17 de agosto de 2001, y de hacer sus mejores esfuerzos para que se haga efectiva la implantación de aquellos enlaces pro capacidad que solicite el operador de telecomunicaciones LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., de acuerdo con los términos publicados en la Orden de Interconexión de Referencia vigente”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, tampoco resulta aceptable lo alegado por TESAU de que en todo caso **sería responsabilidad del regulador el modificar la OBA si TESAU estuviera discriminando en sus actuaciones**. El sostener dicha tesis implica transformar la condición de la OBA como oferta que es, y por tanto, de responsabilidad de la operadora, en una suerte de norma reglamentaria que convierte sus condiciones en límites de mínimos y máximos de las obligaciones impuestas, escapando, una vez publicada, a toda responsabilidad por parte del obligado oferente.

No se debe dejar de señalar llegados a este punto la importancia que tiene el desequilibrio de información que, inevitable y generalizadamente, existe entre los operadores sometidos a regulación y los reguladores mismos, desequilibrio que exige de aquéllos una especial diligencia y buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que les son exigibles.

Ninguna intervención reguladora es capaz de solventar tal desigualdad sin esa buena fe y diligencia de los obligados en el suministro de información, de ahí que, en aplicación al mismo tiempo del principio de mínima intervención que preside el marco regulador, compete a los operadores declarados con poder significativo en el mercado garantizar que las condiciones que ofrecen a terceros son, en todo momento las adecuadas para que éstos puedan competir en igualdad de condiciones con sus propios servicios minoristas o los de sus filiales y asociadas, en beneficio de los ciudadanos, destinatarios de los beneficios de la competencia en el mercado.

Desde ese punto de vista, es indiscutible ya no la mera posibilidad de TESAU de proponer modificaciones a la oferta publicada en cada momento, sino la obligatoriedad misma de hacerlo cada vez que las condiciones publicadas hayan quedado obsoletas, dada la evolución de sus procesos internos- cuando se trate de condiciones técnicas y plazos- y/o de sus costes- cuando se trate de los precios-, y hayan dejado de resultar, por tanto, adecuadas para garantizar las obligaciones impuestas.

Y ello, sin perjuicio de la capacidad de modificación que esta Comisión tiene cada vez que detecte la necesidad de intervenir en salvaguarda de la capacidad de competir de los operadores alternativos a TESAU, la cual, de ninguna manera, suple la obligación que a ésta corresponde.

Por último, interpreta TESAU que el carácter **limitado de su obligación de no discriminación** en función de las condiciones de la OBA, **deriva de la propia Resolución del Mercado 11** y, en concreto, de lo manifestado de que la obligación *“se concreta en la aplicación de todas las previsiones contenidas en la OBA”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, de ningún modo puede acogerse tal alegación y ello porque, de ser así, la medida adoptada por esta Comisión contravendría los principios esenciales establecidos en las legislaciones comunitaria y nacional traída a colación anteriormente y en absoluto tal conclusión resulta de la Resolución en cuestión.

Así, en la misma establece que *“la imposición de esta obligación de no discriminación ex ante se justifica porque TESAU, el proveedor de acceso a nivel mayorista, tienen poder de mercado y competiría en el mercado minorista junto con los demandantes de acceso. En estos casos, los efectos de la discriminación se presumen necesariamente anticompetitivos y el derecho de la competencia ex post podría ser insuficiente.*

La obligación de no discriminación consiste en que los operadores con PSM en el mercado mayorista, deben aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales. En particular, la no discriminación debe referirse tanto a la calidad del servicio, como a los plazos de entrega y demás condiciones del suministro, con independencia de la ubicación física desde la que se solicita el acceso.

Como la calidad de servicio es difícilmente observable por la autoridad regulatoria y a efectos de posibilitar que las negociaciones de operadores alternativos con TESAU se lleven a cabo lo más rápidamente y se reduzcan, a la vez, considerablemente posibles conflictos de acceso, resulta necesario imponer a TESAU la obligación de transparencia (Art. 7 Reglamento de Mercados; Artículo 9 de la Directiva de Acceso), sobre, entre otros aspectos, los relativos a las características de la red, las especificaciones técnicas y las condiciones de suministro y utilización.”

A lo anterior, cabe añadir que la propia TESAU en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución reconoce que *“tanto en la primera OBA como en todas las siguientes deben contemplarse los principios básicos de la normativa comunitaria entre los que se encuentra la no discriminación”*.

En conclusión, el tenor de la propia Resolución no puede ser más claro y plenamente coincidente con las normas examinadas. TESAU debe, en consecuencia, observar toda la diligencia y actuar con la debida buena fe para que, en todo momento, las condiciones ofertadas sirvan para garantizar la obligación impuesta, cosa que no ha ocurrido en el presente supuesto.

Por todo lo anterior, no puede sostenerse, como entiende TESAU, que no existe discriminación desde el momento en que dicho operador ha cumplido con la publicación de determinadas bases de datos que exige la OBA, dado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que no ha cumplido con sus obligaciones de actualización y de no discriminación.

TERCERO. Contestación a las alegaciones sobre la inspección practicada.

TESAU realiza una serie de alegaciones sobre los resultados de la inspección llevada a cabo durante los días 29 a 31 de octubre de 2007 a las que se procede a dar contestación:

1) Sobre las discrepancias obtenidas durante la realización de la Inspección.

TESAU, tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento como en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, manifiesta que no ha existido conducta discriminatoria alguna por no demostrarse que la información ofrecida en su web de Telefónica online acerca de la disponibilidad de sus servicios minoristas se base en información de los pares de cobre distinta a la ofrecida a los restantes operadores en la base de datos que pone a su disposición a través del SGO.

Según TESAU, la disponibilidad de un producto minorista, partiendo y utilizando idéntica información técnica que la que pone a disposición de los operadores, se evalúa aplicando sus propios criterios comerciales, que no responden a ninguna información técnica a la que tenga acceso en exclusiva sino que forman parte de su estrategia comercial.

TESAU hace referencia a cada uno de los cuatro tipos de discrepancias obtenidas durante la Inspección:

Consulta SCRABA	Consulta servicios minoristas TESAU
No hay datos	Información sobre disponibilidad Imagenio/ADSL
Datos Incompletos (Campo de atenuación y/o modalidades soportadas vacío)	Información sobre disponibilidad Imagenio/ADSL
Par no válido para soportar modalidad POTS_REPROA	Servicio Imagenio disponible
Par no válido para soportar modalidad ADSL (POTS_AD3008)	Servicio Imagenio NO disponible, pero sí servicio ADSL equivalente

- El hecho de que en la base de datos de pares no se muestre el valor de la atenuación de un bucle o se indique que no exista dato alguno (casos primero y segundo) y en cambio a nivel minorista se indique que sí está



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disponible el servicio Imagenio es debido, según TESAU, a que el criterio comercial que se sigue para decidir sobre la disponibilidad de Imagenio, cuando no se dispone de los datos de atenuación del par, se basa simplemente en si la central tiene cobertura Imagenio o no.

- En cuanto al tercer caso, según TESAU, el hecho de que la base de datos de pares indique que un bucle no sea válido para el servicio POTS_REPROA y en cambio se indique a nivel minorista que sí puede soportar el servicio Imagenio se explica por los diferentes límites en cuanto a la atenuación utilizados en estos dos servicios para decidir si un par es válido, dudoso o no válido para ellos. Así, a pesar de que inicialmente el servicio Imagenio requiere de velocidades de pico mayores que el servicio POTS_REPROA, en determinadas circunstancias algunos pares pueden ser aptos para el primero y no para el segundo.
- Por último, el hecho de que la base de datos de pares indique que un bucle no es válido para el servicio mayorista POTS_AD3008 y en cambio, a nivel minorista, se indique que sí puede soportar el servicio ADSL a 3Mbit/s **[CONFIDENCIAL]**.

Pues bien, atendidas las alegaciones vertidas por TESAU, esta Comisión mantiene su criterio sobre las discrepancias obtenidas, de las cuales se deduce claramente que la base de datos sobre pares de cobre definida en la OBA tiene importantes deficiencias en cuanto a la información disponible.

- a) En primer lugar, en el caso de inexistencia de datos para un par en la base de datos del SGO (casos primero y segundo) e indicación, por otro lado, de disponibilidad del servicio minorista Imagenio para el mismo par, debe indicarse que TESAU ha modificado su argumentación respecto de las alegaciones presentadas a la incoación del presente procedimiento así como de las alegaciones de fecha 18 de enero de 2008 realizadas por TESAU en el marco del conflicto DT 2007/1192.

En dichas alegaciones TESAU indicaba que cuando no había datos ni información de un par (“SIN CLASIFICAR”) entonces el resultado de analizar la aptitud de dicho par para soportar el servicio Imagenio sería “NO VÁLIDO”. Por consiguiente, según TESAU, si un par en las bases de datos (SCRABA o IRO) era clasificado como “DUDOSO” o “SIN CLASIFICAR” la información presentada al comercial de TESAU o directamente al cliente a través de “telefonicaonline.com” era que el bucle no era válido para Imagenio. El criterio expresado por TESAU no justificaba en absoluto la mayoría de casos considerados discrepantes en la inspección, en los que el resultado de la consulta a la base de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

datos de pares del SGO era que no había ningún dato disponible sobre dicho par mientras que la consulta del servicio minorista informaba de la disponibilidad de Imagenio.

En cambio, ahora, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, indica que, en el caso que no existan datos para un determinado par, en vez de declarar el par como no apto para Imagenio como señaló anteriormente, el criterio comercial analiza si la central en la que se ubica el par tiene cobertura Imagenio, e informa sobre la disponibilidad del servicio minorista en consecuencia.

Es decir, según la nueva explicación de TESAU, cuando no existen datos de un par, en vez de declarar directamente que el par no es apto para soportar Imagenio, se evalúa si el servicio Imagenio está disponible en la central, y en caso afirmativo, se informa a nivel minorista que el servicio está disponible para dicho par.

Sin perjuicio del cambio de argumentación en el que incurre TESAU en sus dos escritos de alegaciones, cabe señalar que el nuevo criterio aportado tampoco explicaría los resultados obtenidos.

Efectivamente, analizando la lista de números (a los que TESAU también ha tenido finalmente acceso) para los cuales no había datos disponibles en la base de datos de pares del SGO y el resultado de la disponibilidad del servicio Imagenio en la web de servicios minoristas era también negativo, puede verse que todos ellos pertenecen a centrales con cobertura Imagenio según archivos analizados relativos a la cobertura de Imagenio a mediados de 2007.

Así, en la siguiente tabla se aportan numeraciones para las cuales, la consulta de la base de datos mayorista no suministraba ninguna información sobre el par y la consulta del servicio minorista Imagenio indicaba indisponibilidad del servicio a pesar de estar asociados a centrales que sí estaban con cobertura Imagenio:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Nº Teléfono [CONFIDENCIAL]	Consulta a BBDD de pares de la OBA	Consulta web disponibilidad servicio minorista Imagenio	Código MIGA Central	Central con cobertura Imagenio
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810045	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810068	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810045	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810054	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810051	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810007	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2815001	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2812003	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	810020	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	810007	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	810043	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	813002	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	830002	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2910002	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	4110011	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	4110009	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	310008	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	310003	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	320001	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	4710004	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	3620003	SI

Más aún, para diversos números para los cuales la consulta a la base de datos del SGO indicaba que no había ningún dato disponible sobre el par asociado, se obtuvieron resultados distintos sobre la disponibilidad de Imagenio a pesar de pertenecer a la misma central (que obviamente sí tenía cobertura Imagenio). En concreto, en la siguiente tabla se aportan numeraciones para las cuales, no existiendo información en la base de datos de pares del SGO, y estando en la misma central con cobertura Imagenio, algunas de ellas tenían disponibilidad del servicio minorista Imagenio y otras no, según la consulta a la web propia de TESAU:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Nº Teléfono [CONFIDENCIAL]	Consulta a BBDD de pares de la OBA	Consulta web disponibilidad servicio minorista Imagenio	Código MIGA Central	Central con cobertura Imagenio
	SIN DATOS	DISPONIBLE	2810051	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2810051	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	2812010	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2812010	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	2812003	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	2812003	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	814001	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	814001	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	830001	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	830001	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	830002	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	830002	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	4110011	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	4110011	SI
	SIN DATOS	DISPONIBLE	310003	SI
	SIN DATOS	NO DISPONIBLE	310003	SI

Por consiguiente, la aplicación del criterio indicado por TESAU en sus alegaciones no explicaría las discrepancias encontradas entre la información mayorista y la información de los productos minoristas.

TESAU, en sus alegaciones a la incoación del procedimiento sancionador también manifestó que en determinados casos la disponibilidad del servicio Imagenio para un par cuyos datos de atenuación eran desconocidos se confirmaba en base a la existencia de Imagenio en otros pares adyacentes.

Al respecto, cabe señalar que lo anterior implicaría la existencia de datos administrativos del par adyacente que le permiten realizar la comprobación de dicha información en otra base de datos como es la de Unidades Básicas, incumpliendo TESAU de esta forma también su obligación de no discriminación, al tener que suministrar a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma en las mismas condiciones y plazos.

Por último, TESAU indica que los casos en los que no existen datos en la base de datos mayorista resultan ser escasos. Al respecto, debe señalarse que una de las constataciones principales que se derivan de la inspección realizada es la falta de datos para un número suficientemente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

importante de consultas realizadas al sistema de información mayorista. Precisamente, la mayoría de los casos considerados discrepantes, hasta un 90,4% respecto de las 166 solicitudes discrepantes, eran debidos a la falta total de información del bucle en el sistema mayorista y la disponibilidad de servicio en la consulta minorista. Es decir, no resulta aceptable la falta de información disponible en las bases de datos, hecho éste que se agrava aún más, si cabe, si dicha información está disponible solamente para las consultas de los servicios minoristas de TESAU.

- b) En segundo lugar, respecto de las discrepancias en las que en la base de datos mayorista se obtiene la información de *“par no válido para soportar modalidad POTS_REPROA”* y en el minorista se señala *“servicio Imagenio disponible”* (tercer caso), cabe señalar que aunque la explicación aportada sobre los límites de atenuación distintos utilizados para decidir la validez de un par para soportar Imagenio o la modalidad mayorista POTS-REPROA pueda ser considerada hipotéticamente adecuada para justificar las diferencias entre la disponibilidad de Imagenio a nivel minorista y la indisponibilidad de POTS_REPROA a nivel mayorista, no resulta lógico que un servicio como la televisión, con unos requerimientos mucho mayores en todos los aspectos (ancho de banda, tasa de errores y retardo) pueda darse en pares en los que el servicio mayorista no puede soportarse.
- c) En tercer lugar, si bien la alegación de TESAU respecto al diferente criterio utilizado para evaluar la validez del par para soportar el servicio ADSL 3 Mbit/s a nivel minorista y el servicio POTS_AD3008 mayorista (caso cuarto) explicaría la disponibilidad de uno y no del otro, dicha divergencia no estaría justificada cuando la finalidad del servicio mayorista es precisamente la replicabilidad del servicio minorista, y por tanto, en absoluto pueden emplearse criterios distintos de disponibilidad en ambos servicios.

[CONFIDENCIAL]

En resumen, como se desprende de lo anterior, el criterio finalmente aportado por TESAU para explicar los casos en los que no existen datos a nivel mayorista y sí a nivel minorista (un 90,4% respecto de las 166 solicitudes discrepantes analizadas) no resultan en modo alguno aceptables. Y ello porque como se ha demostrado con los datos derivados de la inspección existían (i) numeraciones para las cuales la consulta mayorista no suministraba información sobre el par y la minorista indicaba indisponibilidad del servicio a pesar de encontrarse asociados a centrales con cobertura Imagenio o, en otras ocasiones, (ii)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existían numeraciones para las cuales la consulta mayorista no suministraba información sobre el par y la minorista en unos casos ofrecía y en otros no la disponibilidad del servicio Imagenio encontrándose en todo caso asociadas dichas numeraciones a centrales con cobertura para dicho servicio.

Asimismo, en el resto de casos, TESAU reconoce la aplicación de un criterio diferente respecto a la aceptación de solicitudes, basado en ocasiones incluso en información adicional que puede sólo ella conocer (por ejemplo pares adyacentes), que en atención a su obligación de no discriminación detallada con anterioridad tampoco resultan admisibles.

2) Sobre la nulidad del Acta de inspección.

Señala TESAU tanto en sus alegaciones al inicio del presente procedimiento como a la Propuesta de Resolución que la inspección resulta ser una auténtica prueba de cargo en base a la cual se incoa el presente procedimiento sancionador y se constituyen los hechos imputados. Entiende TESAU que el Acta de inspección carece del efecto probatorio necesario por adolecer de una serie de vicios que la invalidan.

Pues bien, a continuación se procede a dar contestación a las alegaciones vertidas por TESAU en relación a los supuestos vicios que invalidarían la inspección realizada en la sede de FTES.

- a) En primer lugar, la imputada entiende que la no asistencia de TESAU supone la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española (CE) al provocar una **absoluta indefensión y vulnerar el derecho de defensa y contradicción que le asiste.**

Con carácter general debe partirse de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC sobre la presunción de validez de los actos administrativos "*salvo prueba en contrario*". Esta presunción de validez "*iuris tantum*" ha sido ratificada por la jurisprudencia en diversas resoluciones, entre ellas, Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 28 de mayo de 2006 (RJ 2006/3138), de 23 de junio (RJ 2003/5786) y 24 de octubre (RJ 2003/8889) de 2003.

Considerando lo anterior, los Tribunales han señalado que las causas de nulidad deben ser aplicadas moderadamente y en consideración al derecho afectado, la gravedad de la infracción, las consecuencias de la misma así como la situación del interesado. En este sentido, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9455) así como la SAN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999/2624).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, TESAU alega en su escrito de 4 de febrero de 2008 como causa de nulidad la prevista en el artículo 62.1 b) de la LRJPAC (*“actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”*), cuando en realidad, y del contenido de las alegaciones vertidas se desprende que la causa que pretende alegarse es la contemplada en el apartado a) del mismo artículo 62.1 (*“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*).

Así, TESAU en sus alegaciones hace referencia a la causa de nulidad como vulneración del artículo 24.1 de la Constitución con relación al artículo 14 del mismo texto legal, preceptos que según el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, son susceptibles de amparo constitucional.

Pues bien, como se señala en el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9455), para que concurra nulidad administrativa por infracción del derecho a la defensa, *“(...) la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparential (...)”*.

Es por ello que será necesario determinar si la incomparecencia de TESAU en las actividades de inspección y en el levantamiento del acta, antes de la incoación del procedimiento sancionador, le han causado una indefensión “efectiva”.

Respecto a las Actas de inspección levantadas antes del inicio de procedimientos sancionadores, debe traerse a colación la STC 160/1994, de 23 de mayo. En su Fundamento Segundo, el Tribunal rechaza una posible indefensión al recurrente causada por irregularidades en Actas de inspección previas a la incoación del procedimiento sancionador. Así el TC señala que:

*“No puede desconocerse que la parte deduce **la referida vulneración constitucional de los defectos que concurrieron en las actas levantadas por los inspectores de juego, tanto en el momento de ser extendidas como en lo tocante a su contenido. Pero es claro que una imputación de esta naturaleza en nada afecta a la garantía constitucional invocada, pues, como se deduce de la propia naturaleza del procedimiento y del devenir posterior de éste, las referidas actas tienen un valor meramente probatorio, y de comunicación, al órgano competente para sancionar, de la posible existencia de un ilícito administrativo, comenzando el procedimiento únicamente con la comunicación al hoy actor del pliego de cargos. Siendo esto así, y teniendo en cuenta el contenido del pliego de cargos y la postura***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*procesal de la parte, es claro que **no se le privó de garantía alguna por el hecho de que las actas, a su juicio, fueran irregulares***”.

Es decir, no habría indefensión porque el Acta sirvió únicamente para determinar la existencia de indicios suficientes para acordar la apertura del procedimiento sancionador en el sentido del artículo 12 del Reglamento de la Potestad Sancionadora.

En materia de aplicación del artículo 50 de la LGTel sobre la potestad inspectora, es importante destacar las SSAN de 23 de octubre (JUR 2007/352601) y de 31 de octubre (JUR 2007/352576) de 2007. En ambas el interesado alegaba su ausencia en las operaciones de inspección previas a la incoación del procedimiento sancionador como defecto causante de indefensión y nulidad administrativa. En ambos casos la AN rechazó este argumento sobre la base de que la actual LGTel no prevé la asistencia de interesados en las inspecciones.

La AN señala que *“la vigente normativa (esto es, la LGTel) no prevé la asistencia de las personas o empresas posibles autores de una infracción en una labor de inspección como la que se contiene en dicha acta de control”*. La razón de ello como señala más adelante es que *“la referida hoja de control (el acta de inspección) dio lugar a la incoación de expediente sancionador dirigido contra la hoy recurrente, la cual pudo combatir, en las distintas fases que se le dio audiencia en dicho expediente, los datos recogidos en el citado documento y articular prueba en defensa de sus intereses...”*.

Como puede observarse, la Audiencia Nacional se está refiriendo a la facultad que asiste al interesado, una vez incoado el expediente sancionador, de efectuar alegaciones (artículo 16 del Reglamento de la Potestad Sancionadora), de proponer y practicar prueba (artículo 17) y del trámite de audiencia (artículo 19).

En conclusión, no se ha producido indefensión ni violación del principio de contradicción en el presente procedimiento. Dichos principios, que le asisten a TESAU como imputada, han sido ejercidos por la misma en todo momento.

- b) Según TESAU la inspección sólo se puede hacer al **inspeccionado**, y lo que se inspeccionan son los **sistemas informáticos de TESAU**.

Debe quedar claro que como se desprende del contenido de la propia Acta de inspección la entidad inspeccionada no fue otra que la mercantil FTES y no TESAU. Es evidente que si la intención de esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hubiera sido inspeccionar a TESAU se hubiera hecho y así se le habría notificado.

La imputada resalta sobremanera el hecho de que se accediera al Sistema de Gestión de Operadores de TESAU, sistema al que acceden no sólo TESAU sino también los operadores alternativos una vez disponen de las claves de acceso y el perfil de usuario correspondiente. La información que se obtiene de dicho sistema debe estar igualmente disponible tanto para los operadores alternativos que desagreguen bucle como para TESAU. Como se desprende de la propia Orden de inspección de fecha 25 de octubre de 2007 del Secretario de esta Comisión, el objetivo de la inspección era verificar la existencia de discrepancias sobre la viabilidad de prestar los servicios de banda ancha solicitados por los particulares que contactasen con el operador FTES en base a la información mayorista y en comparación con la minorista de TESAU, siendo la única manera de obtener esta información inspeccionando a aquel operador, esto es, haciendo solicitudes reales, cuestión que desde los sistemas de TESAU no hubiera sido posible. Para ver las discrepancias e incidencias que produce el acceso a las bases de datos mayoristas, era preciso acceder al SGO desde un operador alternativo, justificando ello la inspección llevada a cabo.

- c) TESAU manifiesta que durante el desarrollo de la inspección la entidad **denunciante asume un papel protagonista** dirigiendo el sentido de la misma, dándosele incluso la posibilidad de **efectuar alegaciones adicionales**.

Al respecto, simplemente señalar que como se desprende del artículo 50 de la LGTel una de las facultades inspectoras que otorga dicha norma es el de incluir como objeto de la inspección el control de cuantos elementos se encuentren afectos a los servicios o actividades realizadas y a las redes de comunicaciones electrónicas instaladas o explotadas, así como el examen, acceso, obtención de copias, ficheros, registros y documentos que se consideren precisos. Asimismo, los inspectores también pueden recabar **testimonio del personal que se encuentre en la sede inspeccionada**. A lo anterior se suma, según señala el citado artículo, que la función inspectora se podrá desarrollar tanto en la sede de esta Comisión como en los locales de los operadores cuando resulte necesario, siendo por tanto la inspección desarrollada totalmente ajustada a derecho en este aspecto.

- d) TESAU manifiesta el hecho de que si esta Comisión pretendía que el Acta de inspección se realizara al amparo de lo dispuesto en el Reglamento de la Potestad Sancionadora, en el marco de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información previa, debía haber **podido participar formulando alegaciones, respetando así su derecho de defensa.**

Al respecto, debe señalarse que la Acta de inspección de continua referencia se realizó en el marco de un conflicto presentado a esta Comisión entre dos operadores, FTES y TESAU, y a raíz de una serie de denuncias manifestadas por la primera respecto de los servicios de información de ésta. Pues bien, en el marco de dicho procedimiento DT 2007/1192, la imputada realizó las alegaciones que consideró oportunas en cada una de sus fases, pudiendo acceder igualmente al expediente.

Del mismo modo, en el presente procedimiento sancionador, en respeto al derecho que le asiste a TESAU a ser oído, la imputada ha podido realizar las manifestaciones que ha estimado oportunas una vez notificada la incoación del procedimiento y, posteriormente, cuando ha tenido conocimiento de la Propuesta de Resolución, accediendo asimismo a la documentación que consta en el expediente. Cabe recordar que, en atención al principio de proporcionalidad y los principios penales que convierten al procedimiento sancionador administrativo en un procedimiento esencialmente garantista, y con el fin de respetar los principios de contradicción y defensa efectiva, esta Comisión estimó la procedencia de levantar la confidencialidad de los datos existentes en el Acta de inspección respecto de TESAU mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 27 de mayo de 2008, a los cuales TESAU ha accedido.

- e) Según TESAU, la ausencia de garantías durante la inspección se ha traducido en **importantes errores en la información** recogida en el Acta de inspección. Asimismo, incide en que el hecho de que FTES conociera con antelación cuándo iba a tener lugar la inspección determinó un **sesgo en la muestra analizada preparándose los casos analizados por parte del denunciante.**

Según TESAU, el hecho de que FTES conociera con antelación cuándo iba a tener lugar la inspección implicó un sesgo en la muestra analizada ya que los pares analizados no se corresponden con una extracción aleatoria, sino dirigida por FTES, resultando en que el porcentaje de pares sin caracterizar aparenta ser muy elevado cuando, según TESAU, es sólo de un 2,5%.

En primer lugar se debe señalar que, como se desprende de la propia Acta de inspección, los casos analizados no pudieron ser preparados por parte del denunciante puesto que se trataba de solicitudes pendientes de caracterizar realizadas por usuarios finales reales y que entraron en los sistemas de FTES durante los días en que se realizaba la inspección y el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fin de semana justamente anterior, no pudiendo ser preparadas ni analizadas con anterioridad. Ciertamente, la Orden de inspección fue notificada a FTES pero dicha entidad no tenía conocimiento de cuántas solicitudes de clientes reales se iban a producir durante los días en cuestión, ni qué números de teléfono llevarían asociados.

En segundo lugar, TESAU entiende que la muestra realizada durante la inspección es un residuo o resto de una muestra superior que había sido verificada previamente por FTES, y por tanto la lista estudiada ha sido lo que quedaba *“pendiente de caracterizar”*.

Pues bien, TESAU hace una interpretación del Acta de inspección incorrecta al deducir de ella, y en concreto de las palabras *“pendientes de caracterizar”*, que la muestra analizada es parte de una muestra previamente estudiada por FTES y que por tanto existieron otras solicitudes ya caracterizadas previamente.

El término *“pendientes de caracterizar”* obedece al hecho que no todas las solicitudes de servicio recibidas por FTES requieren caracterización¹⁰. Es decir, hace referencia a aquellos pares para los cuales debe comprobar sus características físicas en la base de datos sobre pares de cobre individuales del SGO.

Debe señalarse que las solicitudes de servicios puramente de acceso Internet ADSL, en las que el producto ofrecido por el operador no define ninguna velocidad concreta sino *“hasta 20 Mbit/s”* implican, desde el punto de vista operativo interno del tratamiento de las solicitudes, que no sea necesario verificar las características del par puesto que se proveerá la máxima velocidad que soporte el par y a la que sean capaces de sincronizar los equipos (hasta un máximo de 20 Mbit/s).

Por tanto el procedimiento seguido para las solicitudes de servicios ADSL únicamente analiza si el potencial cliente está bajo cobertura de una central donde FTES ya esté ubicado al objeto de conocer si es posible ofrecerle los productos minoristas definidos por FTES para clientes desagregados o si sólo podrá ofrecerle productos basados en las modalidades mayoristas de acceso indirecto.

Por tanto, son sólo aquellas solicitudes de clientes que además incluyen también el servicio de IPTV las que requieren de análisis de las características del par de cobre para decidir si el bucle es susceptible de soportar la velocidad mínima que el servicio de TV requiere. Por

¹⁰ La palabra “caracterización” es utilizada en el Acta de Inspección y el presente procedimiento en el sentido con el que FTES lo hace internamente en sus procedimientos. No debe confundirse con el servicio de caracterización definido en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consiguiente, la muestra obtenida en la inspección está formada por todas las solicitudes de clientes que incluyen Orange TV y que debido a ello, una vez realizada la solicitud, quedan pendientes de caracterización para comprobar que realmente se les puede ofrecer el servicio, a diferencia de las solicitudes de servicios de acceso a Internet que no necesitan ser analizadas.

Así, si de todas las solicitudes que recibió FTES, se tomaron aquellas que incluían TV y que realmente requerían de análisis de los parámetros del bucle, TESAU no puede hacer referencia a la existencia de un muestreo sesgado, y ello porque la muestra fue tan aleatoria como el grado de aleatoriedad de los clientes que pidieron el servicio de Orange TV durante los días de inspección.

No puede concluirse por tanto como intenta hacer creer TESAU que la muestra no sea aleatoria sino el resto de una muestra superior de la que se han excluido previamente solicitudes recibidas que no habían presentado discrepancias.

A lo anterior cabe añadir que aunque la imputada denuncia en su escrito de alegaciones importantes errores en la información recogida durante el desarrollo de la inspección, en ningún momento desvirtúa con datos concretos dicha información.

- f) Por otro lado, según TESAU, la **validez estadística de la muestra de los datos obtenidos es dudosa y resultan ser poco representativos**.

En cuanto a la representatividad de los datos obtenidos durante la inspección, esta Comisión considera los mismos suficientemente representativos al ser recogidos a lo largo de los tres días que duró la inspección en cuestión. Estos datos, analizados posteriormente y como se desprende del Hecho Probado Único han sido entendidos lo suficientemente relevantes como para entender que ha existido un incumplimiento por parte de TESAU de las obligaciones que tiene impuestas en el marco de la OBA y del Mercado 11. No obstante, se procede a analizar lo argumentado por la imputada.

TESAU manifiesta que según la fórmula que permite calcular los tamaños de la muestra y los errores en los que se incurren, para obtener una confianza del 95,5% y un error del 3%, el tamaño de la muestra debería haber sido de 1.111 casos en lugar de los 781 elementos tomados. Por ello invalida totalmente la representatividad de los datos tomados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, aplicando la misma fórmula utilizada por TESAU en sus alegaciones se obtiene que 781 es un número de casos razonable y mayor que los 625 necesarios para obtener una confianza también del 95,5% y un error un 1% superior, es decir del 4%.

Estos serían los parámetros que aplicarían a los resultados estadísticos obtenidos en la inspección, entre ellos, la tasa del 16% de pares sin información alguna en la base de datos, tasa que se estabilizó con las muestras del primer día de inspecciones y que básicamente se mantuvo en los dos días siguientes.

Por consiguiente, como resultado de la inspección, se puede concluir que para los operadores existe un porcentaje inadmisibles de pares sin datos, con el añadido de que, para pares de los que no se dispone de dato alguno sobre sus características (la OBA requiere que la base de datos de pares esté actualizada sobre todos los pares de bucles de abonado activos o vacantes), sin embargo, sí presta información a nivel minorista sobre la disponibilidad de dichos servicios.

3) Solicitud de inspección por parte de TESAU.

TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución propone como medio de prueba la de *“inspección”*, debiendo ser practicada en sede y con participación de TESAU, *“consistente en que esta Comisión constate como SGO y TOL se nutren de la misma base de datos, es decir, contienen idénticos datos, y que la discrepancia informativa obedece exclusivamente a que en TOL a dichos datos se le agregan criterios estrictamente comerciales propios de TESAU”*.

Debe señalarse al respecto que la realización de nueva inspección como solicita TESAU se enmarca en la posibilidad de práctica de prueba que viene recogida en el artículo 16 del Reglamento de la Potestad Sancionadora. En el mismo se establece lo siguiente: *“(...) los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse (...)”*.

Es decir, la práctica de la prueba se debe desarrollar en el marco de la instrucción del procedimiento. Así, una vez concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará la propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos probados y su calificación jurídica, así como la infracción y la sanción que corresponda (artículo 18 del Reglamento de la Potestad Sancionadora).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, la imputada, durante el desarrollo de la instrucción, ha tenido la oportunidad de solicitar la práctica de prueba necesaria a su entender, debiendo entonces la instructora del procedimiento acordar o no la apertura de la misma por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, cosa que TESAU no ha hecho. Como se desprende de la documentación que consta en el expediente, TESAU ni en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento ni en ningún otro momento solicitó la práctica de nueva prueba como pudiera ser la de inspección en dependencias de TESAU con anterioridad a la notificación de la Propuesta de Resolución de la instructora.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, procede hacer mención expresa a la existencia o no de una necesidad real de practicar nueva inspección. Podría entenderse en atención al artículo 20 del Reglamento de la Potestad Sancionadora que antes de dictarse resolución, el órgano competente para resolver decidiera la realización de actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento, en caso de que considerase que la instrucción realizada resultara incompleta, alterándose los hechos ya determinados en el desarrollo de la misma.

A este respecto, el Consejo de esta Comisión entiende que no resulta necesario practicar nueva inspección y ello porque el Hecho Probado Único resulta ser suficientemente determinante y constata de manera clara el incumplimiento de TESAU de las dos resoluciones por las que se le sanciona.

La prueba ya practicada resulta adecuada para la determinación, comprobación y esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades en las que incurre TESAU y que dieron lugar a la incoación del presente expediente, es decir, satisfacen suficientemente los fines de la instrucción. En el presente caso no ha existido una alteración de hechos que pueda suponer la necesidad de incorporar nuevos elementos accidentales o probar hechos que la instructora no haya verificado ya, por lo que no se estima procedente por esta Comisión la realización de actuación complementaria alguna para resolver el presente procedimiento.

CUARTO. Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

A. Culpabilidad.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si bien históricamente se había admitido la responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, actualmente la jurisprudencia mantiene la aplicabilidad del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, de lo que son reflejo, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998, o las de 3 de abril y 8 de febrero de 2000. Lo anterior, se encuentra recogido en el art. 130.1 de la LRJPAC establece que:

*“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos **aun a título de simple inobservancia.**”*

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia¹¹.

TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (alegación cuarta) manifiesta que para cometer una infracción consistente en incumplir una resolución del regulador es necesario un incumplimiento consciente o una existencia de voluntad obstativa al cumplimiento, significando ello que la intencionalidad no puede ser interpretada como una circunstancia agravante del tipo sino como un elemento esencial del mismo puesto que sin intencionalidad no habría infracción. Por ello, señala TESAU, la propuesta de resolución adolece de defecto al no considerar la intencionalidad como elemento esencial de tipo.

Pues bien, como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de marzo de 2003, RJ 2003\2621), *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC –con el rótulo de intencionalidad- sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil 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. En

¹¹ La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de diciembre de 2006, manifiesta al respecto: *“Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 12 de diciembre de 1995, 14 de mayo de 1999, etc.) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990) destaca que requieren la existencia de dolo o culpa”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por tanto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. 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.

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.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones, podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la Ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel¹², donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma (LGTel), cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo (intencionalidad), siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

Por lo tanto, se debe dejar constancia que, en contra de lo alegado por TESAU, el tipo de la infracción (artículo 53 r) de la LGTel) como se acaba de señalar no requiere necesariamente de intencionalidad para que el mismo concorra. Lo afirmado se desprende de abundante Jurisprudencia, y precisamente, entre otras, de la propia Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2004 a la que hace referencia TESAU en su escrito de alegaciones, al señalar que *“(…) no cabe olvidar que el tipo infractor [el artículo 79.15 de la antigua LGTel equiparable al artículo 53 r) de la actual LGTel] puede realizarse bien por*

¹² El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave *“la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”*. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

culpa o por dolo, esto es, por el conocimiento y voluntad por parte de la entidad actora”.

No obstante, en el presente caso TESAU era absolutamente consciente del incumplimiento de la obligación de no discriminación y de actualización de los sistemas de información que debe ofrecer a los operadores alternativos. La entidad imputada conocía la especial responsabilidad que recaía en ella de suministrar los servicios de acceso al bucle, en las condiciones previstas para todos los operadores (elemento intelectual). Asimismo, TESAU conscientemente ha realizado una conducta por la cual esta Comisión en reiteradas ocasiones le ha puesto en conocimiento su incumplimiento (elemento volitivo).

Por lo tanto, concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de TESAU, al quedar probada a título doloso su falta de voluntad de implantar la OBA como debía (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento y conociendo además los perjuicios e inconvenientes que podía causar su actitud discriminatoria a los operadores alternativos que solicitaran servicios de acceso (elemento intelectual).

De todo lo anterior, se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de TESAU en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y del Hecho Probado Único que consta en la presente resolución, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción con conocimiento y voluntad de llevarla a cabo.

B. Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad.

El artículo 21.5^a del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, *“[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 –RJ 1986\6612-, de 30 de mayo de 1989 –RJ 1989\4107-, de 13 de octubre de 2004 –RJ 1986\6612- y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).

Tales circunstancias eximentes no concurren en el supuesto que nos ocupa, en consecuencia no cabe aplicar al presente supuesto ninguna causa eximente de responsabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

Se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

Así en el artículo 56.2 de la LGTel 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 beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) *El daño causado.”*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus 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.”*

a) Circunstancias agravantes.

En el presente caso concurren las siguientes causas de agravación de la responsabilidad de TESAU.

1. Importancia del daño causado.

El artículo 131.3.c) de la LRJPAC se refiere a la naturaleza de los perjuicios causados como criterio que ha de tenerse en cuenta para graduar la sanción a imponer. Por su parte, el artículo 56.2 de la LGTel se refiere asimismo al daño causado.

Como se hizo constar en la Resolución recaída en el expediente RO 2004/1811, el acceso al bucle y las obligaciones impuestas en dicha materia tenían y tienen un carácter fundamental para la competencia en los mercados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de banda ancha (apartado II y Fundamento de Derecho Séptimo, apartado 1.B), de forma que las obligaciones impuestas obedecían al mandato del legislador español y comunitario¹³.

Así, en la Resolución de esta Comisión de 16 de noviembre de 2006¹⁴ se exponía que *“el acceso al bucle tiene un carácter fundamental para la competencia en los mercados de banda ancha dada la importancia del despliegue de tecnologías xDSL sobre las redes existentes de pares de cobre metálico”*.

La importancia anterior se basa, de acuerdo con dicha Resolución, en la *“serie de ventajas competitivas de que disfruta TESAU como operador histórico que cuenta con el bucle de abonado, como son (a) la ubicuidad de la red de acceso de TESAU, un elemento esencial para la difusión de los servicios de banda ancha; (b) la imposibilidad de que las redes alternativas de acceso desplieguen en un futuro inmediato una cobertura similar a la de TESAU (que suponen 6,5 millones de accesos frente a los más de 17,3 millones de accesos de par de cobre); (c) la insustituibilidad de la reventa de los servicios de TESAU o el acceso indirecto, ya que ninguna de estas soluciones permite a los operadores entrantes una diferenciación suficiente de sus servicios en relación con los prestados por TESAU. Es mediante la implantación en la red de acceso de TESAU de tecnologías xDSL que los operadores juzguen más adecuadas que se obtiene una oferta de servicios totalmente independiente de la de TESAU”*.

Asimismo, este Comisión estimó en el expediente RO 2006/12 que los servicios de acceso al bucle desagregado son de esencial importancia para una competencia sostenible en el tiempo y que, por tanto, el incumplimiento de los servicios mayoristas supone un daño a los operadores alternativos y a los consumidores como consecuencia de las dificultades encontradas para acceder al bucle de abonado.

De todo lo anterior es necesario destacar no sólo la importancia del servicio de acceso al bucle desagregado para el desarrollo de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, sino también que el acceso de los operadores alternativos a los bucles de TESAU supone una presión competitiva relevante para este operador que influye, entre otras cosas, como se puso de manifiesto también en las Resoluciones citadas anteriormente, en el conjunto de servicios que los operadores alternativos pueden ofrecer a los usuarios finales, así como en su precio.

¹³ Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; Reglamento CE 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local.

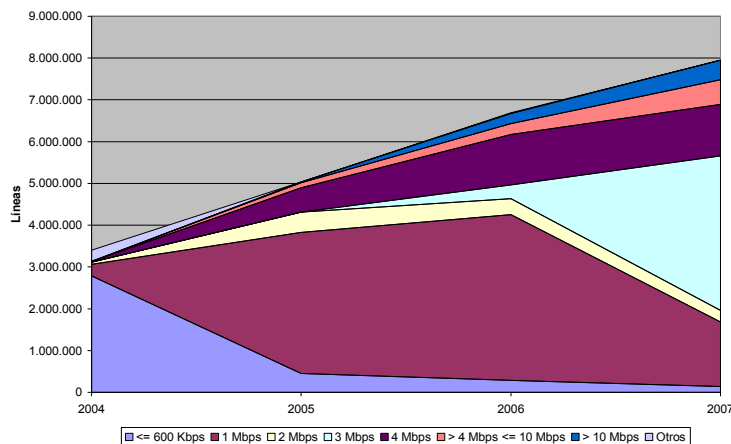
¹⁴ Resolución del expediente sancionador RO 2004/1811, incoado a la entidad “Telefónica De España, S.A.U.” por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta evidente que los servicios de acceso desagregado al bucle suponen un elemento esencial para la sostenibilidad de la competencia en los mercados minoristas. La información objeto del procedimiento permite conocer los servicios minoristas que un bucle en concreto puede soportar. En consecuencia, sin una base de datos adecuada y suficientemente actualizada, es imposible para un operador alternativo conocer la cobertura de sus servicios minoristas, en especial, los más avanzados (las velocidades más altas, la televisión IP, vídeo bajo demanda).

En contra de lo manifestado por TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución en cuanto a la no existencia de datos suficientes que justifiquen la presente agravante, como se observa en el gráfico siguiente, con datos objetivos obtenidos de la información requerida a los operadores para la elaboración del Informe Anual de esta Comisión, la velocidad estándar de 1 Mb/s se ha incrementado siendo, a finales de 2007, muy comunes las modalidades de 3, 4 y hasta 10 Mb/s.



Fuente: Elaboración propia

Este proceso parece no haber concluido como muestra el hecho de que TESAU prepara una nueva duplicación desde la modalidad de 3 Mb/s hasta 6 Mb/s.

De igual forma, los clientes que demandan servicio de televisión sobre ADSL o vídeo bajo demanda son cada vez más, ganando importancia como variable fidelizadora de los clientes la banda ancha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 1. Clientes de televisión sobre ADSL

	2005	2006	2007
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.	206.572	380.634	508.766
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.		9.759	53.747
JAZZ TELECOM, S.A.U.		5.448	6.682
EUROTELE SISTEMAS DIGITALES, S.L.		800	-
GRUPALIA INTERNET, S.A.		11	-
Total	206.572	396.652	569.195

Fuente: *Elaboración propia*

En definitiva, datos que en un entorno de menores velocidades o demanda de servicios menos sofisticados no serían un elemento crítico para la competencia se han convertido en un elemento esencial para competir en igualdad de condiciones con TESAU. Este hecho agrava más si cabe la conducta imputada de este operador.

2. Reiteración.

El artículo 131.3.a) de la LRJPAC prevé la reiteración como un criterio a tener en consideración en la graduación de la sanción a aplicar.

La Jurisprudencia es clara al establecer que en Derecho administrativo sancionador, y a la luz de lo establecido en el Derecho Penal, podrá apreciarse reiteración cuando al cometer la infracción el culpable hubiese sido castigado por una infracción a la que la ley señale igual o mayor sanción, o por dos o más infracciones a las que aquélla señale una sanción menor. Asimismo, se ha reconocido que la consideración de la agravante de reiteración resulta ser independiente de que la infracción en cuestión participe o no de la naturaleza de la considerada anteriormente.

Así, en el presente caso, a TESAU se le ha advertido y recordado en varias ocasiones el necesario cumplimiento de sus Resoluciones en lo que a las bases de datos de información se refiere, siendo asimismo sancionada por el incumplimiento de las mismas.

En concreto, mediante Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 en el marco del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a TESAU por Acuerdo del Consejo de la CMT de 18 de enero de 2006, ésta fue sancionada por incumplir, entre otras, las obligaciones contenidas en la OBA en relación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con el ofrecimiento en el SGO y las bases de datos de información a partir de noviembre de 2002, con una sanción de trece millones de euros.

En concreto se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de 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 haber incumplido los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001, y los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, por la falta de puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en relación con distintos procedimientos y las bases de datos de información especificadas en el texto de la presente Resolución, durante el período comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 y enero de 2007.

SEGUNDO. Imponer una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. por importe de trece millones (13.000.000) de euros.

TERCERO. Ordenar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. que ponga en funcionamiento de inmediato en el SGO los procedimientos que falten y que elimine las deficiencias encontradas en dicho sistema.”

Señala TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución que la presente agravante no resulta aplicable puesto que la resolución sancionadora que supuestamente se reitera (la relativa al expediente RO 2006/12) no es firme, encontrándose recurrida por la imputada en vía contencioso-administrativa en la Audiencia Nacional y pendiente de dictar sentencia.

A este respecto debe señalarse que si bien es cierto que en un primer momento existían varias vías interpretativas sobre la materia, actualmente la jurisprudencia ha determinado qué tipo de firmeza se requiere. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (RJCA 1999/1621) precisa que “...al igual que para la reincidencia, también para la apreciación de la concurrencia de reiteración es exigible que la infracción anterior hubiese ganado firmeza en la vía administrativa”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mismo sentido y ratificando lo anterior, el Tribunal Supremo falló en el Recurso de Casación 4777/2002, precisamente en relación con supuestas prácticas restrictivas de la competencia de Telefónica S.A. sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo siguiente:

“Las dos premisas son acertadas pues, en efecto, sólo los hechos que hayan sido sancionados –lógicamente, con anterioridad a la comisión de la nueva infracción- en un procedimiento administrativo resuelto de manera definitiva y ya inobjetable en la propia vía administrativa, pueden servir para apreciar la reiteración como agravante. Pero no lo es la conclusión a la que llega el tribunal de instancia pues basta, a estos efectos, la “firmeza” de aquellas resoluciones en la propia vía administrativa”.

En conclusión, resulta claro que TESAU ha llevado a cabo una actuación plenamente consciente y reiterada de incumplimiento de la obligación de implementar correctamente los servicios de información actualizados impuestos mediante la Resolución de modificación de la OBA.

3. Situación económica del infractor.

Además de los parámetros de dosimetría sancionadora previstos en el artículo 131 de la LRJPAC, que no son taxativos, las normas sectoriales contienen criterios específicos para la graduación de las sanciones.

Así el apartado 2 del artículo 56 de la LGTel señala que en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta la situación económica del mismo, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

Esta circunstancia se recoge en la propia LGTel, con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el campo del Derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir una correspondencia entre la gravedad de la conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Aplicado lo anterior al caso concreto del presente procedimiento, el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones. Así, tomando como referencia el Informe Anual correspondiente a 2007 del grupo Telefónica, el resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA¹⁵) de Telefónica de España matriz alcanzó la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cifra de 9.448 millones de euros, con un crecimiento anual del 9,3%. Asimismo, el margen sobre ingresos de Telefónica de España se situó en el 45,68%, esto es, 10 puntos porcentuales superior al registrado en el ejercicio 2006.

Por otro lado, Telefónica de España experimentó un crecimiento en su resultado operativo del 15,6% con respecto a 2006, por lo que puede concluirse que existen varios indicadores que confirman la bonanza económica de Telefónica de España tanto a nivel de grupo como de la matriz.

Asimismo, según se desprende del propio Informe Anual de TESAU de 2007 la capitalización bursátil de la operadora a cierre de 2007 ascendía a 106.067 millones de euros, ocupando la cuarta posición del ranking mundial de operadoras de telecomunicaciones.

En conclusión, la experiencia y el papel de TESAU en el proceso de desagregación del bucle y del desarrollo de la banda ancha en España es de gran magnitud, uniéndose a ello, la disposición con que cuenta la imputada de conocimientos tanto jurídicos como económicos que le han permitido saber de la ilegalidad de la infracción cometida.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, la instrucción entiende que no concurre en el presente caso circunstancia atenuante alguna.

SEXTO. Sanción aplicable a las infracciones.

1. Límite legal

La LGTel fija unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel, ***“por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción.***

En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la

¹⁵ Operating Income Before Depreciation And Amortization



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- *El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción,*
- *20 millones de euros.”*

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, en relación con las circunstancias modificativas que resulten de aplicación. Así, el apartado 2 del anterior precepto señala que:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

La aplicación de los citados 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 disuasión.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción.

El beneficio bruto obtenido por TESAU como consecuencia de sus prácticas discriminatorias respecto de los datos de abonado que este operador facilita a terceros en relación con la cobertura y las características de los pares de cobre de su planta resulta ser difícilmente cuantificable. Por una parte, no existe un beneficio bruto directo más allá del ahorro en los costes operativos que conlleva la no actualización de las bases de datos sobre bucles de abonado.

Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones que le vienen impuestas a TESAU claramente dificulta la consolidación de los operadores alternativos, limitando su capacidad competitiva. Efectivamente, en un entorno de mayor competencia, TESAU no sería capaz de mantener el diferencial de precios con que actualmente cuenta sin una merma de sus ventas. Los operadores alternativos son capaces de ofrecer un mayor diferencial de precios en aquellas zonas con cobertura de bucle, donde ofrecen mejores precios, mayores velocidades y servicios empaquetados con TV¹⁶. Este hecho supone un

¹⁶ En la actualidad únicamente los servicios de acceso desagregado al bucle permiten la prestación de los servicios de televisión por parte de los operadores alternativos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

beneficio indirecto para TESAU relevante. De esta forma, si bien el beneficio indirecto que obtiene TESAU como consecuencia de sus prácticas es relevante, su cuantificación no resulta posible.

Al respecto cabe reseñar la oposición de TESAU por entender que existe una total falta de causalidad entre el presunto incumplimiento de las obligaciones determinadas en el procedimiento con los efectos anticompetitivos en el mercado final y así lo manifiesta en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución.

Según TESAU la limitación sobre la competencia que han supuesto las infracciones imputadas es meramente teórica. Así, el hecho de que los operadores alternativos puedan ofrecer mejores precios y servicios sobre el acceso desagregado al bucle no deja de ser una *“afirmación gratuita”* dado que la *“mera posibilidad”* no es prueba de que así lo estén haciendo.

A este respecto, esta Comisión debe señalar que resulta un hecho constatado según la propia información que ofrecen los operadores en sus páginas webs que cuando éstos acceden al bucle desagregado ofrecen unos precios más atractivos y con mayores capacidades de sus accesos a Internet de banda ancha que los ofrecidos sobre la base del acceso indirecto al bucle.

Es decir, los operadores mayoristas tienen una mayor flexibilidad para adaptar los productos a la demanda y las velocidades ofertadas son más heterogéneas (salvo en las ofertas más básicas). En términos de precios, son los operadores que acceden al bucle local los que fijan unas tarifas más reducidas en las zonas en las que han alcanzado las centrales de acceso de TESAU y son capaces de desagregar bucles.

Asimismo, cabe destacar que las alegaciones de TESAU en el presente procedimiento distan mucho de las presentadas en otros procedimientos iniciados por esta Comisión en los que reconoce que la existencia de operadores que desagregan bucle modifica sustancialmente las condiciones de competencia. Así, por ejemplo, en el marco del expediente MTZ 2008/1085 TESAU ha considerado que *“(...) simplemente el hecho de disponer de una oferta diferencial apoyada en una red diferente, con unas condiciones y precios distintos, generando dos mercados geográficamente diferenciados atendiendo a la presencia de cable, ULL y Telefónica o zona dónde únicamente está TdE. Está claro que ambos tipos de áreas geográficas, las condiciones de competencia son completamente heterogéneas (...)”* (página 33 y 34).

En conclusión, no parece que las afirmaciones de TESAU sean sostenibles ni siquiera a la vista de sus propias consideraciones en otros expedientes. Efectivamente, la desagregación del par de cobre ofrece mayores capacidades para los operadores alternativos para competir tanto en servicios como en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios. Por ello estos operadores están aplicando de forma efectiva mejores condiciones para el usuario en las zonas donde hay desagregación.

Dicho lo anterior, se debe entender que existe un beneficio indirecto en la actuación para TESAU relevante, si bien su cuantificación no resulta posible.

Es por ello que, en segundo lugar, se debe analizar si resulta aplicable a la hora de definir la sanción a imponer el criterio del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

Pues bien, como hemos señalado, el incumplimiento por parte de TESAU de sus obligaciones en relación con la base de datos en cuestión se traduce en una falta de actualización en la información contenida en las mismas. Para ello, simplemente con dedicar menos recursos de los necesarios para el mantenimiento de estas bases de datos se conseguirían los efectos descritos. Es decir, no son necesarios fondos para cometer la infracción sino más bien lo contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.

Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio o en el ejercicio actual y la cifra de 20 millones de euros.

Tal y como se ha venido señalando por esta Comisión, no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y las referencias existentes en el ámbito fiscal y mercantil no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere. En concreto, se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

Pues bien, en el presente caso, se considera apropiado entender por rama de actividad afectada aquellos servicios en los que el bucle de abonado es un elemento esencial para que los competidores alternativos puedan competir en los servicios minoristas conexos y en los que TESAU contaba con un beneficio esperado relevante.

Siguiendo este criterio, cabe analizar los servicios para los que el acceso desagregado sería esencial, dadas las conductas imputadas en el procedimiento de referencia. En este caso, las prácticas descritas se refieren esencialmente a la información no suministrada que caracterizaría un par de cobre para la prestación de los servicios de banda ancha y la televisión IP.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a los servicios mayoristas, tanto el servicio de acceso desagregado al bucle como el acceso indirecto se encuentran dentro de la rama de actividad afectada por la actuación desarrollada por TESAU, teniendo en cuenta que la base de datos de pares de cobre que ofrece TESAU a los operadores alternativos es la misma y será consultada tanto en los casos de solicitudes de acceso desagregado como para las de acceso indirecto.

Por otro lado, es evidente que las actividades minoristas de banda ancha y televisión IP también deben estar incluidas en la rama de actividad afectada. La generalización de las ofertas empaquetadas (triple play) y los progresivos incrementos en las velocidades de las conexiones hacen que esta información sea cada vez más crítica para las posibilidades de competir de los operadores alternativos.

En conclusión, se considera que la rama de actividad afectada, incluye, además de los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle y el acceso indirecto, los servicios de banda ancha y televisión.

TESAU, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, no comparte la formulación del concepto de rama de actividad anteriormente definida por entender que resulta claramente desproporcionada, considerando únicamente afectado el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle y el servicio minorista de televisión sobre IP.

Según TESAU, no tiene sentido la inclusión de forma agregada de dos accesos mayoristas, el directo y el indirecto, dado que éstos son, entre sí, absolutamente sustitutivos.

A este respecto cabe señalar que efectivamente los operadores utilizan los servicios de acceso desagregado e indirecto al bucle de forma complementaria, es decir, que utilizan uno u otro servicio en función de diferentes situaciones como la cobertura de sus redes y los costes asociados de prestación, hecho reconocido por el propio operador.

Sin embargo, una vez que el operador ha optado por prestar a un determinado cliente los servicios finales mediante un servicio mayorista, el operador debe conocer las capacidades de ese bucle ya sea para el acceso desagregado o indirecto y ello lo debe hacer consultando la misma base de datos de pares del SGO. Por tanto, las conductas imputadas a TESAU han tenido impacto tanto sobre los clientes que estaban conectados mediante el acceso desagregado como indirecto, por lo que se deben considerar ambos servicios simultáneamente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior es fácilmente comprobable si se considera un ejemplo. El operador alternativo que quiera ofrecer a nivel nacional una nueva velocidad de acceso a Internet de banda ancha requiere conocer las capacidades de los bucles en su modalidad de desagregado – en aquellas centrales en las que cuenta con infraestructuras propias – e indirecto – en aquellas centrales en las que no se encuentra cubricado –.

En definitiva, el hecho que los servicios de acceso desagregado e indirecto sean complementarios no supone que no se encuentren simultáneamente afectados por las conductas imputadas a TESAU. Al contrario, las capacidades y características de los pares del operador histórico son esenciales para que los operadores puedan diseñar sus ofertas comerciales.

Por otro lado, entiende la imputada que no procede incluir los servicios minoristas de banda ancha como mercado afectado puesto que el acceso a la información de las bases de datos de los bucles de abonado no podía tener por efecto el restringir la provisión de banda ancha a los clientes, siendo el único servicio que se vería afectado directamente por la práctica a nivel minorista el de la TV sobre ADSL, que es el único servicio que requiere necesariamente de la desagregación de bucle.

En primer lugar, cabe señalar por esta Comisión que si se consideraran únicamente como rama de actividad los servicios mayoristas, ello podría conllevar un incremento de los incentivos al incumplimiento por parte de TESAU de sus obligaciones en dichos mercados. Incluso, en el extremo, ante un incumplimiento total de dichas obligaciones, la rama de actividad afectada tendría valor cero dado que se habría negado el acceso por completo.

En segundo lugar, a lo manifestado por TESAU de excluir en la definición de la rama de actividad el servicio minorista de acceso Internet de banda ancha porque los operadores siempre tuvieron disponible el acceso indirecto para prestar sus servicios minoristas, cabe señalar de nuevo que los datos que caracterizan un par de cobre afectan tanto al servicio de desagregación de bucle como el acceso indirecto.

En cualquier caso es la desagregación del bucle de abonado el elemento esencial que está permitiendo diferenciarse a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas de TESAU puesto que como ha quedado demostrado anteriormente en las zonas con cobertura bucle los operadores están ofreciendo mayores capacidades a mejores precios.

Adicionalmente cabe decir que el servicio desagregado es el servicio mayorista más contratado por los operadores. De acuerdo con el II Informe Trimestral de esta Comisión del presente año, mientras que se contaban en España más de 1,5 millones de bucles desagregados, el acceso indirecto suponía únicamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

0,44 millones. Esto tiene su impacto sobre la distribución de las velocidades de conexión de TESAU y estos operadores que, como se observa a continuación, son sensiblemente superiores para estos operadores (incluidos en el epígrafe de “Resto”):

	Telefónica de España	Operadores de cable	Resto	Total
< 1 Mbps	1,2	1,7	2,2	1,5
1 Mbps	15,8	8,5	27,4	16,8
2 Mbps	3,1	3,9	4,3	3,5
3 Mbps	73,5	4,4	22,5	47,8
>= 4 Mbps <= 10 Mbps	6,2	78,9	16,2	23,6
> 10 Mbps	0,2	2,6	27,4	6,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Por tanto, el bucle se considera un elemento sustancial para mantener la competencia efectiva también en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha.

Por todo lo anterior, la presente Resolución mantiene los criterios tenidos en cuenta por la instructora del procedimiento en su Propuesta de Resolución, entendiéndose como correcta la rama de actividad que allí se determinó. Así, y de acuerdo con los datos del Informe Anual de la CMT de 2007, los ingresos de TESAU relacionados con los servicios de banda ancha ascendieron a 1.719 millones de euros. Por otra parte, los servicios audiovisuales de TESAU facturaron un total de 122,76 millones de euros. Finalmente, TESAU facturó por el conjunto de servicios mayoristas un total de 265 millones de euros.

Por tanto, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada ascendieron a 21,06 millones de euros.

Así, de la aplicación de las reglas enunciadas anteriormente y fijando el 1% de los ingresos obtenidos en 21,06 millones de euros como referencia, el límite de 20 millones de euros no resulta de aplicación teniendo en cuenta que dicho 1% correspondiente a la rama de actividad afectada es una cantidad superior.

Por tanto, el límite máximo de cuantía que puede imponerse en la sanción de las infracciones cometidas en el presente procedimiento es de 21,06 millones de euros.

3. Concurso ideal de infracciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ha quedado acreditado, TESAU ha cometido dos infracciones del artículo 53 r) de la LGTel que califica como muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, y en concreto de las resoluciones de 14 de septiembre y de 11 de mayo de 2006.

Según se deriva del Derecho Penal, existe concurso ideal cuando un único hecho constituye dos o más infracciones, como es el caso en el que nos encontramos donde, del hecho probado de que TESAU no tiene habilitadas correctamente las bases de datos de información previstas en la OBA por no mostrar información o mostrarla de forma discrepante a la que ofrece en sus servicios minoristas, se derivan dos infracciones por incumplir dos resoluciones de esta Comisión: la Resolución de 14 de septiembre de 2006 y la Resolución de 11 de mayo del mismo año.

El artículo 77 del Código Penal en lo relativo a las reglas especiales para la aplicación de las penas determina lo siguiente:

“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”

Así, a falta de regulación específica, la jurisprudencia contencioso-administrativa, basándose en dicho artículo, manifiesta como solución la de imponer la sanción correspondiente a la infracción más grave endureciéndola, es decir, aplicándola en su mitad superior.

En este sentido, la STS de 9 de junio de 1999, establece: *“ en tales circunstancias, en la determinación de la sanción aparece aplicable la norma del artículo 77 del Código Penal cuando los hechos, que constituyen unidad, en este caso, sociológica, constituyan dos o más delitos, en cuyo supuesto la norma penal establece la sanción correspondiente al delito más grave sin que pueda exceder de su mitad superior, con la reserva de que se sancionarán por separado si la pena así determinada excediere de este límite; por lo que aplicando conforme a este criterio...”*

4. Determinación de la sanción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Hay que tener en cuenta 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, RJ 1998\2361). 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).

Pues bien, en aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- No es posible determinar cuál es el beneficio bruto obtenido por TESAU de la comisión de la infracción en el presente caso ni, al tratarse de una infracción por omisión, resulta aplicable el criterio de los fondos totales utilizados en la infracción.
- En el presente caso, la rama de actividad afectada se encuentra delimitada por los servicios de acceso al bucle prestados por TESAU, incluyendo el acceso indirecto, los servicios minoristas de banda ancha y de televisión. El 1% de los ingresos obtenidos asciende a 21,06 millones de euros, siendo tal cantidad superior a la de 20 millones de euros fijada por el artículo 56.1.a) de la LGTel, por lo que la primera ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- Al encontrarnos ante un concurso ideal de infracciones la sanción a aplicar se encontrará en la mitad superior para la infracción más grave.
- Se considera de extrema relevancia la infracción cometida, a tenor de las circunstancias agravantes que concurren, en particular, en atención a la falta de actualización importante que TESAU lleva realizando en sus bases de datos de forma discriminatoria, habiéndosele requerido en diversas ocasiones que llevara las actuaciones necesarias para su mejora.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Así, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia 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 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía de ingresos de TESAU que figuran en el informe anual de esta Comisión del año



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2007, y teniendo en cuenta que concurren varias agravantes, se considera que procede imponer una sanción de veinte millones (20.000.000) de euros.

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,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal de 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 haber incumplido la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, y de la Resolución de 11 de mayo de 2006, que define el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales.

SEGUNDO. Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal una sanción económica por importe de VEINTE MILLONES de EUROS (20.000.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 48 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu.

Reinaldo Rodríguez Illera