



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 24/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2005/1053, INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 23 DE FEBRERO DE 2006.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2005/1053, incoado a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero de 2006 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor 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. /07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. (en adelante, IBERCOM) por el que presentaba denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, TESAU) por un presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU (Expediente DT 2004/1367) (Documento 1 del expediente).

En el Resuelve del mencionado Acuerdo se estableció lo siguiente:

***“Primero.-** Tesau deberá proveer todos los servicios de la OBA solicitados por Ibercom, solucionar todas las incidencias abiertas, y negociar la modalidad de entrega de señal solicitada, con la mayor brevedad posible.*

***Segundo.-** Las fechas a aplicar para el cálculo de las posibles penalizaciones por incumplimiento de los plazos de la OBA en la provisión de los ya solicitados servicios y*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resoluciones de incidencias serán las de entrada de las peticiones en el registro de Tesau, incluidas en el Anexo 2 a esta resolución.

Tercero.- *Tesau deberá proporcionar a Ibercom los datos de los responsables de los niveles de escalado para incidencias de los servicios OBA, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la presente resolución, en el caso de no haberlo hecho previamente.*

Cuarto.- *Trasladar los comportamientos observados durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco de un período de información previa en relación con el posible incumplimiento por parte de Tesau de sus obligaciones en relación con la regulación del acceso al bucle de abonado.”*

En su escrito, IBERCOM puso en conocimiento de esta Comisión que TESAU estaría incumpliendo la obligación establecida en el Resuelve primero de la citada Resolución, ya que no habría provisionado los servicios ni resuelto las incidencias de provisión, así como que no habría negociado la modalidad de entrega de señal solicitada por IBERCOM, en los términos dispuestos por esta Comisión. Asimismo, IBERCOM puso en conocimiento de esta Comisión que el responsable de escalado de las incidencias carecía de medios para solucionarlas.

En la siguiente tabla se muestran las 31 centrales afectadas objeto de análisis en el presente procedimiento:

Nombre de la Central	Nombre de la Central	Nombre de la Central
SS/Amara	Barcelona/Gracia	Madrid/ Atocha
SS/ Ondarreta	Barcelona/ Guipúzcoa	Madrid/ Castellana
SS/ Gros	Barcelona/ Laietana	Madrid/ Delicias
SS/ San Marcial	Barcelona/ Les Corts	Madrid/ Chamartín
Pamplona/ Barañáin	Barcelona/ Pujades	Madrid/ Hermosilla
Pamplona/ Este	Barcelona/ Roma	Madrid/ Hortaleza
Pamplona/ San Juan	Barcelona/ Sant Pau	Madrid/ Prosperidad
Pamplona/Rochapea	Barcelona/ Vía Augusta	Madrid/ Ríos Rosas
Navarra/ Tudela	Hospitalet/ Centro	Madrid/ Velázquez
Barcelona/Arenes	Guipúzcoa/ Hernani	
Barcelona/Cataluña	Alcobendas/ S.S. Reyes	

SEGUNDO.- Una vez analizada toda la documentación remitida junto con el escrito de IBERCOM y considerando lo solicitado por la entidad denunciante, en virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se acordó la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

En consecuencia, se incorporaron a las actuaciones previas los documentos que conforman el expediente **DT 2004/1367** por ser éste en el que se dicta la Resolución cuyo incumplimiento denuncia IBERCOM (Documento 2). La relación del desglose de dicho grupo documental es la siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2.1 Resolución de 30 de diciembre de 2004 sobre el conflicto de acceso entre WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. y TESAU por el posible incumplimiento de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.
- 2.2 Escrito de fecha 10 de agosto de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 7424). Al que se le adjuntan 2 anexos. El primero de ellos formado por los documentos 1.1. a 1.27 y el segundo por los documentos numerados 2.4 a 2.8.
- 2.3 Escrito de fecha 20 de septiembre de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 8059). Al que se le adjunta un anexo con documentación numerada desde el documento 1.1 hasta 1.67.
- 2.4 Escrito de fecha 20 de septiembre de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 8060). Dicho escrito adjunta un anexo con una serie de documentos numerados de 1.1 a 1.61.
- 2.5 Escrito de 18 de octubre de 2005 remitido por TESAU (Registro 8203). A dicho escrito se adjunta un anexo con el desglose de una serie de facturas vencidas.
- 2.6 Escrito de 18 de octubre de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 9287).
- 2.7 Escrito de 25 de noviembre de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 10146).
- 2.8 Escrito de 25 de noviembre de 2004 remitido por TESAU (Registro 10173).
- 2.9 Escrito de 3 de diciembre de 2004 remitido por IBERCOM (Registro 10313).

La apertura del período de información previa fue notificada a TESAU solicitando además, según consta en escrito de esta Comisión de 15 de julio de 2005, la remisión de determinada información relativa a los hechos denunciados (Documento 3).

TERCERO.- Con fecha 12 de agosto de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU de misma fecha, en el que el representante legal de la misma respondió a la solicitud de información anteriormente señalada y formuló alegaciones en relación con los hechos denunciados por IBERCOM (Documento 4).

CUARTO.- Con fecha 12 de septiembre de 2005 esta Comisión remitió escrito a IBERCOM, dando traslado de las alegaciones de TESAU en el marco del periodo de información previa para que, a su vez, la entidad denunciante presentara las que estimara oportunas. Asimismo, se requirió a IBERCOM el número de referencia de las incidencias de provisión de ubicación y de TCI, según consta y conforme con lo interesado por TESAU (Documento 5).

QUINTO.- En fecha 7 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de IBERCOM de misma fecha, mediante el que presentó las alegaciones que consideró convenientes en relación con los hechos denunciados aportando, asimismo, la información requerida por esta Comisión (Documento 8).

SEXTO.- En fechas 18 de octubre y 17 de noviembre de 2005, IBERCOM presentó sendos escritos de alegaciones sobre unos hechos relativos a la facturación de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones establecidas en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (Documentos 9 y 10).

SÉPTIMO.- Mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 2005, esta Comisión dio traslado del escrito de alegaciones de IBERCOM de fecha 7 de octubre de 2005 a TESAU, al objeto de que pudiera efectuar las alegaciones que, a su vez, tuviera por conveniente (Documento 11).

OCTAVO.- Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 22 de diciembre, TESAU presentó escrito de alegaciones, expresando que *“mediante alegaciones de 12 de agosto de 2005, Telefónica de España ya puso de manifiesto su fiel cumplimiento de la resolución de continua referencia, señalando que no resultan ciertas las manifestaciones de IBERCOM respecto al presunto incumplimiento por Telefónica de España”* (Documento 14).

NOVENO.- Una vez determinada con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificaban el inicio del procedimiento sancionador, en fecha 23 de febrero de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución (Documento 15 del expediente) por la que se acordaba la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU, como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y consistente en 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.

El acuerdo de iniciación fue notificado a TESAU y a IBERCOM con salida del Registro de esta Comisión el 1 de marzo de 2006 (Documentos 16 y 17). Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado al instructor (Documento 18) en fecha 27 de febrero de 2006, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

DÉCIMO.- Mediante documento de fecha 4 de abril de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, el representante legal de TESAU solicitó la ampliación del plazo de alegaciones inicialmente concedido de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC (Documento 19).

Por su parte, esta Comisión procedió a dar contestación a dicha solicitud mediante escrito de fecha 10 de abril de 2006 ampliando el período por un plazo máximo de 15 días más adicionales (Documento 20).

UNDÉCIMO.- Con fecha 20 de abril de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IBERCOM por el cual se comunicaba a esta Comisión la remisión de un burofax enviado por IBERCOM a TESAU de fecha 7 de abril de 2006 por el cual informaba que dicho operador continuaba sin cumplir con la Resolución del expediente DT 2004/1367, dictada por el Consejo de la CMT con fecha 30 de diciembre de 2004 (Documento 21).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DUODÉCIMO.- En fecha 3 de mayo de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante de TESAU de 28 de abril de 2006 (Documento 22).

DECIMOTERCERO.- Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2006 la instructora del presente procedimiento estima pertinente las pruebas solicitadas por el interesado e incluye en el ramo de prueba practicada de oficio todos los documentos obrantes en el expediente DT 2005/1025 (Documento 23).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 25 de enero de 2007, el Consejo de esta Comisión acordó ampliar en seis meses más el plazo máximo de resolución y notificación del presente expediente sancionador (Documento 24).

TESAU, con fecha 30 de enero de 2007, recibió notificación del referido acuerdo (Documento 25).

DECIMOQUINTO.- Siendo necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, con fecha 26 de enero de 2007, se requirió a TESAU información relativa a los documentos y alegaciones aportadas al presente procedimiento (Documento 26).

En fecha 12 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU mediante el cual vino a solicitar ampliación del plazo concedido para aportar la información requerida. Dicho plazo fue ampliado mediante escrito de esta Comisión de fecha 13 de febrero de 2007 (Documentos 27 y 28).

Con fecha 23 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el cual daba contestación al requerimiento formulado (Documento 29).

DECIMOSEXTO.- Siendo necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, con fecha 23 de marzo de 2007, la instructora del presente procedimiento sancionador solicitó que por la Asesoría Jurídica de esta Comisión se le remitiera copia de las actuaciones practicadas en el marco del recurso de reposición interpuesto por IBERCOM contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006, relativa al conflicto DT 2005/1025 (Documento 30).

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 20 de abril de 2007, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución en la que propuso (Documento 31 del expediente):

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobada con fecha 30 de diciembre de 2004.

SEGUNDO. Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción económica por importe de TRES MILLONES de EUROS (3.000.000 €).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMOCTAVO.- La Propuesta de Resolución fue notificada a TESAU el día 20 de abril de 2007, mediante escrito de la instructora del mismo día (Documento 32 del expediente).

DECIMONOVENO.- En fecha 31 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU frente a la Propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento 33 del expediente).

II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO “CON LA MAYOR BREVEDAD POSIBLE” CONTEMPLADO EN LA RESOLUCIÓN DE 30 DE DICIEMBRE DE 2004.

Con carácter preliminar a determinar los hechos probados que resultan del presente procedimiento es necesario analizar el concepto que aparece en el Resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 referido a la provisión de los servicios solicitados “*con la mayor brevedad posible*”.

Dicho Resuelve Primero del Acuerdo de esta Comisión relativo al conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU de fecha 30 de diciembre de 2004, en concreto, señaló lo siguiente:

*“Tesau deberá proveer todos los servicios de la OBA solicitados por Ibercom, solucionar todas las incidencias abiertas, y negociar la modalidad de entrega de señal solicitada, **con la mayor brevedad posible**”.*

En el Anexo I de la propia Resolución se insertaron a modo de recordatorio en una tabla los tiempos máximos de provisión de los servicios reclamados por IBERCOM que establece la OBA.

Servicio OBA	Tiempo máximo de provisión	Tiempo previo al hito inicial ¹	Hito inicial
Visita a edificios	2 días	n/a	Recepción solicitud
Coubicación ² (SdT nueva)	15 días	43 días	Aceptación proyecto específico
Coubicación (SdO nueva)	45 días	48 días	Aceptación proyecto específico

¹ Se entiende que es el tiempo máximo que puede transcurrir desde la recepción de la solicitud por Tesau hasta el hito inicial.

² En base a la experiencia previa se ha considerado que no se producen bajas en medio del procedimiento de coubicación y que los operadores confirman sus peticiones sin solicitar un proyecto alternativo. No se han considerado los casos en los que la solicitud se produzca dentro de un proceso abierto de coubicación, en cuyo caso el plazo no será superior al máximo de los recogidos en la tabla.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Coubicación (SdT espacio adicional)	15 días	45 días	Aceptación proyecto específico
Coubicación (SdO espacio adicional)	45 días	50 días	Aceptación proyecto específico
Coubicación (SdT / SdO habilitada)	7 días	7 días	Confirmación
Tendido de cable interno (conjuntamente a la solicitud de SdT nueva y RdO de Tesau)	10 días	58 días	Aceptación solicitud y acceso al recinto
Tendido de cable interno (conjuntamente a la solicitud de SdO nueva y RdO de Tesau)	10 días	93 días	Aceptación solicitud y acceso al recinto
Tendido de cable interno (conjuntamente a la solicitud de SdT que necesita espacio adicional y RdO de Tesau)	10 días	60 días	Aceptación solicitud y acceso al recinto
Tendido de cable interno (conjuntamente a la solicitud de SdO que necesita espacio adicional y RdO de Tesau)	10 días	95 días	Aceptación solicitud y acceso al recinto
Tendido de cable interno (conjuntamente a la solicitud de SdT / SdO habilitada y RdO de Tesau)	10 días	14 días	Aceptación solicitud y acceso al recinto
Tendido de cable interno (con recinto ya entregado y RdO instalado)	10 días	5 días	Aceptación solicitud

Efectivamente, como la propia imputada señala en el marco del presente expediente, el concepto de “*con la mayor brevedad posible*” es un concepto jurídico indeterminado, siendo necesario definir el plazo concreto transcurrido el cual se pueda determinar la existencia o no de un incumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Por ello, procede determinar un plazo que sea razonable y objetivo una vez tenidas en cuenta las posibles circunstancias o causas excepcionales que pudieran justificar que dicho plazo sea de una duración mayor o menor.

Si se analiza la jurisprudencia existente sobre la figura del “concepto jurídico indeterminado”, podemos concluir que se debe buscar una interpretación correcta a la vista de los hechos que se acrediten y con una motivación suficiente. En este sentido se ha pronunciado numerosa jurisprudencia, como por ejemplo la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de octubre de 2002, al señalar que:

“...el Tribunal sostiene que la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administración para decidir con total libertad y renunciar a la solución justa en cada caso, sino que aquélla viene obligada a la única solución correcta a la vista de los hechos acreditados y que por motivación suficiente en el acuerdo en que se declare, con exposición de las circunstancias que justifiquen el acudir a tan excepcional procedimiento, ha de entenderse un razonamiento preciso, detallado y objetivamente convincente para cada caso...

Es decir, que al encontrarnos con el concepto de “*con la mayor brevedad posible*”, el mismo deberá concretarse por la Administración que regule la materia en concreto, en este caso, esta Comisión, que será la que deba valorar de acuerdo con el principio de proporcionalidad y tras un análisis minucioso, la naturaleza y el sentido del mismo.

Dicho esto resulta necesario, en primer lugar, determinar si existe alguna causa justificativa que permita dilatar o acortar el plazo que se vaya a establecer y, en segundo lugar, si no ha sido así, determinar un plazo a la luz de determinados criterios definiéndolo de la forma más objetiva posible.

Así, analizada la documentación existente en el presente procedimiento y en particular las alegaciones manifestadas por la imputada a lo largo del mismo, cabe constatar por un lado que no existe causa alguna justificativa que demuestre o justifique la **imposibilidad** por parte de TESAU de entregar los servicios que se solicitaron por IBERCOM en un tiempo razonable y breve como exigía la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Dicho esto, se debe precisar un periodo de tiempo que se caracterice por lo siguiente: (i) que se trate de un plazo “razonable” al no existir justificación que permitiera lo contrario, (ii) que sea “real”, es decir, que permita a quien tiene que cumplir la obligación que se le imponga en dicho periodo (en este caso TESAU) el llevarla a cabo, (iii) y que sea un periodo “breve”, puesto que ya nos encontramos con la existencia de unos retrasos habidos con anterioridad a la entrega de los servicios solicitados por TESAU que pueden haber conllevado el correspondiente perjuicio a IBERCOM.

Dicho lo anterior, **se determina de forma justificada que el plazo que se corresponde con el concepto “con la mayor brevedad posible” en el caso concreto en el que nos encontramos debe coincidir con el plazo máximo que se establece en la OBA para entregar cada uno de los servicios solicitados por IBERCOM** y que TESAU tiene obligación de cumplir, y ello por ser un plazo razonable y real, en el sentido de poderse cumplir por TESAU. Dicho plazo es de siete días para el servicio de coubicación cuando existe SdO o SdT habilitada, diez días para la provisión del servicio de TCI y dos días para realizar visitas y solucionar las incidencias abiertas.

Por tanto, una vez fijados estos plazos de referencia necesarios, el último paso a analizar no es otro que el de comprobar si una vez puesta en conocimiento de la imputada la obligación que se le impone de entregar una serie de servicios, la misma ha cumplido con la entrega dentro del plazo definido o, si por el contrario, los ha superado, suponiendo esto último un incumplimiento de la Resolución de continua



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

referencia y en consecuencia un hecho sancionable. Para ello, se debe tener en cuenta que la Resolución de 30 de diciembre de 2004, por la cual se ponía en conocimiento de TESAU la obligación de provisión de los servicios con la mayor brevedad posible, fue notificada a TESAU el 4 de enero de 2005.

III. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada han quedado probados, a los efectos del presente procedimiento, los siguientes **HECHOS**:

PRIMERO: Que TESAU no ha realizado la provisión de los servicios de ubicación solicitados por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

Teniendo en cuenta el razonamiento realizado en el apartado II del presente procedimiento en relación con el concepto jurídico “*con la mayor brevedad posible*” se procede a determinar en este Hecho Probado si TESAU ha realizado la provisión del **servicio de coubicación** solicitado por IBERCOM con la mayor brevedad posible, como obligaba el Resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

IBERCOM, en su escrito de denuncia de 24 de febrero de 2005 señala que permanecían pendientes de entrega los servicios de coubicación en 13 de las 31 centrales solicitadas en un primer momento, así como que las solicitudes de las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña habían sido denegadas por falta de espacio.

IBERCOM realizó una serie de solicitudes del servicio de coubicación en 31 centrales entre el 27 de mayo de 2004 y el 3 de agosto del mismo año mediante diferentes burofaxes que tuvieron entrada efectiva en el registro de TESAU como se acredita en la documentación aportada en el presente expediente en los documentos 1.3, 1.4, 1.10, 1.11, 1.16 – 1.20 del anexo 1 del escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004 (Documento 2.2 del expediente), así como en los documentos 1.1 a 1.22 del anexo 1 del escrito de IBERCOM de fecha 20 de septiembre de 2004 (Documento 2.3 del expediente).

En el Anexo 1 del escrito de alegaciones presentado por TESAU el 12 de agosto de 2005 en el marco del periodo de información previa (documento 4 del expediente), se adjuntan los datos relativos a la fecha de inicio y fin de la obra que conlleva la provisión del servicio de coubicación en las centrales en cuestión, salvo en el caso de las centrales Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña.

Teniendo en cuenta que la Resolución de 30 de diciembre de 2004 que resolvía el conflicto entre IBERCOM y TESAU le fue notificada a esta última el 4 de enero de 2005 y considerándose que el plazo de entrega definido como el de “*mayor brevedad posible*” en el caso del servicio de coubicación es de 7 días laborables, la fecha límite hasta la cual TESAU debería haber entregado los servicios solicitados sería el 17 de enero de 2005. Dicho esto, teniendo en cuenta las fechas de fin de obra aportadas por la propia TESAU en las centrales solicitadas y la fecha de 17 de enero de 2005, como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fecha máxima que limitaría la mayor brevedad posible, se acredita que ha existido un incumplimiento por parte de TESAU en 17 de las centrales, que se señalan a continuación:

Nombre Central	Fecha fin de obra	Fecha máxima a mayor brevedad posible	+/- Días laborables de retraso
SS/Amara	20-01-05	17-01-05	3
SS/Ondarreta	15-03-05	17-01-05	41
Pamplona/Barañáin	15-02-05	17-01-05	21
Navarra/Tudela	28-04-05	17-01-05	73
BCN/Arenes	01-02-05	17-01-05	11
BCN/Gracia	19-01-05	17-01-05	2
BCN/Guipúzcoa	15-04-05	17-01-05	64
BVN/Laietana	29-04-05	17-01-05	74
BCN/Les Corts	29-04-05	17-01-05	74
Hospitalet/Centro	09-03-05	17-01-05	37
Guipúzcoa/Hernani	28-02-05	17-01-05	30
Alcobendas/SS Reyes	04-02-05	17-01-05	14
Madrid/Atocha	24-02-05	17-01-05	28
Madrid/Castellana	13-06-05	17-01-05	105
Madrid/Hermosilla	20-06-05	17-01-05	110
Madrid/Ríos Rosas	03-03-05	17-01-05	33
Madrid/Velázquez	03-02-05	17-01-05	13

Con fecha 3 de agosto de 2004, vía burofax, se realizaron las solicitudes del servicio de coubicación y de TCI en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña, como se acredita en los documentos 1.10 y 1.13 del anexo 1 del escrito de IBERCOM de fecha 20 de septiembre de 2004 (Documento 2.3 del expediente).

TESAU señaló, en su escrito de 25 de noviembre de 2004, en el marco del conflicto DT 2004/1367 (documento 2.8 del expediente página 2) que, *"... hay 6 centrales que ya estaban completamente ocupadas y sin espacio el 27 de mayo y en las que no se podía ampliar: Madrid/Prosperidad, Barcelona/Roma, Barcelona/Les Corts, Barcelona/Laietana, Barcelona/Guipúzcoa, Barcelona/ Cataluña (en este caso temporalmente afectada por el Plan de Eficacia Inmobiliario que impide la provisión de espacio), y en todas ellas la solución que se ofrece, y que está contemplada en la regulación de acceso al bucle, tanto en el RD 3456/2000, el Reglamento sobre Bucle de Abonado, como en la propia OBA, es la ubicación distante".* [El subrayado es nuestro]

Como se acredita en el documento 2.1 del anexo 2 del escrito de denuncia de IBERCOM de fecha 24 de febrero de 2005 (Documento 1 del expediente), mediante correo electrónico de 19 de noviembre de 2004, TESAU comunicó a IBERCOM que *"con relación a su petición de espacio en la central de B/Cataluña, lamento comunicarle que una vez visitada dicha central, no existe espacio en ella para ampliar la actual sala OBA, ni crear una nueva sala, véase Artículo 9 "Condiciones para la ubicación de los equipos" del Reglamento de Bucle (RD 3456/2000, 22 de diciembre), que es la norma de rango superior a la OBA, en el que se contempla este caso."*

En el documento 3.1 del anexo 3 del escrito de IBERCOM de fecha 24 de febrero de 2005 (documento 1 del expediente), mediante correo electrónico de fecha 10 de enero de 2005, TESAU le comunica a IBERCOM que *"...la central de Barcelona/Cataluña, a*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fecha de hoy sigue siendo inviable. Respecto a Madrid/Prosperidad, sigue en estudio de viabilidad.”

Es decir, en cuanto a las solicitudes de coubicación realizadas por IBERCOM, con fecha 3 de agosto de 2004, en las centrales Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña, TESAU manifestó de forma reiterada, que no justificada, la inviabilidad de dichas solicitudes.

Según establecía el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes³, éstos “...resolverán sobre las peticiones presentadas siguiendo los criterios y el procedimiento que figurarán en la oferta de acceso al bucle de abonado. **Si una petición de ubicación es rechazada por un operador dominante, éste deberá justificar al peticionario, por escrito de manera detallada, las razones por las que se ha rechazado la solicitud”.**

Como ya se determinó en la Resolución del conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU (DT 2004/1367), numerado como documento 2.1 del presente expediente, en su página 7, “...Según TESAU, seis de las centrales solicitadas no disponían de espacio para albergar a IBERCOM en mayo, pero en ningún momento presenta prueba alguna que demuestre que denegó las centrales por falta de espacio o que propuso alternativas viables a IBERCOM dentro de los plazos establecidos en la OBA”.

Las dos centrales en cuestión (Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña) fueron reclamadas de nuevo por IBERCOM en el marco del conflicto DT 2005/1025 como se muestra en el documento 23.1 del presente expediente, en cuya Resolución de 16 de noviembre de 2006 se resolvió que se desestimaba la petición de IBERCOM sobre la provisión de los servicios OBA en ambas centrales así como sobre las penalizaciones aplicables, por haberse resuelto ya dichas cuestiones en la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Además de lo anterior, se le requirió a TESAU a emitir en el plazo de 7 días laborables desde la notificación de dicha resolución, la justificación del cumplimiento de la entrega de los servicios solicitados en la central de Madrid/Prosperidad.

En el documento 1 del anexo al escrito de IBERCOM de fecha 14 de julio de 2006 en el marco del conflicto DT 2005/1025 (documento 23.5 del expediente), referido en el párrafo anterior, mediante correo electrónico de fecha 12 de julio de 2006, TESAU puso en conocimiento de IBERCOM que “...se ha cambiado el estado de la solicitud de referencia [se refiere a la solicitud en la central de **Barcelona/Cataluña**] de **ANULADA a PDTE. RECONFIRMAR P.T”.**

Es decir, después de que TESAU con fechas 19 y 25 de noviembre de 2004 así como

³ En vigor en el momento de los hechos pero actualmente derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

10 de enero de 2005 denegara el espacio solicitado por IBERCOM en dicha central, el 12 de julio de 2006 TESAU confirmó al operador alternativo la nueva situación de la solicitud, pasando a un nuevo estado en el que TESAU estaba en disposición de presentar el proyecto técnico al operador que solicitaba el servicio para su reconfirmación y de esta manera iniciar las obras necesarias para habilitar espacio en la central solicitada, como así establece el procedimiento recogido en la OBA.

De la información remitida mensualmente a esta Comisión por TESAU, según lo establecido en el Anexo II de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modifica la OBA, se ha constatado que con fecha 4 de septiembre de 2006 TESAU había provisto el espacio útil solicitado en la central Barcelona/Cataluña. Igualmente dicho hecho se reconoce por el propio IBERCOM en su escrito de fecha 21 de diciembre de 2006 en el marco del recurso de reposición (AJ 2007/2) presentado ante esta Comisión contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (documento 30.1 del expediente) en el que se señala en su página 6 al hacer referencia al estado de provisión de la solicitud en dicha central que: “... TESAU le notifica a IBERCOM la terminación del servicio de coubicación el día 4 de septiembre de 2006.”

Es decir, solicitado el servicio de coubicación en la central de Barcelona/Cataluña con fecha 3 de agosto de 2004 el mismo no se entregó hasta el 4 de septiembre de 2006.

Por otro lado, como se refleja en el anexo 1 del escrito de TESAU de 5 de diciembre de 2006 en el marco del conflicto DT 2005/1025 (documento 23.6 del expediente), vía correo electrónico el 30 de noviembre de 2006, TESAU comunicó en cumplimiento de la Resolución de la CMT del expediente DT 2005/1025, la finalización de los trabajos del servicio de ubicación física en la central de **Madrid/Prosperidad** en dicha fecha.

De lo anterior, claramente se desprende que en la central de Madrid/Prosperidad tampoco se entregó el servicio de coubicación antes del 17 de enero de 2005, no realizándose con la mayor brevedad posible como se exigía en la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la obligación impuesta de entregar el servicio de coubicación con la mayor brevedad posible, ha quedado acreditado que TESAU ha superado considerablemente los plazos de entrega de dicho servicio en 19 de las 31 centrales solicitadas incumpliendo lo establecido en el primer Resuelve de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

SEGUNDO: Que TESAU no ha realizado la provisión de los servicios de tendido de cable interno solicitados por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

Como se estableció en el Resuelve del Acuerdo de esta Comisión en el conflicto de acceso de fecha 30 de diciembre de 2004, TESAU debía proveer todos los servicios OBA solicitados, entre ellos los servicios de tendido de cable interno, “*con la mayor brevedad posible*”.

Según se puede apreciar en el Hecho Probado primero, en el Anexo de dicha Resolución se insertaron en una tabla los tiempos máximos de provisión de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios reclamados por IBERCOM que establece la OBA, que para el servicio de TCI son diez días laborables desde la aceptación de la solicitud y acceso al recinto.

En el caso concreto en el que nos encontramos, IBERCOM realizó una serie de solicitudes del servicio de coubicación junto con el de TCI en 31 centrales entre el 27 de mayo de 2004 y el 3 de agosto del mismo año mediante diferentes burofaxes que tuvieron entrada efectiva en el registro de TESAU como se acredita en la documentación aportada en el presente expediente en los documentos 1.3, 1.4, 1.10, 1.11, 1.16 – 1.20 del anexo 1 del escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004 (Documento 2.2 del expediente), así como en los documentos 1.1 a 1.22 del anexo 1 del escrito de IBERCOM de fecha 20 de septiembre de 2004 (Documento 2.3 del expediente).

Ciertamente, la OBA permite que, en el caso de realizar una solicitud de espacio de coubicación y de TCI por primera vez en una central, dicha solicitud se puede realizar en el mismo procedimiento vía web implementado por TESAU, tal y como se detalla en el apartado 2.15.1 de presentación de solicitudes de espacio, al existir los campos correspondientes para informar a TESAU tanto del número de bloques de 100 pares para acceso desagregado y compartido como de la necesidad de instalación de RdO por parte de TESAU, pero siendo incompleta esta solicitud para la provisión final del servicio de TCI.

Si se tiene en cuenta el procedimiento específico para la tramitación de una solicitud de TCI recogido en el apartado 1.5.2 de la OBA, resulta necesaria información adicional como la referencia de ubicación en el recinto de coubicación donde se solicita el tendido y la posición y orientación del RdO en superficie del operador para la provisión final de una solicitud de TCI en la primera petición. Es decir, si bien es cierto que conjuntamente la petición de espacio de coubicación se puede realizar conjuntamente con la de TCI, hasta que no se habilita el espacio de coubicación, TESAU no puede realizar dicho tendido, para lo que tendría un plazo de 10 días.

Por lo tanto, si el servicio de TCI no se puede entregar hasta que no se tenga la habilitación del espacio en una central y habiéndose establecido como plazo mas breve posible de entrega para el servicio de coubicación el de 7 días, el plazo mas breve posible a tener en cuenta para la entrega del servicio de TCI sería además del anterior el de 10 días, es decir, 17 días laborables.

Teniendo en cuenta que la Resolución de 30 de diciembre de 2004 fue notificada a TESAU el 4 de enero de 2005 y considerándose que el plazo de entrega definido como el de a la mayor brevedad para el servicio de TCI es de 17 días laborables, la fecha a partir de la cual TESAU debería haber entregado el servicio de TCI sería el 31 de enero de 2005.

En el Anexo 2 del escrito de alegaciones de TESAU de 12 de agosto de 2005 en el marco del periodo de información previa (documento 4 del expediente) se adjunta un listado con los TCIs finalizados y con la fecha de realización física de la obra en 29 de las centrales objeto de análisis, salvo en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta las fechas de finalización de entrega de los TCIs aportadas por la propia TESAU en las centrales solicitadas y la fecha de 31 de enero de 2005, como fecha límite de entrega del servicio, se acredita que se ha sobrepasado el plazo definido por parte de TESAU en 29 de las centrales, que resultan ser las siguientes:

Nombre de Central	Fecha real de entrega ⁴	Fecha máxima a la mayor brevedad posible	+/- Días laborables de retraso
SS/ Amara	26-03-05 D	31-01-05	39
	26-03-05 C	31-01-05	39
SS/Ondarreta	07-04-05 D	31-01-05	48
	07-04-05 C	31-01-05	48
SS/Gros	25-02-05 D	31-01-05	19
	16-03-05 C	31-01-05	32
SS/San Marcial	18-02-05 D	31-01-05	14
	25-02-05 C	31-01-05	19
Pamplona/Barañáin	01-04-05 D	31-01-05	44
	11-05-05 C	31-01-05	72
Pamplona/Este	25-02-05 D	31-01-05	19
	25-02-05 C	31-01-05	19
Pamplona/Sanjuán	07-03-05 D	31-01-05	25
	07-03-05 C	31-01-05	25
Pamplona/Rochapea	07-03-05 D	31-01-05	25
	07-03-05 C	31-01-05	25
Tudela	02-06-05 D	31-01-05	88
	02-06-05 C	31-01-05	88
BCN/Arenes	22-04-05 D	31-01-05	59
	29-04-05 C	31-01-05	64
BCN/Gracia	12-04-05 D	31-01-05	51
	19-04-05 C	31-01-05	56
BCN/Guipúzcoa	13-05-05 D	31-01-05	74
	13-05-05 C	31-01-05	74
BCN/Layetana	15-05-05 D	31-01-05	74
	15-05-05 C	31-01-05	74
BCN/LesCorts	13-05-05 D	31-01-05	74
	13-05-05 C	31-01-05	74
BCN/Pujades	20-03-05 D	31-01-05	34
	20-03-05 C	31-01-05	34
BCN/Roma	04-03-05 D	31-01-05	24
	04-03-05 C	31-01-05	24
BCN/Sant Pau	27-02-05 D	31-01-05	19
	27-02-05 C	31-01-05	19
BCN/Vía Augusta	06-03-05 D	31-01-05	24
	06-03-05 C	31-01-05	24
Hospitalet/Centro	12-04-05 D	31-01-05	51
	12-05-05 C	31-01-05	73
	27-05-05 C		84
Guipúzcoa/Hernani	02-04-05 D	31-01-05	44
	07-04-05 C	31-01-05	48
Alcobendas/SS de los Reyes	11-03-05 D	31-01-05	29
	11-03-05 C	31-01-05	29
Madrid/Atocha	22-04-05 D	31-01-05	59
	22-04-05 C	31-01-05	59
Madrid/Castellana	02-07-05 D	31-01-05	109
	02-07-05 C	31-01-05	109
Madrid/Delicias	17-05-05 D	31-01-05	76

⁴ La letra "D" hace referencia al servicio de TCI desagregado y la "C" al compartido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	17-05-05 C	31-01-05	76
Madrid/Chamartin	27-02-05 D	31-01-05	19
	27-02-05 C	31-01-05	19
Madrid/Hermosilla	15-07-05 D	31-01-05	119
	15-07-05 C	31-01-05	119
Madrid/Hortaleza	27-02-05 D	31-01-05	19
	27-02-05 C	31-01-05	19
Madrid/Velazquez	10-03-05 D	31-01-05	28
	14-03-05 C	31-01-05	30
Madrid/Ríos Rosas	03-06-05 D	31-01-05	89
	09-06-05 C	31-01-05	93

En cuanto a la central de **Barcelona/Cataluña**, y una vez entregado el servicio de cubrición con fecha 4 de septiembre de 2006 en dicha central, (como se determinó en el Hecho Probado anterior), queda acreditado como consta en la comunicación realizada por IBERCOM vía correo electrónico (anexo 14 del escrito de contestación de TESAU al requerimiento de información realizado por la instructora en el presente procedimiento y que se adjunta como documento 29) que IBERCOM reconfirmó a TESAU sus necesidades de TCI así como en qué RU concreta se debían instalar tanto el RdO para acceso desagregado como para el compartido, el 23 de octubre de 2006.

Según confirma la propia imputada mediante correo electrónico de fecha 22 de enero de 2007 enviado a IBERCOM (documento 8 adjunto al escrito de alegaciones de TESAU en el marco del recurso de reposición interpuesto por IBERCOM contra la resolución del expediente DT 2005/1025) y tal y como se confirma de la misma manera en el "pantallazo" del SGO aportado como anexo 7 del escrito de TESAU en respuesta al requerimiento de información de esta Comisión de fecha 20 de febrero de 2007 (documento 29 del presente expediente), los TCI solicitados en la central de Barcelona/Cataluña no fueron provistos por TESAU hasta el 19 de enero de 2007.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que la entrega del servicio de TCI se debía haber realizado sin sobrepasar el plazo máximo establecido en el presente procedimiento como el más breve posible, y en concreto el 31 de enero de 2005, se debe concluir que TESAU no ha dado cumplimiento en la central de Barcelona/Cataluña a lo dispuesto en el Resuelve Primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En cuanto a la central de **Madrid/Prosperidad**, como se refleja mediante correo electrónico de fecha 4 de enero de 2007 en el que TESAU comunica a IBERCOM la finalización de los TCIs solicitados (documento 4 anexo al escrito de alegaciones de TESAU en el marco del recurso de reposición interpuesto por IBERCOM contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (DT 2005/1025) y que se aporta como documento 30.2 del presente expediente), así como se desprende de la copia del "pantallazo del SGO" aportado como anexo 5 del escrito de TESAU de 20 de febrero de 2007 en contestación al requerimiento de información realizado por la instructora de este procedimiento (documento 29 del presente expediente), el servicio de TCI en dicha central se entregó con fecha 18 de diciembre de 2006.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que la entrega del servicio de TCI se debía haber realizado sin sobrepasar el plazo máximo establecido en el presente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento como el más breve posible, y en concreto el 31 de enero de 2005, se debe concluir que TESAU no ha dado cumplimiento en la central de Madrid/Prosperidad a lo dispuesto en el Resuelve Primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En conclusión, analizada toda la documentación aportada en el presente procedimiento, queda acreditado que la provisión del servicio de TCI se ha realizado fuera del plazo anteriormente establecido en las 31 centrales objeto de análisis.

TERCERO: Que TESAU no ha atendido a las solicitudes de visitas pedidas por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

Como se ha señalado en los anteriores Hechos Probados, en el Resuelve Primero del Acuerdo de esta Comisión relativo al conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU, de fecha 30 de diciembre de 2004, se señaló que TESAU debía proveer todos los servicios de la OBA solicitados por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

En el Anexo I de dicha Resolución se insertaron en una tabla los tiempos máximos de provisión de los servicios reclamados por IBERCOM que establece la OBA. En particular, en lo referente a las visitas a edificios se estableció que el tiempo máximo de provisión sería de dos días considerando como "hito inicial" la recepción de la solicitud por TESAU.

Como se desprende de los 2 burofaxes remitidos por IBERCOM a TESAU (documentos 2.4 y 2.5 del anexo 2 que adjunta el escrito de IBERCOM de fecha 10 de agosto de 2004 y que se presenta como documento 2.2 del presente expediente), con fecha 27 de mayo de 2004 se solicitaron visitas a las centrales de SS/ Ondarreta y SS/ Amara.

Posteriormente, mediante la misma vía, con fecha 3 de agosto de 2004 IBERCOM solicitó visitar el resto de centrales objeto de análisis (en concreto, 26) excepto en las centrales de SS/ San Marcial y SS/ Gros, (documentos 1.37 a 1.61 del anexo 1 adjunto al escrito de 20 de septiembre de 2004 de IBERCOM y que se presenta como documento 2.4 del presente expediente).

TESAU, en su escrito de alegaciones con fecha de entrada en esta Comisión el 12 de agosto de 2005 (documento 4, página 3) indicó que de las 18 centrales pendientes de visitar, se habían visitado 6 (en fechas, 2 de febrero, 8 de marzo, 14 y 20 de abril de 2005), todas ellas con un retraso entre uno y tres meses desde que se notificó la Resolución de constante referencia a TESAU.

Como se desprende del escrito de alegaciones de TESAU de fecha 22 de diciembre de 2005 (documento 14 del presente expediente, página 5), la imputada reconoce que sí se ha superado el plazo de 2 días para tramitar las solicitudes de visita, justificando dicho retraso en la necesidad, en determinadas ocasiones, de asistir personal técnico a dichas centrales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como muestra el correo electrónico enviado por TESAU a IBERCOM con fecha 13 de enero de 2005 (documento 1 anexo al escrito de TESAU numerado como documento 14 en el presente expediente), 9 días después de notificarse la obligación a TESAU de dar provisión de los servicios solicitados, la imputada reconoce estar estudiando las fechas en las que se puedan realizar visitas a las centrales de Barcelona/Cataluña y Madrid/Prosperidad y en cuanto al resto de las solicitudes se solicita a IBERCOM que confirme si es necesaria la asistencia de personal técnico.

Por lo anterior, teniendo en cuenta las fechas reconocidas por TESAU en su escrito de alegaciones de 12 de agosto de 2005 (documento 4) así como en las alegaciones que tuvieron entrada en el registro de esta Comisión con fecha 22 de diciembre del mismo año (documento 14) y computando de nuevo el plazo establecido en la OBA para realizar las visitas desde la fecha de notificación a TESAU de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, resulta claro la existencia de un incumplimiento del plazo máximo señalado.

En la tabla que se muestra a continuación se indican las fechas de solicitud de visitas las de realización de las mismas:

<i>Central</i>	<i>Fecha de solicitud de la visita</i>	<i>Fecha máxima con la mayor brevedad</i>	<i>Fecha de realización de la visita</i>	<i>+/- Días de retraso laborables</i>
Barcelona/Cataluña	03/08/04	10/01/05	02/02/05	17
Barcelona/Guipúzcoa	03/08/04	10/01/05	14/04/05	67
Barcelona/Roma	03/08/04	10/01/05	14/04/05	67
Barcelona/ Vía Augusta	03/08/04	10/01/05	14/04/05	67
Guipúzcoa/ Hernani	03/08/04	10/01/05	08/03/05	41
SS/Amara	27/05/04	10/01/05	08/03/05	41
SS/Gros	-	10/01/05	-	-
SS/ Ondarreta	27/05/04	10/01/05	08/03/05	41
SS/S.Marcial	-	10/01/05	-	-
Pamplona/Rochapea	03/08/04	10/01/05	01/03/05	36
Pamplona/Este	03/08/04	10/01/05	01/03/05	36
Pamplona/San Juan	03/08/04	10/01/05	01/03/05	36
Pamplona/Barañain	03/08/04	10/01/05	01/03/05	36
Navarra/Tudela	03/08/04	10/01/05	01/03/05	36
Barcelona/Sant Pau	03/08/04	10/01/05	20/04/05	71
Barcelona/Pujades	03/08/04	10/01/05	20/04/05	71
Barcelona/Laietana	03/08/04	10/01/05	19/04/05	70
Barcelona/Les Corts	03/08/05	10/01/05	19/04/05	70
Barcelona/Gracia	03/08/04	10/01/05	19/04/05	70
Barcelona/Arenes	03/08/04	10/01/05	19/04/05	70
Barcelona/Hospitalet	03/08/04	10/01/05	20/04/05	71
Madrid/Hortaleza	03/08/04	10/01/05	15/02/05	26
Madrid/Castellana	03/08/04	10/01/05	14/02/05	25
Madrid/Delicias	03/08/04	10/01/05	14/02/05	25
Madrid/Hermosilla	03/08/04	10/01/05	14/02/05	25
Madrid/Prosperidad	03/08/04	10/01/05	25/01/05	11
Madrid/Ríos Rosas	03/08/04	10/01/05	25/01/05	11
Madrid/Velázquez	03/08/04	10/01/05	15/02/05	26
Madrid/SS.Reyes	03/08/04	10/01/05	14/02/05	25
Madrid/Chamartin	03/08/04	10/01/05	15/02/05	26
Madrid/Atocha	03/08/04	10/01/05	14/02/05	25



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Visto todo lo anterior, queda acreditado que TESAU no ha actuado de forma diligente a la hora de organizar y permitir a IBERCOM realizar las visitas solicitadas, superando sobradamente el plazo establecido en la OBA en lo relativo al procedimiento de solicitud de visitas y accesos en todas las centrales solicitadas, incumpliendo por lo tanto el Resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

CUARTO: Que TESAU no ha solucionado las incidencias abiertas pendientes de resolver con la mayor brevedad posible.

Como se viene señalando en los anteriores Hechos Probados, en el Resuelve Primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 se señaló lo siguiente:

*“Tesau deberá (...) **solucionar todas las incidencias abiertas, (...), con la mayor brevedad posible**”.*

Las incidencias de provisión, que son las que se han producido en el supuesto analizado, deben resolverse en un plazo de 2 días hábiles, según establece la OBA.

Procede analizar si efectivamente la imputada solucionó todas las incidencias abiertas antes del 10 de enero de 2005, fecha límite computada a partir del 4 de enero de 2005, día de notificación de la Resolución de referencia.

Por un lado, de la documentación aportada en el presente procedimiento se demuestra que IBERCOM presentó, vía burofax, las siguientes incidencias en cuanto a la **provisión de servicios de coubicación y TCI**:

- Documentos 1.6 y 1.7 de fecha 4 de junio de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) como incidencias de provisión en las centrales de SS/Ondarreta y SS/Amara cuyo síntoma descrito es que *“solicitado el servicio de TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud.”*
- Documentos 1.8 y 1.9 de fecha 18 de junio de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) como incidencias de provisión en las centrales de SS/Ondarreta y SS/Amara cuyo síntoma descrito es que *“solicitados los servicios de coubicación y TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud.”*
- Documentos 1.14 y 1.15 de fecha 28 de junio de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) como incidencias de provisión en las centrales de SS/San Marcial y SS/Gros cuyo síntoma descrito es que *“solicitado el servicio de TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud”.*
- Documentos 1.21 y 1.22 de fecha 9 de julio de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) como incidencias de provisión en las centrales de SS/San Marcial y SS/Gros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuyo síntoma descrito es que *“solicitados los servicios de coubicación y TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud”*.

- Documentos 1.23 a 1.27 de fecha 12 de julio de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) como incidencias de provisión en las centrales de Pamplona/Este, Pamplona/San Juan, Pamplona/Rochapea, Pamplona/Barañáin y Navarra/Tudela cuyo síntoma es que *“solicitado el servicio de TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud”*.
- Documento 1.23 de fecha 11 de agosto de 2004 recogido en el anexo 1 del documento 2.3 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 20 de septiembre de 2004) como incidencia de provisión en la central de Guipúzcoa/Hernani en la que no se especifica en los síntomas de la misma el servicio por el cual se plantea.
- Documentos 1.24 a 1.44 de fecha 11 de agosto de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.3 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 20 de septiembre de 2004) como incidencia de provisión en las centrales de Madrid/Ríos Rosas, Madrid/Hermosilla, Madrid/Castellana, Madrid/SS Reyes, Madrid/Atocha, Madrid/Chamartín, Madrid/Hortaleza, Madrid/Velázquez, Madrid/Prosperidad, Madrid/Delicias, Barcelona/Arenes, Barcelona/Cataluña, Barcelona/Sant Pau, Barcelona/Roma, Barcelona/Gracia, Barcelona/Laietana, Barcelona/Hospitalet, Barcelona/Pujades, Barcelona/Les Corts, Barcelona/Guipúzcoa y Barcelona/Vía Augusta, en las que el síntoma descrito es que solicitado el servicio de TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud.
- Documentos 1.45 a 1.66 de fecha 24 de agosto de 2004 recogidos en el anexo 1 del documento 2.3 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 20 de septiembre de 2004) como incidencia de provisión en las centrales de Guipúzcoa/Hernani, Madrid/Ríos Rosas, Madrid/Hermosilla, Madrid/Castellana, Madrid/San Sebastián de los Reyes, Madrid/Atocha, Madrid/Chamartín, Madrid/Hortaleza, Madrid/Velázquez, Madrid/Prosperidad, Madrid/Delicias, Barcelona/Arenes, Barcelona/Cataluña, Barcelona/Sant Pau, Barcelona/Roma, Barcelona/Gracia, Barcelona/Layetana, Barcelona/Hospitalet, Barcelona/Pujades, Barcelona/Les Cort, Barcelona/Guipúzcoa y Barcelona/Vía Augusta cuyo síntoma descrito es que solicitados los servicios de coubicación y TCI y pasados cinco días hábiles estipulados en la OBA no se ha recibido mensaje de acuse de recibo, ni aceptación/denegación de la solicitud.

Es decir, según los documentos aportados, IBERCOM formuló incidencias por retrasos en la provisión de servicios: (i) bien porque una vez pasados cinco días hábiles desde la petición de TCI no se recibió mensaje de acuse de recibo, ni aceptación o denegación de la solicitud realizada, (ii) o bien porque pasados cinco días hábiles desde la petición del servicio de coubicación y TCI no se recibió respuesta alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tal respecto, se determina que las incidencias que se han presentado en cuanto al servicio de TCI, únicamente teniendo en cuenta la fecha en que se realizaron (5 días laborables después de solicitar de forma conjunta coubicación y TCI), no se pueden considerar realmente como tales incidencias puesto que como se ha señalado con anterioridad no es posible dar provisión de TCI hasta que no se entrega el de coubicación. Es decir, las incidencias de provisión de TCI se deberían abrir por parte del operador alternativo cuando una vez entregado el servicio de coubicación no se gestionara por parte de TESAU la provisión del servicio de TCI solicitado.

Por lo tanto, solamente se han tenido en cuenta las incidencias de provisión presentadas por IBERCOM sobre las solicitudes conjuntas realizadas de servicios de coubicación y TCI en las que se indica que no se ha recibido respuesta alguna de las mismas una vez pasados los cinco días establecidos a tal efecto en la OBA.

Teniendo en cuenta lo anterior, como se demuestra en la siguiente tabla, de las 27 incidencias que se presentaron, todas ellas se han **solucionado** una vez se han entregado los servicios, superándose en todos los casos la fecha límite de 10 de enero de 2005.

En cuanto al **cierre** de todas las incidencias ya resueltas a día de hoy, esta Comisión se remite a lo señalado en el apartado 5 del Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución en el que se da contestación a las alegaciones formuladas por TESAU en su escrito de 3 de mayo de 2006.

<i>Central</i>	<i>Fecha de solicitud del servicio (coubicación + TCI)</i>	<i>Fecha de presentación de la incidencia de provisión conjunta</i>	<i>Fecha límite de la mayor brevedad</i>	<i>Fecha de solicitud de franqueo de incidencias del servicio de TCI ⁵</i>	<i>Fecha de entrega de servicio de coubicación</i>
Barcelona/Cataluña	03/08/04	24/08/04	10/01/05	19/01/07	04/09/06
Barcelona/Guipúzcoa	03/08/04	24/08/04	10/01/05	13/05/05	15/04/05
Barcelona/Roma	03/08/04	24/08/04	10/01/05	04/03/05 ⁶	17/12/04
Barcelona/ VAugusta	03/08/04	24/08/04	10/01/05	06/03/05	15/12/04
Guipúzcoa/Hernani	03/08/04	24/08/04	10/01/05	02/04/05 (D) 07/04/05 (C)	28/02/05
SS/Amara	27/05/04	18/06/04	10/01/05	26/03/05	20/01/05
SS/Gros	18/06/04	09/07/04	10/01/05	25/02/05	07/12/04
SS/ Ondarreta	27/05/04	18/06/04	10/01/05	07/04/05	15/03/05
SS/S.Marcial	18/06/04	09/07/04	10/01/05	18/02/05	12/01/05
Barcelona/Sant Pau	03/08/04	24/08/04	10/01/05	27/02/05	21/12/04
Barcelona/Pujades	03/08/04	24/08/04	10/01/05	20/03/05	13/12/04
Barcelona/Laietana	03/08/04	24/08/04	10/01/05	15/05/05	29/04/05
Barcelona/Les Corts	03/08/04	24/08/04	10/01/05	13/05/05	29/04/05
Barcelona/Gracia	03/08/04	24/08/04	10/01/05	12/04/05 (D) 19/04/05 (C)	19/01/05

⁵ (D)= modalidad desagregada y (C)= modalidad compartida.

⁶ Las fechas señaladas en negrita de la columna titulada "fecha de solicitud de franqueo de incidencias de TCI" han sido aportadas por TESAU mediante los correos electrónicos adjuntos en el anexo 6 del escrito de alegaciones de TESAU de 19 de noviembre de 2005 (documento 14) y del anexo 6 del escrito de alegaciones de TESAU de 28 de abril de 2006 (documento 22). El resto de fechas reflejadas en la misma columna se extraen de la información aportada por TESAU en el anexo 2 de su escrito de alegaciones de fecha 12 de agosto de 2005 (documento 4 del expediente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Barcelona/Arenes	03/08/04	24/08/04	10/01/05	22/04/05 (D) 29/04/05 (C)	01/02/05
Hospitalet/Centro	03/08/04	24/08/04	10/01/05	12/04/05 (D) 12/05/05 (C) 27/05/05(C)	09/03/05
Madrid/Hortaleza	03/08/04	24/08/04	10/01/05	27/02/05	14/12/04
Madrid/Castellana	03/08/04	24/08/04	10/01/05	02/07/05	13/06/05
Madrid/Delicias	03/08/04	24/08/04	10/01/05	17/05/05	20/12/04
Madrid/Hermosilla	03/08/04	24/08/04	10/01/05	15/07/05	20/06/05
Madrid/Prosperidad	03/08/04	24/08/04	10/01/05	18/12/06	30/11/06
Madrid/Ríos Rosas	03/08/04	24/08/04	10/01/05	03/06/05 (D) 09/06/05 (C)	03/03/05
Madrid/Velázquez	03/08/04	24/08/04	10/01/05	10/03/05 (D) 14/03/05 (C)	03/02/05
Madrid/SS.Reyes	03/08/04	24/08/04	10/01/05	11/03/05	04/02/05
Madrid/Chamartin	03/08/04	24/08/04	10/01/05	27/02/05	20/12/04
Madrid/Atocha	03/08/04	24/08/04	10/01/05	22/04/05	24/02/05
Pamplona/Este	02/07/04	12/07/04	10/01/05	25/02/05	14/12/04

Por otro lado, de la documentación aportada en el presente procedimiento se demuestra que IBERCOM también presentó, vía burofax, las siguientes **incidencias de provisión a la solicitud de visitas**:

- Documentos 2.6 y 2.7 de fecha 7 de junio de 2004 recogidos en el anexo 2 del documento 2.2 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 10 de agosto de 2004) presentados como incidencia de provisión de visita en las centrales de SS/Ondarreta y SS/Amara, por no confirmar TESAU en el plazo de 6 horas que concede la OBA la aceptación o gestión de las mismas en respuesta a las solicitudes realizadas.
- Documentos 2.12 a 2.38 de fecha 5 de agosto de 2004 recogidos en el anexo 2 del documento 2.3 del presente expediente (escrito de IBERCOM de 20 de septiembre de 2004) presentados como incidencia de provisión de visita en las centrales de Guipúzcoa/Hernani, Pamplona/Este, Pamplona/San Juan, Pamplona/Rochapea, Pamplona/Barañáin, Navarra/Tudela, Madrid/Ríos Rosas, Madrid/Hermosilla, Madrid/Castellana, Madrid/San Sebastián de los Reyes, Madrid/Atocha, Madrid/Chamartín, Madrid/Hortaleza, Madrid/Velázquez, Madrid/Delicias, Barcelona/Arenes, Barcelona/Cataluña, Barcelona/San Pau, Barcelona/Roma, Barcelona/Gracia, Barcelona/Laietana, Barcelona/Hospitalet, Barcelona/Pujades, Barcelona/Les Corts, Barcelona/Guipúzcoa, Barcelona/Vía Augusta y Madrid/Prosperidad, por no confirmar TESAU en el plazo de 6 horas que concede la OBA la aceptación o gestión de las mismas en respuesta a las solicitudes realizadas.

En cuanto a este tipo de incidencias presentadas por IBERCOM por no responder TESAU a las solicitudes de visita requeridas, TESAU respetó los plazos que establece la OBA para su tramitación, lo que hizo factible la presentación de incidencias en el caso de que no se tramitaran las mismas.

De la documentación detallada se constata que TESAU superó la fecha límite de 10 de enero de 2005 como la más breve posible para realizar las **visitas** solicitadas en las 29 centrales solicitadas como se refleja en la siguiente tabla:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<i>Central</i>	<i>Fecha de presentación de la incidencia por visitas</i>	<i>Fecha límite de la mayor brevedad</i>	<i>Fecha de realización de visitas</i>
Barcelona/Cataluña	05/08/04	10/01/05	02/02/05
Barcelona/Guipúzcoa	05/08/04	10/01/05	14/04/05
Barcelona/Roma	05/08/04	10/01/05	14/04/05
Barcelona/ Vía Augusta	05/08/04	10/01/05	14/04/05
Guipúzcoa/Hernani	05/08/04	10/01/05	08/03/05
SS/Amara	08/06/04	10/01/05	08/03/05
SS/ Ondarreta	08/06/04	10/01/05	08/03/05
Pamplona/Rochapea	05/08/04	10/01/05	01/03/05
Pamplona/Este	05/08/04	10/01/05	01/03/05
Pamplona/San Juan	05/08/04	10/01/05	01/03/05
Pamplona/Barañain	05/08/04	10/01/05	01/03/05
Navarra/Tudela	05/08/04	10/01/05	01/03/05
Barcelona/Sant Pau	05/08/04	10/01/05	20/04/05
Barcelona/Pujades	05/08/04	10/01/05	20/04/05
Barcelona/Laietana	05/08/04	10/01/05	19/04/05
Barcelona/Les Corts	05/08/04	10/01/05	19/04/05
Barcelona/Gracia	05/08/04	10/01/05	19/04/05
Barcelona/Arenes	05/08/04	10/01/05	19/04/05
Barcelona/Hospitalet	05/08/04	10/01/05	20/04/05
Madrid/Hortaleza	05/08/04	10/01/05	15/02/05
Madrid/Castellana	05/08/04	10/01/05	14/02/05
Madrid/Delicias	05/08/04	10/01/05	14/02/05
Madrid/Hermosilla	05/08/04	10/01/05	14/02/05
Madrid/Prosperidad	05/08/04	10/01/05	25/01/05
Madrid/Ríos Rosas	05/08/04	10/01/05	25/01/05
Madrid/Velázquez	05/08/04	10/01/05	15/02/05
Madrid/SS.Reyes	05/08/04	10/01/05	14/02/05
Madrid/Chamartin	05/08/04	10/01/05	15/02/05
Madrid/Atocha	05/08/04	10/01/05	14/02/05

En conclusión, visto lo anterior queda acreditado que TESAU ha incumplido el primer Resuelve de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 al no resolver parte de las incidencias de provisión presentadas por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

QUINTO: Que TESAU no ha negociado la modalidad de entrega de señal solicitada por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

En el marco del conflicto que dio lugar a la Resolución de 30 de diciembre de 2004, se solicitó por parte de IBERCOM (documentos 1.12, 1.35, 1.36 del anexo 1 adjunto al escrito de IBERCOM de 20 de septiembre de 2004 que se presenta como documento 2.4 en el presente expediente) la negociación de un determinado servicio de entrega de señal en tres centrales: Madrid/Ríos Rosas y Barcelona/Vía Augusta (solicitadas el 3 de agosto de 2004) y la de SS/ Ondarreta (solicitada el 2 de julio de 2004).

Como ya se indicó en dicha Resolución (documento 2.1, página 7) el servicio de entrega de señal que solicita IBERCOM supone una modalidad no incluida en la OBA. Al tratarse de una modalidad basada en el uso de fibras ópticas vacantes, era necesario que las partes, de común acuerdo, establecieran las condiciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

particulares de la misma. En estos casos, TESAU debía atender las solicitudes en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias, pudiendo ser rechazadas solamente sobre la base de criterios objetivos, en relación con su viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red.

Así, en el Resuelve Primero de dicha Resolución se determinó que: *“Tesau deberá (...) **negociar la modalidad de entrega de señal solicitada, con la mayor brevedad posible**”*.

Al respecto y una vez analizada la documentación aportada se pueden determinar los siguientes hechos:

Mediante correo electrónico de 11 de enero de 2005 (documento 6.1 del anexo 6 del escrito de denuncia de IBERCOM de fecha 24 de febrero de 2005 que se presenta como documento 1 de este expediente) un responsable de IBERCOM instó a TESAU al cumplimiento de la obligación consistente en negociar la modalidad de entrega de señal anteriormente citada, sin obtenerse respuesta por parte de TESAU.

Como muestra el anexo 4 adjunto al documento 4 del presente expediente, TESAU responde con fecha 11 de febrero de 2005 a la solicitud realizada por IBERCOM y comunica que el servicio existente en la OBA es el de entrega de señal (que consiste en la conexión de equipos situados en dependencias de TESAU con infraestructuras o equipos del operador situados fuera de los inmuebles de TESAU) y no el que solicita IBERCOM (unión mediante fibra óptica vacante u oscura de todos los recintos de ubicación física configurando un anillo de fibra óptica oscura metropolitano sin interconexión a ningún punto de acceso fuera de los inmuebles de TESAU).

Se acredita del mismo modo que, según TESAU, como señala en su escrito de 12 de agosto de 2005 (documento 4, página 4), no existe la seguridad de que se pueda garantizar la integridad de su red ni de que la red de TESAU pueda soportar las señales que IBERCOM transmita, y por ello ejerció su derecho de rechazar la solicitud en la modalidad solicitada específicamente y añadía que dicho servicio convertiría a TESAU en una mera contratista efectiva de obra civil (canalización, tendido de fibra...) sin componente alguno de servicios de telecomunicaciones, no aportando la imputada documentación justificativa de lo señalado.

Cabe señalar que con estos únicos contactos vía correo electrónico no se puede entender que haya existido un intercambio de información suficiente que permita dilucidar la existencia de una negociación entre ambas partes tendentes a solucionar la petición en cuestión.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que en la documentación aportada por TESAU en el presente procedimiento así como en sus alegaciones, no se demuestra fehacientemente el hecho de que no se pueda garantizar la integridad de la red de TESAU y puesto que la imputada no comenzó a actuar hasta el 11 de febrero de 2005, es decir un mes después de que la Resolución de 30 de diciembre de 2004 le fuera notificada, queda acreditado que ha existido un incumplimiento por parte de TESAU del resuelve primero de dicha Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO. Que TESAU ha aplicado las fechas establecidas en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 para el cálculo de las penalizaciones por incumplimiento de los plazos de la OBA en la provisión de los servicios solicitados por IBERCOM, salvo en el caso de las centrales de Barcelona/Cataluña y Madrid/Prosperidad.

El Resuelve Segundo de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 establece que:

“Las fechas a aplicar para el cálculo de las posibles penalizaciones por incumplimiento de los plazos de la OBA en la provisión de los ya solicitados servicios y resoluciones de incidencias serán las de entrada de las peticiones en el registro de Tesau, incluidas en el Anexo 2 a esta resolución.”

En dicho Anexo 2 se establecen las fechas iniciales de las solicitudes que IBERCOM realizó en las 31 centrales objeto de análisis en el presente procedimiento.

En atención a lo establecido en el texto de la OBA en cuanto a penalizaciones se refiere, en su Anexo 1 se establecen los valores garantizados de los diversos parámetros o indicadores de nivel de servicio contemplados en la OBA y cuyo incumplimiento da lugar a las compensaciones estipuladas. De ello se desprende que se podrían pedir penalizaciones por parte del operador solicitante por retraso en la provisión de servicios de coubicación, TCI y por las incidencias de provisión teniendo en cuenta lo señalado por esta Comisión en cuanto a las penalizaciones excluyentes.

Esta Comisión ya se ha pronunciado en este sentido indicando que puede existir una situación en la que se reclamen dos tipos de penalizaciones (de provisión y de resolución de la incidencia de provisión) sobre un mismo servicio⁷. En estos casos, se trataría de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo concepto, esto es, el retraso en la provisión del servicio. No obstante, hay que señalar que esta circunstancia no tiene porqué ocurrir siempre con estos dos tipos de penalizaciones pues por definición, las incidencias de provisión son aquellas que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión del servicio, por lo que se incluyen tanto aspectos relativos a la superación de plazos de provisión como aspectos relacionados con denegaciones improcedentes, incumplimiento del procedimiento por parte de TESAU, etc.

En el supuesto que nos ocupa, TESAU debería pagar penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de coubicación y de TCI solicitados, si efectivamente han existido retrasos por los mismos, pero no por las incidencias de provisión señaladas puesto que estas mismas lo son por el retraso en la provisión de los mismos servicios y no por otras causas o motivos generados durante la tramitación del procedimiento de entrega que podrían ser objeto de penalización.

⁷ Resolución de 27 de octubre de 2005 relativa a la solicitud de TESAU para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT2005/511) y Resolución de 10 de noviembre de 2005 por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (RO2005/348).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, como muestra TESAU en su escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión con fecha el 3 de mayo de 2006 (documento 22), el cálculo de las penalizaciones correspondientes se ha realizado de la siguiente forma.

En la Resolución de 30 de diciembre de 2004 se adjuntan dos Anexos. El primero de ellos presenta una tabla en la que se relaciona lo siguiente:

- Servicio de OBA (Columna 1)
- Tiempo máximo de provisión (Columna 2)
- Tiempo previo al hito inicial (Columna 3)
- Hito inicial (Columna 4)

En el anexo 2 se presenta una tabla en la que se relacionan las 31 centrales objeto de análisis y la fecha en que se realizaron las solicitudes.

- Así, en primer lugar, se computan sobre las fechas de solicitud de servicios establecidas en el Anexo 2, los plazos establecidos en la columna 3 denominada “tiempo previo al hito inicial” del Anexo 1. El resultado obtenido es la fecha teórica del hito inicial.
- A continuación sobre dicho resultado se le computan los plazos máximos de provisión de los servicios establecidos en la columna 2 del Anexo 1, obteniéndose la fecha prevista de entrega de los servicios.
- Finalmente, teniendo en cuenta la fecha real de entrega por parte de TESAU de los servicios solicitados y la fecha prevista de entrega obtenida anteriormente, la diferencia entre ambas es el resultado de los días de retraso que estarían justificados en cuanto al cómputo de penalizaciones.

Se entiende correcto el cálculo aplicado para definir las penalizaciones a las que está obligada TESAU a pagar. Sin embargo, entre las centrales a las que se aplica el cálculo de penalizaciones (documento 2 del escrito de alegaciones de TESAU de 3 de mayo de 2006), no se incluyen las derivadas de los servicios solicitados en la central de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña, las cuales deberían haber sido calculadas a efectos de liquidar las penalizaciones generadas en las mismas como se ha hecho con el resto de centrales, una vez que las mismas finalmente han sido entregadas.

Por lo tanto, se aprecia que TESAU ha cumplido con lo establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, en cuanto al cálculo de las penalizaciones que le corresponden a IBERCOM por retrasos en la provisión de los servicios de coubicación y de TCI, salvo para las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO: Que TESAU no ha proporcionado a IBERCOM los niveles de escalado para incidencias de los servicios de la OBA en el plazo de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En el Resuelve tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 se determinó por parte de esta Comisión que:

*“Tesau deberá proporcionar a Ibercom los datos de los responsables de los niveles de escalado para incidencias de los servicios de la OBA, dentro de los **5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación** de la presente resolución, en el caso de no haberlo hecho previamente”.*

Teniendo en cuenta que la Resolución en cuestión fue notificada a TESAU el 4 de enero de 2005, el plazo máximo para facilitar los datos de los responsables de los niveles de escalado para incidencias finalizaba el 12 de enero de 2005.

Del análisis llevado a cabo en el presente procedimiento se pueden confirmar los siguientes hechos:

Según correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2004 (aportado como anexo 3 a las alegaciones de TESAU de 12 de agosto de 2005 que se numera como documento 4 en el presente expediente), la imputada informó a IBERCOM de los datos de una única persona designada para los temas técnicos y niveles de escalado.

Por otro lado, TESAU indicó en su escrito de 12 de agosto de 2005 (documento 4) que el día 16 de diciembre de 2004 remitió a IBERCOM el nombre de su Asesor Técnico de Cliente, designado como interlocutor y que con fecha 3 de diciembre de 2004, *“si bien no se trataba de modo estricto de contactos propiamente designados para escalado de incidencias, se le solicitó a IBERCOM que incorporase dos personas en sus comunicaciones, pertenecientes a la Jefatura de Atención al Cliente, para que estuviesen informadas y efectuaran un seguimiento constante de las necesidades del operador”.*

Mediante correo electrónico de fecha 11 de enero de 2005 (documento 6.1 del anexo 6 del escrito de denuncia de IBERCOM de fecha 24 de febrero de 2005 que se presenta como documento 1 de este expediente) se acredita que IBERCOM informó a TESAU sobre la necesidad de comunicarle a aquél los contactos de escalado para dar cumplimiento con lo establecido en la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, sin recibirse respuesta alguna por parte de TESAU.

Según se desprende del documento 12 anexo al documento 8 del presente expediente, con fecha 16 de mayo de 2005, TESAU remitió a IBERCOM un correo electrónico en el que le comunicaba la remisión de una nueva versión del *“procedimiento de comunicación de reclamaciones para los servicios contratados”*, señalándose además que *“una vez obre en nuestro poder el documento debidamente formalizado con sus escalados les enviaremos los escalados de TdE”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se desprende del documento 5 anexo al escrito de alegaciones de TESAU que se numera como documento 14 en el presente expediente, TESAU comunicó a IBERCOM, el 2 de septiembre de 2005, un cambio de Asesor Técnico de Cliente.

Cabe señalar que en el presente procedimiento se aporta otro documento (documento 6 anexo al mismo documento citado anteriormente), de fecha 16 de mayo de 2005, sobre procedimientos de gestión de incidencias por Averías relacionadas con la interconexión y servicios portadores pero que no son aplicables al procedimiento de gestión de incidencias de provisión de servicios de OBA, como así reconoce la misma TESAU en su escrito de alegaciones.

Visto lo anterior, queda acreditado el incumplimiento de la obligación establecida de entregar la información relativa a los responsables de los niveles de escaldado para incidencias de TESAU en el plazo de cinco días desde la notificación de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la 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 de los hechos probados.

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.

Del análisis llevado a cabo y de las consideraciones que se han vertido en el Apartado III de Hechos Probados, se ha concluido que TESAU ha incumplido la Resolución de 30 de diciembre de 2004, incurriendo con ello en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel. Más aún, TESAU no ha acreditado ninguna causa de justificación por lo que conducta resulta antijurídica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se procede ahora a contestar las alegaciones formuladas por TESAU.

Sobre la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

TESAU, en referencia al concepto de la mayor brevedad posible, realiza las siguientes manifestaciones:

- Señala, en sus escritos de alegaciones de 28 de abril de 2006 y 25 de mayo de 2007, que dado que la parte dispositiva de la resolución del conflicto en cuestión (DT 2004/1367) obligaba a la provisión de determinados servicios, a la solución de incidencias y a negociar la modalidad de entrega de señal, “a la mayor brevedad posible”, desde el momento en que se ha cumplido con la provisión de los servicios, se ha cumplido con la parte dispositiva de la misma.
- Que aunque la jurisprudencia reconoce la posibilidad de imponer una sanción por vulneración de un concepto jurídico indeterminado como sería el de *“mayor brevedad posible”*, existen dos limitaciones:
 - a) Desde el punto de vista formal que el concepto indeterminado ha de estar en norma de rango legal y reglamentario, por lo que no es legítimo que la CMT pretenda sancionar por un incumplimiento de un concepto indeterminado establecido en un acto administrativo suyo, determinando su alcance precisamente en el seno del expediente sancionador.
 - b) Desde el punto de vista material, el principio de legalidad exige una suficiente predeterminación normativa de la conducta sancionada, no pudiéndose admitir una interpretación que equipare el plazo de la mayor brevedad posible con los de la OBA y debiendo haber sido fijado el plazo expresamente.

Entiende TESAU que el concepto analizado debería entenderse como el menor plazo posible, atendiendo a circunstancias que puedan retrasar el cumplimiento. Es decir, el concepto de la mayor brevedad posible se debía haber entendido como aquel en el que la CMT insta a TESAU a actuar diligentemente en función de las circunstancias cumpliendo con sus obligaciones con la mayor brevedad, de lo que podrá resultar un plazo superior o inferior a la OBA, debiendo haber analizado entonces la CMT la casuística asociada a cada servicio y a cada central para acreditar que tales servicios no se han entregado con la mayor brevedad posible y que TESAU no empleó la diligencia debida.

- Añade TESAU que la doctrina del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) es contraria a sancionar por conceptos jurídicos indeterminados salvo que concurran circunstancias que hagan razonablemente factible la concreción de los mismos. Es más, señala la imputada que esta Comisión se ha apartado de su práctica decisoria al establecer un plazo indeterminado pues cuando ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

querido lo ha fijado de forma expresa como lo demuestran una extensa lista de Resoluciones, entre ellas la de 21 de diciembre de 2006, la de 8 de junio de 2006 o la de 9 de junio de 2005.

Al respecto se deben realizar las siguientes consideraciones:

Con carácter general, cabe señalar como ya se hizo en el Apartado II de la presente Resolución, que se puede afirmar, una vez analizada toda la documentación aportada en el presente procedimiento, que no ha existido ninguna causa justificativa que le impidiera a TESAU cumplir con la obligación que le imponía la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En primer lugar, esta Comisión debe indicar que la interpretación de TESAU de que desde el momento en que se ha cumplido con la provisión de los servicios, se ha cumplido con la parte dispositiva de la Resolución, resulta del todo errónea porque si bien es verdad que finalmente TESAU ha procedido a la provisión de los servicios solicitados, también es evidente que dicha obligación de provisión estaba condicionada a que se realizara a la mayor brevedad posible, cosa que no ha sido cumplida por parte de TESAU.

En segundo lugar, resulta evidente que TESAU no puede acogerse a concepciones formalistas para eludir el cumplimiento de las resoluciones en las que se aprueban obligaciones de hacer en materia de acceso al bucle de abonado.

El legislador ha dotado a esta Comisión de un medio específico para lograr la realización de los objetivos y principios establecidos en la LGTel, entre los que destaca, entre otros, el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de redes y en el suministro de los recursos asociados a ello, la promoción del desarrollo del sector de las telecomunicaciones, etc; principios a cuya realización van dirigidas las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuyo cumplimiento garantiza el artículo 53 r) de la LGTel.

Cuando se otorga a la CMT la facultad de dictar resoluciones en determinados ámbitos, dota, asimismo, a esta Comisión del instrumento a través del cual se va a obligar a los destinatarios de sus Resoluciones al cumplimiento de su contenido, ese instrumento lo constituye la facultad sancionadora regulada en el título VIII de la LGTel. Sin esa facultad de sancionar quedaría vacía esta obligación de cumplimiento, dificultándose el ejercicio competencial de esta Comisión al no tener consecuencias para los operadores la infracción del contenido de sus Resoluciones.

En cuanto a la exigencia en base al principio de legalidad de que debe existir una suficiente predeterminación normativa de la conducta sancionada, cabe señalar que el mandato establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 era lo suficientemente claro para que la imputada pudiera ejecutarlo.

Resulta necesario incidir en que el TC acepta el empleo de conceptos jurídicos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indeterminados en las normas sancionadoras y así se ha pronunciado en diversas ocasiones, sirva entre otras el Auto 100/2001, de 26 de abril (RTC 2001,100 AUTO). En concreto, el TC viene a aceptar que los conceptos jurídicos indeterminados son compatibles con la exigencia de certeza que deriva del artículo 25.1 de la CE, al ser su concreción razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, las conductas sancionadas.

Por lo tanto, como hemos señalado con anterioridad en el Hecho Probado Primero de la presente Resolución, ante la existencia de un concepto jurídico indeterminado como es el de “*mayor brevedad posible*” surge la necesidad de determinar qué se puede entender como un plazo razonable objetivo, que permita dilucidar si se ha incumplido la Resolución objeto del presente procedimiento teniendo en cuenta posibles circunstancias o causas excepcionales que justifiquen dicho retraso, facultad que ha venido claramente reconocida por parte de la jurisprudencia a la Administración que corresponda. (Sirvan, entre otras, la STS de 16 de julio de 2001 (RJ 2001/7757) y la STS de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003/955).)

Ante esta situación reconocida, el órgano encargado de determinar el concepto jurídico indeterminado en cada caso, ciertamente, no puede actuar con total libertad y sin límite a la hora de definir el concepto indeterminado en cuestión, pues ello sí que sería ilógico y no ajustado a Derecho, pero esto no significa que ante una serie de alternativas, dicho órgano no pueda y deba decidir la que resulte más conveniente según las circunstancias acaecidas. En este sentido se ha pronunciado numerosa jurisprudencia, entre otras, la STS de 7 de octubre de 2000 (RJ 2000/8622) o la STS de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000/5154) al indicar:

“...en las decisiones basadas en el principio de discrecionalidad ha de partirse del supuesto de la existencia de diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección, mientras que en los supuestos en los que la habilitación legal para seleccionar se confiere mediante el mandato de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cual es el de la “proposición más ventajosa”, la decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectual en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cuál de las ofertas presentadas es subsumible en el único supuesto de solución justa ...”

Así, lo anterior aplicado al presente caso, supone que esta Comisión entre las posibilidades existentes de definir el concepto jurídico indeterminado “*con la mayor brevedad posible*” y valorado que debía definirse un plazo que cumpliera los requisitos de ser (i) razonable, (ii) posible de cumplir y (iii) breve (dados los retrasos ya existentes en la entrega de los servicios denunciados por IBERCOM), ha establecido la mayor brevedad posible como los plazos máximos que establece la OBA para entregar cada uno de los servicios en cuestión. Y ello se hace en base a estos criterios que justifican dicha decisión y porque entiende que la elección de este plazo podía ser perfectamente apreciable por la imputada a la hora de dar cumplimiento a la Resolución que imponía la obligación de entregar unos servicios regulados en una Oferta donde se establecen unos plazos que en su momento no fueron cumplidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Manifiesta TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución que no alcanza a comprender la vinculación realizada por la Instrucción entre los conceptos “con la mayor brevedad posible” y “el plazo máximo que establece la OBA”, así como la disquisición que realizada en la Propuesta (página 16) entre “lo antes posible” y “con la mayor brevedad posible”.

Pues bien, resulta claro como se desprende de la anterior exposición, que esta Comisión puede valorar, dentro de los límites legales existentes, la solución más justa posible para definir el concepto jurídico indeterminado en cada caso, y es lo que ha hecho al vincularlo al plazo máximo que establece la OBA, por entender que resulta el más justo en base a lo ya argumentado a pesar de que a TESAU no le pueda parecer el más correcto. Cumple por tanto esta Comisión precisamente con lo alegado por TESAU en cuanto a poder sancionar por conceptos jurídicos indeterminados cuando concurren circunstancias que hagan razonablemente factible la concreción de los mismos.

En cuanto a la diferenciación entre “lo antes posible” y “con la mayor brevedad”, se debe entender que la Instrucción del presente procedimiento lo que pretendía era dejar constancia de que a pesar de lo que señala TESAU, la propia Resolución que establecía el concepto de “con la mayor brevedad posible” ya estaba indicando la urgencia de cumplir con lo establecido en la misma pues no se limita a señalar que se entreguen los servicios lo antes posible sino que se haga “con la mayor brevedad”.

En tercer lugar, según TESAU, esta Comisión debía haber entendido el concepto de la mayor brevedad posible como el de actuar diligentemente en función de las circunstancias, debiendo haber analizado la casuística asociada a cada servicio y a cada central para acreditar que tales servicios no se han entregado con la mayor brevedad posible y que TESAU no empleó la diligencia debida.

Al respecto, aunque la respuesta a esta alegación se realizará de forma pormenorizada en la respuesta a la alegación relativa a la entrega de los servicios de cobricación, resulta interesante traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005 y 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.

Por último, en cuanto a que el regulador se ha apartado de su práctica decisoria yendo en contra de “los criterios de experiencia” a que alude el TC, al no establecer un plazo determinado en este caso y haciéndolo cuando ha querido de forma expresa en otros, cabe señalar que precisamente como se puede observar, los numerosos ejemplos de Resoluciones de la CMT que aporta TESAU en las que se determinan plazos concretos para su cumplimiento, son Resoluciones aprobadas por el Consejo de esta Comisión posteriores todas ellas a la fecha de Resolución de 30 de diciembre de 2004 (a partir de 2005) y la razón de su determinación expresa no fue otra que, ante el repentino incremento de conflictos de acceso planteados por los operadores en el marco de la OBA por retrasos en la entrega de sus servicios ante esta Comisión, conseguir un cumplimiento mucho más exhaustivo y rápido sin posibilidad de dar lugar a posibles interpretaciones o dilaciones por parte de quien debiera cumplirlos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la caducidad del presente procedimiento sancionador.

TESAU en su escrito de alegaciones de 25 de mayo de 2007 manifiesta la necesidad de tener en cuenta que el concepto jurídico de la caducidad tiene como fin fomentar la actuación de la Administración con el objetivo de evitar que el administrado quede sujeto, durante un periodo excesivo de tiempo, a la incertidumbre que supone la tramitación de un expediente sancionador, señalando con ello que esta Comisión ha dedicado más de 23 meses a tramitar este procedimiento.

Añade a lo anterior la imputada que en el periodo de información previa, en lugar de practicar sólo las actuaciones necesarias para determinar la existencia de indicios de infracción de la Resolución de esta Comisión, la CMT ha realizado la práctica totalidad de las pruebas necesarias para la determinación de los hechos y la responsabilidad de TESAU, dejando más de seis meses y medio sin practicar ni una sola actuación e, inmediatamente después, ha acordado la ampliación de plazo máximo de resolución por el mismo tiempo sin estar el mismo justificado.

A lo anterior se deben hacer las siguientes consideraciones:

En base al principio de especialidad, se reconoce en el apartado c) del artículo 58 de la LGTel que *“el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes”*.

Por su parte, el artículo 42.6 de la LRJPAC, establece que excepcionalmente podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

Las alegaciones de TESAU deben ser rechazadas por esta Comisión ya que la ampliación de plazo se acordó por esta Comisión con razones sobradamente justificadas tales como (i) la especial complejidad del procedimiento, que se concreta en la existencia de al menos 180 documentos, (ii) la complejidad que implica la correcta valoración de todos los documentos aportados en el expediente DT 2005/1025, (iii) la recepción de un nuevo escrito de IBERCOM el 27 de diciembre de 2006, (iv) la existencia de nueva documentación aportada en el marco del recurso de reposición contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 y (v) la necesidad de practicar un nuevo requerimiento de información a la imputada.

En apoyo a lo señalado, la Audiencia Nacional ya se ha pronunciado al respecto en una Sentencia reciente de 25 de abril de 2006 (RJCA 2006/346) en el que TESAU impugnaba la Resolución de la CMT de 10 de julio de 2003 que resolvía el expediente sancionador AJ 2002/7247, así como en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2005 en la que TESAU impugnaba la Resolución de la CMT de 30 de abril de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta necesario resaltar, por un lado, la dificultad con que se ha encontrado la Instrucción del presente procedimiento a la hora de sistematizar toda la documentación aportada de los diversos expedientes acumulados (solicitudes de cada uno de los servicios en las 31 centrales afectadas, correos electrónicos de confirmación de costes, confirmaciones de proyectos técnicos, cruces de correos entre los dos operadores, presentación de incidencias por los servicios solicitados, análisis del cálculo de las penalizaciones, cuadro de fechas aportadas, etc.), y por otro, que la necesidad de ampliación de plazo se debió principalmente a la existencia de nueva documentación de posible relevancia para este procedimiento de la cual la Instrucción tuvo conocimiento tras la interposición por parte de IBERCOM de un recurso de reposición contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 relativa al conflicto DT 2005/1025 ante esta Comisión, así como de la necesidad de realizar un nuevo requerimiento de información antes de finalizar la Instrucción.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por TESAU de que durante el periodo de información previa se han practicado la mayoría de las actuaciones necesarias para determinar la existencia de indicios de infracción de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El periodo de actuaciones previas regulado en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en lo sucesivo, Reglamento Sancionador), resulta necesario por la trascendencia que tiene el ejercicio de la potestad sancionadora, que se manifiesta no sólo en la resolución sancionadora en sí, sino en la mera tramitación del procedimiento, de tal forma que el imputado que es objeto de un expediente sancionador por esta circunstancia ya resulta afectado en su estatus jurídico. Es por ello, que con la finalidad de permitir a la Administración conocer los hechos previsiblemente infractores y las circunstancias, puede ésta practicar las actuaciones de investigación e indagación necesarias previas para verificar hasta qué punto existe base racional para entender producido un hecho infractor imputable a una persona, posibilitándola para valorar la conveniencia o no de incoar el expediente sancionador.

La jurisprudencia es clara al señalar que puesto que las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador en sí mismo, ya que no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente, éstos no afectarán a la caducidad del procedimiento posterior ni a su cómputo, cuyo *dies a quo* seguirá siendo el día de la incoación (por todas, la SAN de 19 de septiembre de 2001 (RJCA 2002, 935)).

Ciertamente, existe la duda de hasta qué momento puede una Administración prolongar su actividad en el marco de las actuaciones previas. Puesto que no hay previsión legal al respecto, la doctrina es clara al señalar que todo depende de las circunstancias concurrentes, de la entidad de los datos obtenidos y de los conocidos.

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, señalando que los defectos en la realización de estas actuaciones previas no vician al procedimiento sancionador posterior desde el punto de vista de las garantías formales, criterio que no debe obstar para posibilitar su control judicial ante eventuales vicios legales de entidad como sería la vulneración de algún derecho fundamental.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, es sabido que toda la documentación obtenida y cualesquiera otros elementos de conocimiento que se hayan podido alcanzar en la fase preliminar a la que hacemos referencia, una vez incoado el procedimiento, se incorporarán al expediente abierto, quedando sometidos la documentación y demás elementos probatorios a las reglas generales establecidas en la ley.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, esta Comisión entiende que cada una de las actuaciones llevadas a cabo han sido realizadas correctamente, así mismo en el marco de las actuaciones previas, teniendo en cuenta que la denuncia de IBERCOM hacía referencia a 31 centrales y a diferentes servicios (cobertura, TCI, entrega de señal) así como a numerosas solicitudes de resolución de incidencias y de visitas así como facturación de penalizaciones, resultó necesario para su correcta determinación realizar un requerimiento de información relativa a los hechos denunciados así como analizar las alegaciones tanto de TESAU como de IBERCOM.

Sobre que los Hechos Probados ya han sido sancionados en el expediente RO 2004/1811.

Señala TESAU en su alegación tercera del escrito de 25 de mayo de 2007 que los retrasos incluidos en la Propuesta de Resolución ya han sido objeto de una severa y desproporcionada sanción por la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811), que no distinguió entre operadores, ni entre servicios, ni tampoco entre las obligaciones derivadas directamente de las Resoluciones que aprobaron la OBA y las Resoluciones que resolvieron conflictos particulares.

Añade la imputada que cada uno de los retrasos por los que se le sanciona en el presente procedimiento ya han sido sancionados en el periodo temporal que abarcaba la Resolución de 16 de noviembre de 2006, entre 2004 y abril de 2005 que declaraba un incumplimiento generalizado por parte de TESAU de servicios OBA, sin distinguir entre los que son objeto de una resolución específica de la propia CMT, y ello por entender que el periodo establecido en aquella Resolución no era un periodo cerrado.

Finalmente, indica TESAU en cuanto a los retrasos que han sido posteriores al 30 de abril de 2005, que los mismos han resultado insignificantes y no merecen la continuación del expediente sancionador, pues aunque es cierto que existen servicios que se han proporcionado después del 30 de abril de 2005, la causa fundamental de los retrasos es debida a las dificultades que ha encontrado TESAU para proveer sus servicios en el periodo de tiempo a que se contrae la Resolución de 16 de noviembre de 2006.

Esta interpretación de TESAU resulta del todo errónea si se tienen en cuenta los requisitos que se establecen para que se aplique el principio *“non bis in idem”*. El artículo 133 de la LRJPAC establece que: *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puesto que resulta evidente la identidad de sujeto en ambos procedimientos, solo resulta necesario analizar los dos requisitos restantes para determinar si efectivamente, tal y como alega TESAU, se vulnera el principio “*non bis in idem*”.

La identidad de fundamento postulada en el principio “*non bis in idem*”, se manifiesta principalmente en los bienes jurídicos que tutelan las normas sancionadoras.

En derecho administrativo sancionador, podemos encontrarnos dos tipos de infracciones: las que lesionan un único bien jurídico protegido, y aquellas otras que lesionan simultáneamente varios bienes jurídicos protegidos. (Véase la Sentencia del TC 234/1991, de 10 de diciembre).

En el caso concreto en el que nos encontramos, resulta evidente que el bien jurídico que se tutela en ambos procedimientos no es otro que el cumplimiento de las resoluciones de esta Comisión al amparo de la legislación vigente, esto es, por un lado, la Resolución de 29 de abril de 2002 y la Resolución de 31 de marzo de 2004 en las que se establecen una serie de obligaciones que debe contener la Oferta de Referencia de TESAU (OBA), y por otro, en este caso la Resolución de 30 de diciembre de 2004 que pone fin al conflicto de acceso entre TESAU e IBERCOM.

Respecto a la identidad de hechos, resulta evidente que no se cumple en el presente procedimiento respecto al expediente RO 2004/1811.

Como establece abundante doctrina la apreciación de identidad fáctica cuya concurrencia se exige para vulnerar el principio “*no bis in idem*” significa tener en cuenta los hechos constitutivos de la infracción como tal, debiendo tratarse de una coincidencia total en los hechos. Así, el Auto TC 329/1995, de 11 de diciembre, utiliza como argumento para desestimar la identidad fáctica que “*como fundada y razonadamente determinan las resoluciones impugnadas, la coincidencia fáctica es meramente parcial, constatándose que los relatos se refieren a sujetos pasivos distintos, que los actos concretos de impedimento de acceso al edificio debieron ser distintos, y que en el segundo relato se añaden nuevos comportamientos tendentes a justificar los iniciales*”.

En efecto, mientras que en el procedimiento RO 2004/1811 los hechos sancionados eran los incumplimientos de forma continuada y generalizada de los procedimientos y condiciones materiales de provisión de los servicios incluidos en la OBA de TESAU, en el presente procedimiento sancionador los hechos sancionados son aquellos por los que TESAU no ha dado cumplimiento a lo establecido en los Resueltos Primero y Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, es decir, proveer todos los servicios OBA solicitados por IBERCOM, solucionar todas las incidencias abiertas y negociar la modalidad de entrega de señal solicitada, con la mayor brevedad posible, así como, proporcionar todos los datos de los responsables de los niveles de escalado para incidencias dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la Resolución.

Dicho esto, se aprecia por tanto que en el actual procedimiento se está sancionado el incumplimiento de TESAU de un mandato posterior establecido expresamente por esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión en la Resolución del conflicto entre IBERCOM y TESAU donde ya se constató que se habían incumplido los plazos establecidos en otra Resolución de esta Comisión como es la de 31 de marzo de 2004.

Sobre la provisión de los servicios de ubicación solicitados por IBERCOM.

En primer lugar, señala TESAU en su escrito de alegaciones de 28 de abril de 2006 que, en el caso de la provisión de los servicios de ubicación, dichos servicios han sido provistos, por lo que es indiscutible el cumplimiento de la Resolución en cuestión. Además señala que por los retrasos producidos, también ha realizado el pago de las penalizaciones correspondientes.

En segundo lugar, manifiesta TESAU en sus alegaciones que en algunas centrales en concreto ha sido necesario proceder a ampliaciones de sala para entregar los espacios solicitados, hecho que supone que los plazos establecidos en la OBA pasan de ser 15 días laborables a 45 y no 7 como señala IBERCOM.

Por último, TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución manifiesta que la metodología utilizada para cuantificar los retrasos presenta graves incoherencias e incurre en errores.

A lo anterior, cabe señalar que como se afirma en las propias alegaciones de IBERCOM de 7 de octubre de 2005, efectivamente, las solicitudes realizadas por IBERCOM en el año 2004 finalmente han sido entregadas, pero este hecho como intenta TESAU argumentar en su escrito no es decisivo para entender que TESAU ha cumplido con la Resolución de 30 de diciembre de 2004, puesto que el Resuelve Primero es claro al determinar que no basta con que se provisionen una serie de servicios pendientes de entrega sino que debe hacerse a la “mayor brevedad posible”, cosa que no se ha producido en la mayoría de las centrales.

Por otro lado, en el marco del conflicto de acceso resuelto el 30 de diciembre de 2004 se tuvo en cuenta la situación de cada central, según se tratara de ubicación con SdT o SdO nueva, SdT o SdO con espacio adicional o SdT o SdO habilitada.

Dicho esto, es necesario remarcar que como indica TESAU en el listado que aporta en sus alegaciones en cuanto a las solicitudes de ubicación se aprecia el tipo de ubicación requerida para cada central (SdO o SdT), de la misma manera que cuando envió por correo electrónico los costes de cada una de las centrales a confirmar por IBERCOM, pero lo que no hace es comunicar a IBERCOM con posterioridad los posibles casos en los que era necesario sala nueva o espacio adicional para que el operador alternativo lo tuviera en cuenta.

Por último, debe señalarse que en absoluto es atendible la alegación de TESAU en la que manifiesta la incoherencia de la metodología utilizada para cuantificar los retrasos debiendo tenerse en cuenta en el cómputo de plazos un conjunto de circunstancias que inciden en los mismos como puedan ser permisos de obra, obra civil, proyecto, demoliciones, albañilería, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta evidente que lo que la imputada no puede pretender es que a la hora de tener que cumplir TESAU los plazos para entregar los servicios solicitados, una vez se le ha obligado a entregarlos a la mayor brevedad posible, se le computen de nuevo todos los plazos que permite la OBA con carácter específico. Es decir, no resultaría lógico que se le concediera a la imputada reiniciar de nuevo los procedimientos establecidos en su Oferta para entregar los servicios pendientes, pues si bien ciertamente la OBA establece una serie de casuísticas y de plazos diferentes dependiendo de cada situación (por ejemplo, que exista sala habilitada o no, que se tengan que realizar obras, etc.), cuando en la Resolución del conflicto de acceso entre TESAU e IBERCOM se estableció que debía atender una serie de obligaciones con la mayor brevedad posible, ya se hacía analizadas las circunstancias acaecidas y se había considerado que TESAU había superado en todas las centrales los plazos que permite la OBA para cada procedimiento, habiendo tenido en cuenta posibles justificaciones, paradas de reloj e incluso ampliaciones de salas.

Por lo tanto, en el marco del presente procedimiento sancionador, como el hecho infractor no es otro que el incumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, resulta totalmente coherente que el *dies a quo* a tener en cuenta para el cómputo de periodo más breve posible sea desde el momento en que se notifica a la interesada dicha Resolución, que fue el día 4 de enero de 2005, momento a partir del cual se contabilizaría el plazo general que establece la OBA para entregar el servicio de coubicación en este caso.

Sobre la entrega de los servicios de TCI solicitados por IBERCOM.

En primer lugar, TESAU alega de la misma forma que lo hace con los servicios de coubicación que en cuanto a la provisión de los servicios de TCI se ha procedido a la entrega de los mismos a la mayor brevedad posible, ya que los retrasos estaban justificados, habiendo cumplido por lo tanto con lo indicado en la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En segundo lugar, la imputada alega que en cuanto a la provisión del servicio de TCI, según IBERCOM, la fecha de solicitud de la provisión del mismo no es la real proporcionada por el SGO sino la fecha en que ha manifestado su intención de solicitarlo, que es la fecha cuando pide el servicio de espacio de coubicación, lo cual según TESAU no tiene validez formal en cuanto a plazos de provisión de los TCI, pues la solicitud de un TCI no puede provisionarse antes que el servicio de coubicación.

Por último, de la misma forma que para el servicio de coubicación, TESAU en su alegación séptima del escrito de 25 de mayo de 2007, señala que han existido graves errores de metodología utilizada en la Propuesta de Resolución para cuantificar los retrasos en la provisión de servicios de TCI puesto que el cómputo de los 10 días hábiles a partir de la finalización de los 7 previstos para la coubicación que son considerados como la mayor brevedad posible, conduce a entender como retrasos supuestos que la propia OBA excluye del cómputo de los plazos establecidos para la prestación de tales servicios, es decir, la Propuesta de Resolución debía haber contado el plazo para la provisión del servicio de TCI a partir de la entrega efectiva del servicio de coubicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A todo lo anterior, se realizan las siguientes consideraciones. En primer lugar, es necesario determinar que de la misma manera que ocurre con los servicios de coubicación que se solicitaron en las 31 centrales objeto de este procedimiento, la entrega del servicio de TCI debía realizarse en el menor plazo posible, hecho que no se ha cumplido en determinadas centrales.

Esta Comisión ha declarado en ocasiones anteriores y en el propio conflicto DT 2004/1367 que la solicitud simultánea del servicio de coubicación y el de TCI es posible debiéndose tener en cuenta a la hora de computar posibles retrasos en la entrega del TCI que los plazos se cuantifican desde la fecha en que se habilitó realmente el espacio necesario en cada central o terminó el plazo al efecto y no desde la fecha en que se solicitó conjuntamente el servicio de coubicación y TCI.

Lo anterior resulta lógico y así se planteó en el marco del conflicto DT 2006/446 entre GRUPALIA INTERNET, S.A. y TESAU, en el cual se señala que en lo relativo al procedimiento de entrega de TCI la OBA establece que debe hacerse efectiva en el plazo de 10 días desde la aceptación de la solicitud o bien desde la fecha en que TESAU pueda tener acceso al recinto de coubicación y se le notifique la disponibilidad del RdO, si éste es instalado por el operador, entendiéndose que dicho plazo contará a partir de la opción que ocurra con posterioridad. Y ello es así porque la referencia de ubicación del RdO es un parámetro que el operador escoge libremente entre los espacios que le son asignados por TESAU dentro de la sala de coubicación y que son comunicados a los operadores a través del correspondiente proyecto técnico.

Por consiguiente, una vez se finalizan los trabajos de habilitación del recinto, el instante a partir del cual debe iniciarse el cómputo del plazo estipulado para la entrega del TCI se corresponderá, cuando el RdO haya sido instalado por TESAU, con la fecha en que el operador ubicado facilite a TESAU el acceso al recinto, o bien, cuando el RdO sea proporcionado por el operador, con la fecha en que dicho RdO sea efectivamente instalado, y así fue tenido en cuenta cuando se resolvió el conflicto de acceso entre los operadores en cuestión.

Por último, respecto a la última alegación de TESAU de la existencia de graves errores de metodología utilizada en la Propuesta de Resolución para cuantificar los retrasos en la provisión de servicios de TCI, reiterar lo expuesto en el apartado anterior.

Sobre las solicitudes de visita a las centrales de TESAU.

TESAU, en su escrito de alegaciones, señala que en lo concerniente a las solicitudes de visita de centrales, en ningún caso puede deducirse que el exceso en el plazo de dos días constituye un incumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, puesto que se producen de forma justificada y depende en muchos casos de la disponibilidad del operador.

Añade la imputada que las visitas se han realizado con total conocimiento del operador ya que ha asistido a las mismas y se han levantado las actas correspondientes, siendo imposible gestionar las visitas a una central en el plazo de dos días cuando es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesario personal altamente cualificado para poder responder dudas y consultas técnicas.

TESAU, en su alegación novena a la Propuesta de Resolución, manifiesta que la misma no ha realizado un análisis individualizado que permita concluir que no se han realizado las visitas con la mayor brevedad posible, limitándose a considerar incumplidas todas aquellas que se hayan realizado transcurridos dos días desde la notificación a TESAU de la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Entiende así TESAU que la valoración realizada por la Instrucción en la Propuesta de Resolución sobre si la denegación de una visita ha sido o no comunicada al operador solicitante, podría tener sentido en el marco del análisis del cumplimiento de la OBA pero no cuando se trata de acreditar si TESAU ha prestado un determinado servicio con la mayor brevedad posible.

Respecto a la realización de visitas por parte de los operadores autorizados esta Comisión ya se ha pronunciado con anterioridad en diversos conflictos sobre este tema⁸. Del mismo modo, la OBA es clara al tratarlo en su apartado 2.13.4. Por lo tanto queda claro que de acuerdo con la OBA, la solicitud de visita se tramitará vía web con una antelación de 2 días hábiles a la fecha prevista de la visita y el acceso se realizará en régimen de acompañamiento.

Dicho esto y teniendo en cuenta que las solicitudes no se realizaron vía web, el argumento esgrimido por TESAU carece de peso teniendo en cuenta que incluso pudiendo entender que la gestión y organización de visitas requiera de personal técnico cualificado, como se desprende de los documentos aportados, las visitas a todas las centrales se realizaron con un retraso considerable sin causa justificativa alguna.

Además de lo anterior, el texto de la OBA es claro al señalar que una solicitud de visita puede ser denegada por determinadas causas (fuerza mayor, datos erróneos o incompletos, etc...) debiendo ser comunicado por parte de TESAU al operador autorizado indicando de forma clara y detallada la causa particular de la denegación, cosa que no ha hecho TESAU en ninguno de los casos.

Resulta importante destacar que a fecha en que se produjo el conflicto del cual se deriva el presente procedimiento, TESAU todavía no había implementado el procedimiento de visitas vía la herramienta web definida en la OBA (SGO), tal y como ha quedado probado en el expediente sancionador RO 2006/12.

Por último, remarcar que las constantes alegaciones de la imputada relativas a la incoherencia de metodología utilizada en la Propuesta de Resolución para cuantificar los retrasos en la provisión de servicios no tienen peso alguno pues mientras que para ~~los servicios de coubicación~~ y TCI pretende que se tengan en cuenta toda la casuística

⁸ Véase la Resolución de 27 de julio de 2006 relativa al conflicto de acceso al bucle de abonado entre Comunitel y TESAU en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación por falta de espacio en determinadas centrales (DT2006/208) y la Resolución de 27 de abril de 2006 sobre el conflicto de acceso entre Grupalia Internet, S.A. y TESAU, en relación con las visitas a edificios del servicio de ubicación de la OBA. (DT2005/1193).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

completa de la OBA, en el caso de las visitas, la propia imputada manifiesta que no tiene sentido aplicar lo establecido en la OBA sino solamente acreditar si se ha prestado un determinado servicio con la mayor brevedad posible.

Sobre las incidencias de provisión de los servicios solicitados.

Señala TESAU en su escrito de alegaciones que en cuanto a las incidencias de provisión de los servicios solicitados, TESAU ha solicitado el franqueo de todas las incidencias, cerrándose como las del resto de operadores a través del SGO y con las mismas informaciones y detalle, teniendo en cuenta que IBERCOM, a diferencia del resto de operadores, ha rechazado sistemáticamente los franqueos, al objeto de reclamar penalizaciones a TESAU por retrasos en la resolución de incidencias de provisión, toda vez que los servicios, objeto de las presuntas incidencias, han sido aceptados por el operador y se encuentran operativos.

Añade que IBERCOM ha procedido a la apertura de incidencias de provisión de TCI desde la solicitud del servicio de ubicación al objeto de reclamar a TESAU penalizaciones por retrasos en la resolución de presuntas incidencias de provisión, cuando en realidad se trataba de incidencias inexistentes o improcedentes, puesto que como se ha citado reiteradamente, aunque se pida un TCI, la petición debe quedar en espera hasta que se concluyan todos los trabajos del servicio de ubicación solicitado y asociado a la solicitud de dicho TCI.

TESAU manifiesta la escasa colaboración llevada a cabo por IBERCOM en cuanto a la presentación de solicitudes en el Registro de San Sebastián, no utilizando la vía del buzón de bucle a pesar de conocerlo y de ser el procedimiento generalizado por el resto de operadores que utilizan servicios mayoristas de banda ancha.

Por último, TESAU reitera en su escrito de 25 de mayo de 2007 en referencia a la Propuesta de Resolución que tampoco para el caso de las incidencias se ha realizado un análisis individualizado de las mismas para conocer si TESAU empleó la diligencia debida en su solución.

Como se planteó en los Hechos Probados, según establece la OBA, en el caso de que los operadores solicitantes consideren que se ha producido una denegación improcedente o no se ha recibido respuesta alguna sobre una solicitud, o bien se han superado los plazos de provisión, éstos podrán abrir una incidencia de provisión. El tiempo de resolución de este tipo de incidencias es de dos días laborables.

En cuanto a la primera alegación planteada, ciertamente TESAU está obligada a atender debidamente las incidencias y a informar de su estado y de su resolución, cosa a la que en el presente caso no ha procedido como se ha reflejado en los anteriores Hechos Probados, pero también es verdad que no debe permitirse el hecho de que una incidencia pueda considerarse no resuelta en función de la información más o menos completa que se suministre en el momento del franqueo, es decir, una incidencia de provisión sin respuesta alguna de TESAU sería un claro incumplimiento de lo establecido en la OBA, pero una vez entregado el servicio que originó la incidencia, la misma puede considerarse como resuelta y no pendiente de cierre si se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trata de defectos puramente formales.

En respuesta al segundo punto alegado por TESAU, esta Comisión ya ha dejado claro en anteriores ocasiones la posibilidad de solicitar de forma simultánea los dos servicios descritos, por lo que TESAU no puede denegar ni retrasar el inicio de los trabajos de provisión alegando que no está habilitado el recinto de coubicación. No obstante, la entrega final del servicio de tendido de cable interno se puede ver retrasada como consecuencia de la necesidad de disposición efectiva del espacio de coubicación o de la accesibilidad de este aspecto, hecho que se tuvo en cuenta al establecer los plazos máximos de provisión de servicios en el Anexo I de la Resolución y a la hora de determinar si existe o no incumplimiento por parte de TESAU.

En cuanto a la escasa colaboración llevada a cabo por IBERCOM en cuanto a la presentación de solicitudes en el Registro de San Sebastián, no utilizando la vía del buzón de bucle a pesar de conocerlo y de ser el procedimiento generalizado por el resto de operadores que utilizan servicios mayoristas de banda ancha, cabe señalar que si IBERCOM hubiera tenido acceso a todos los servicios OBA a través del sistema Web, debería dejar de presentar sus solicitudes de forma alternativa, pero ello no impide que TESAU deba atender solicitudes efectuadas anteriormente por otros medios con la mayor brevedad posible, como consecuencia de no haberse permitido previamente el acceso a su sistema web.

Al respecto el apartado 1.5.1.7 de la OBA dispone que TESAU debe poner a disposición de los operadores autorizados una interfaz alternativa como respaldo al SGO, para posibles situaciones de contingencia en la interfaz web, pero en ningún caso como medio habitual para realizar las solicitudes de provisión de servicios.

Resulta claro como también ya ha señalado esta Comisión en reiteradas ocasiones que el seguimiento y control de las incidencias debe poder ser efectuada desde la interfaz web del SGO, independientemente de que los cambios en el estado de las mismas sean notificados vía correo electrónico al operador, por lo tanto esta funcionalidad debe estar operativa en el SGO, y cumplir con los niveles de calidad especificados.

Por último, en referencia a que tampoco se ha realizado por parte de la Instrucción, para el caso de las incidencias, un análisis individualizado de las mismas, para conocer si TESAU empleó la diligencia debida en su solución, esta Comisión se remite a lo ya expuesto tanto para el servicio de coubicación y TCI.

Sobre la negociación del servicio de entrega de señal.

En lo referente a la negociación de entrega de señal, TESAU señala el hecho de que se ha dirigido a IBERCOM indicándole que no podía acceder a su solicitud ofreciéndole dos alternativas que podían considerarse bastante equivalentes a la solución que requería el operador, por lo que el hecho de ofertar una serie de alternativas ante la imposibilidad de prestar el servicio concreto solicitado, no puede considerarse en ningún caso negativa a negociar, sino más bien una oferta de negociación en sí misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, cabe señalar por esta Comisión que teniendo en cuenta la documentación aportada por TESAU en el presente procedimiento y sus alegaciones, no se demuestra de forma fehaciente el hecho de que ciertamente no se pueda garantizar la integridad de la red de TESAU como alega la imputada teniendo en cuenta además que el comienzo de las actuaciones por parte de TESAU no comenzó hasta el 11 de febrero de 2005, es decir un mes después de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 notificada a la imputada el 4 de enero de 2005.

Además de esto, cabe reseñar que con estos únicos contactos vía correo electrónico en los que TESAU informa a IBERCOM del tipo de servicio que se solicita y de que no está incluido en la OBA no se puede entender que haya existido un intercambio de información suficiente que permita dilucidar la existencia de una negociación entre ambas partes tendentes a solucionar la petición en cuestión informando de las alternativas posibles, de sus costes, del precio, etc que puedan orientar a IBERCOM.

Sobre las penalizaciones por incumplimiento de los plazos OBA en la provisión de los servicios solicitados.

En su escrito de alegaciones se señala por parte de TESAU que en lo relativo al pago de las penalizaciones correspondientes, TESAU, de conformidad con el resuelve segundo de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, ha procedido a pagar las penalizaciones a IBERCOM por los retrasos ocurridos utilizando la regla contenida en el mismo resuelve, por los días que excedan de los plazos del Anexo I a contar desde las fechas del Anexo II en la efectiva provisión de servicios.

De acuerdo con lo establecido en la OBA, el incumplimiento de la provisión de los servicios establecidos en dicha Oferta podrá dar lugar a una serie de compensaciones, debiendo cumplir TESAU los plazos que establece la misma y aplicando directamente las penalizaciones que correspondan en su caso, si a consecuencia de sus acciones y omisiones, fuese responsable de retrasos tanto en la provisión de servicios como en la resolución de incidencias.

Como esta Comisión ha señalado con anterioridad⁹, la definición de las cuantías de las penalizaciones sirve para incentivar a TESAU a que ofrezca los servicios en los plazos y condiciones establecidas sobre la base de la experiencia adquirida. Como se ha indicado anteriormente en los Hechos Probados, puede existir una situación en la que se reclamen dos tipos de penalizaciones (de provisión y de resolución de la incidencia de provisión) sobre un mismo servicio, tratándose dichos casos de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo concepto, estos es, el retraso en la provisión del servicio.

Así en el presente caso en el que nos encontramos TESAU debía proceder al pago de ~~penalizaciones por los retrasos~~ penalizaciones por los retrasos producidos en la provisión de los servicios solicitados

⁹ Resolución de 27 de octubre de 2005 sobre la solicitud de TESAU para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. (DT2005/511) y Resolución de 10 de noviembre de 2005 por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (RO2005/348).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(quedando pendiente el cálculo de las penalizaciones de las centrales Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña) pero no por las incidencias de provisión que permanecen abiertas a causa de discrepancias de carácter formal entre IBERCOM y TESAU, al tratarse de incidencias por los retrasos producidos en la entrega de los servicios solicitados que ya han sido penalizados.

Sobre los contactos de escalado de incidencias.

En lo relativo a los contactos de escalado de incidencias, TESAU en su escrito de 28 de abril de 2006 se remite a lo indicado en sus alegaciones anteriores aportadas al presente procedimiento y únicamente añade que en aras a mejorar los procedimientos de gestión de incidencias por averías relacionadas con la red de interconexión y los servicios soportados en ella, en mayo de 2005 se remitió a IBERCOM un procedimiento que, aunque como señala TESAU no se aplica a las incidencias de provisión de servicios OBA, ni tampoco a reclamaciones de infraestructuras de los servicios de prolongación de par y GigADSL, supone una mejora importante en los procedimientos de gestión de incidencias por averías.

Al respecto cabe señalar que efectivamente, como indica TESAU, cualquier procedimiento de mejora de relaciones con los operadores alternativos más allá de lo que exige la OBA es beneficioso para ambos, y debe fomentarse, pero ello no debe suponer que no se cumplan los procedimientos que sí que se establecen en la Oferta y que obligatoriamente TESAU debe ofrecer a los operadores alternativos que se quieran adherir a ella.

En cuanto al intercambio de datos de los niveles de escalado entre los operadores y TESAU, y a pesar de que no se haya fijado explícitamente un plazo para ello en la OBA, este tipo de información se considera parte de los datos iniciales, (al igual que los datos bancarios) que deben intercambiarse los operadores con TESAU. Al respecto, la CMT ya se ha pronunciado, véase en las resoluciones DT2003/700 y MTZ 2003/1000 quedando claro que los datos de contacto de escalado deben intercambiarse en un período breve de tiempo tras la comunicación por parte del operador autorizado de su interés por contratar servicios de acceso, que en este caso fue el 28 de abril de 2004.

Como ya se determinó en la propia Resolución del conflicto de acceso cuyo incumplimiento se está analizando, se entiende que estos interlocutores deben cumplir el objetivo para el que han sido nombrados, de acuerdo al principio de buena fe recogido en el artículo 1258 del Código Civil. Este principio supone una manifestación de un compromiso de cooperación con respecto al cumplimiento de la obligación asumida, en este caso el mecanismo de escalado de incidencias. Por lo tanto, cualquier actuación de las partes que impida la consecución de dicho compromiso atentaría contra el principio de la buena fe y, en consecuencia, supondría un incumplimiento del acuerdo asumido por ambas partes.¹⁰

¹⁰ Esto mismo se ha declarado en otras Resoluciones de esta Comisión como la de 30 de diciembre de 2004 relativa al conflicto de acceso planteado por DTI2 con TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la evolución de la demanda de servicios OBA por IBERCOM y el pago de penalizaciones.

Resalta TESAU en su escrito de alegaciones en el marco del presente procedimiento que no resulta proporcional el volumen de actividad de IBERCOM con las penalizaciones que ha sido necesario abonar por TESAU, más aún cuando el propio operador ha dificultado las relaciones entre ambas partes, al objeto de aumentar las cantidades a reclamar a TESAU en concepto de penalizaciones por retrasos en la resolución de incidencias de provisión improcedentes o inexistentes, sobretodo cuando ya se han proporcionado y adoptado por IBERCOM los servicios solicitados que han dado origen a la apertura del presente procedimiento.

Ya en su escrito de alegaciones de 19 de diciembre de 2005, TESAU señala que resulta significativo el que desde hace meses IBERCOM dispone de los tres servicios de la OBA necesarios como coubicación, TCI y entrega de señal para dar servicios de banda ancha y sin embargo a fecha 30 de noviembre de 2005, tiene 33 bucles desagregados y 7 desagregados compartidos en 8 centrales, 3 centrales donde tiene bucle y no tiene entrega de señal porque se la compra a otro, y 1 en el que tiene entrega de señal y no tiene bucle.

Al respecto cabe señalar que la valoración de TESAU relativa a que el volumen de actividad de IBERCOM, no puede aceptarse puesto que si así fuera, ello no eximiría a TESAU del cumplimiento de los plazos OBA, plazos que en su momento se establecieron considerando las características de cada servicio y su mayor o menor complejidad. Por ello, independientemente de la valoración del perjuicio causado a IBERCOM (lo cual no es objeto de este procedimiento ni de esta Comisión), las obligaciones de TESAU recogidas en la OBA son suficientemente claras no correspondiendo a ella la gestión de los recursos de red de IBERCOM debiendo limitarse a su papel de suministrador de los servicios de acceso al bucle.

A lo anterior, cabe recordar la naturaleza jurídica de las penalizaciones recogidas en la OBA, que según ha establecido el Tribunal Supremo no requiere una prueba de la existencia de perjuicios. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de 8 de octubre de 2002 cuando señala que *"(...) algunas de las alegaciones efectuadas por el recurrente no son admisibles debido a que la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total (...)"*.

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

Manifiesta TESAU en su alegación decimocuarta en su escrito de 25 de mayo de 2007 que la negligencia necesaria para que pueda apreciarse responsabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es cualquier negligencia, sino que es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

preciso dolo o negligencia grave como establece la STS de 25 de junio de 1997.

Añade la imputada que en ningún momento ha sido consciente de que estaba obligada a proporcionar los servicios en los plazos indicados según se concretó el sentido del concepto indeterminado de la mayor brevedad posible, pero además, TESAU creyó razonablemente, según la misma, y de buena fe que los plazos no eran los establecidos en la OBA, sino los mínimos que en cada caso fueran posibles empleando la diligencia adecuada. En conclusión, entiende TESAU que la incidencia del error resulta aplicable al presente caso, según la valora la jurisprudencia, exonerando a la entidad de responsabilidad sancionadora.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, 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.**”*

Como se ha señalado por la jurisprudencia y doctrina aplicables y por esta Comisión en anteriores ocasiones, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, sentencias del TS de 22 de febrero de 1992 (RJ 1992\852), de 9 de julio de 1994 (RJ 1994\5590).

Esto es, 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 conoce y quiere realizar el hecho ilícito.

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”*.

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

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, en el presente caso, el análisis de la concurrencia de culpa o negligencia debe atender al sector social sobre el que se proyectan las acciones y omisiones que constan probadas, es decir, al mercado de las comunicaciones electrónicas, sector en el que TESAU conoce sobradamente las consecuencias de los retrasos a la provisión de servicios de acceso al bucle y los plazos establecidos en la OBA, que son los razonables a tener en consideración. Así lo tiene establecido un consolidado criterio jurisprudencial plasmado, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1985 (RJ 1985\199).

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.r) de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto¹¹. En definitiva, TESAU tenía que haber evitado el incumplimiento de la Resolución.

Por último, en cuanto a la alegación de TESAU por la cual entiende que resulta aplicable al presente caso “*el error*” como causa excluyente de la culpabilidad, resulta necesario recordar los requisitos del mismo para que se pueda entender su posible aplicación: en primer lugar, debe exigirse “la esencialidad”, es decir, que el error recaiga sobre un elemento de la infracción cuya existencia y presencia impone el derecho positivo. En segundo lugar, resulta necesario “el carácter invencible”, que implica que no hubiera podido superarse aunque el sujeto infractor hubiera puesto toda la diligencia que le era exigible, supuesto que no se cumple en el presente caso, pues de toda la documentación aportada y analizada se desprende que TESAU no actuó con tal diligencia teniendo el cuenta el exceso de los retrasos.

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.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de TESAU. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o

¹¹ A diferencia del artículo 53 r) de la LGTel, hay otros artículos como el 53 e) o el 53 o) donde sí se recoge expresamente el dolo como un elemento subjetivo del tipo, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia. Así el artículo 53 e) 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

miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los Hechos Probados.

CUARTO. 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.

a) Circunstancias agravantes.

Situación económica del infractor.

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 una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Aplicado lo anterior al caso concreto del presente procedimiento, como se ha indicado anteriormente, el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones. Así, tomando como referencia los informes anuales correspondientes a 2004 y 2005 del grupo Telefónica, el margen OIBDA¹² de Telefónica de España (matriz) alcanza 4.716,4 millones de euros, con un crecimiento anual del 4,1%.

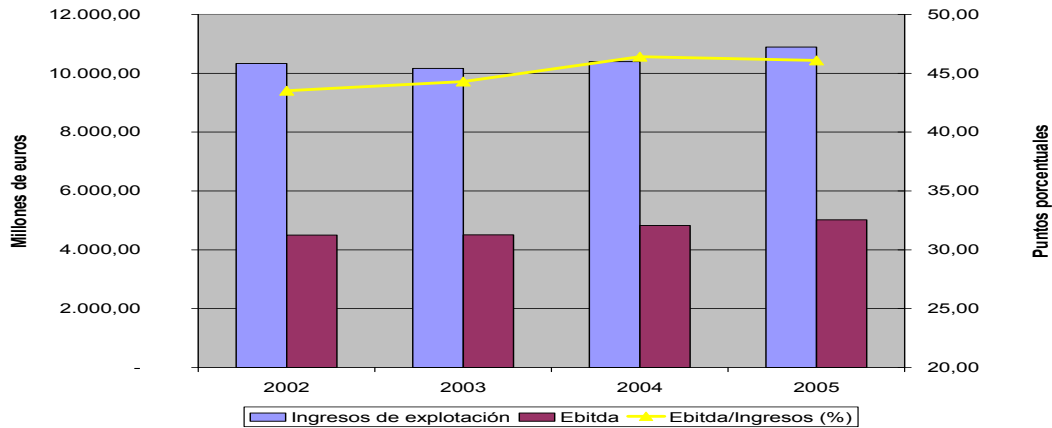
También cabe referirse al índice EBITDA¹³, que corresponde al margen o resultado bruto de explotación de la empresa antes de deducir los intereses (carga financiera), las amortizaciones y el impuesto sobre sociedades. El ratio entre los ingresos y el referido índice EBITDA se sitúa en entre el 45% y el 50% en los dos últimos años, lo que constituye un buen indicador de la positiva evolución de sus operaciones, como se concluye del siguiente cuadro:

¹² Operating Income Before Depreciation And Amortization

¹³ EBITDA corresponde a las siglas en inglés de Earnings Before Interests, Tax, Depreciation and Amortization.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Manifiesta TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución que la situación económica de TESAU no puede operar como circunstancia agravante de su responsabilidad con las connotaciones que ello implica, en la medida en que no es una circunstancia que guarde relación alguna con la gravedad intrínseca de la infracción ni con las consecuencias de la misma. Cuestión distinta, señala TESAU, es que sea tenida en cuenta en la determinación de la sanción a imponer pero sin atribuirle mayor relevancia.

Al respecto, procede señalar la interpretación totalmente errónea que realiza TESAU pues es reconocido en Derecho que los parámetros de “dosimetría sancionadora” previstos en el artículo 131 de la LRJPAC, no son taxativos. Las normas sectoriales contienen criterios específicos para la graduación de las sanciones, y uno de ellos precisamente es el establecido en el apartado 2 del artículo 56 de la LGTel.

Del tenor literal del precepto de la LRJPAC al establecer “*considerándose especialmente*” se desprende que la enumeración que se realiza en dicho artículo no puede entenderse como *numerus clausus*, ya que la normativa sectorial puede añadir nuevos parámetros y la fijación de la concreta sanción deberá efectuarse atendiendo al caso concreto, e incluso a las circunstancias personales del infractor. Así se desprende de la STS de 16 de marzo de 1984 (RJ 1984/1350). Resulta indispensable, por tanto, que la Administración pueda considerar todas las circunstancias concurrentes para imponer una sanción que pueda calificarse como justa.

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, esta Comisión determina que concurre la circunstancia atenuante de la escasa repercusión social de la infracción, al afectar únicamente a IBERCOM.
- Del mismo modo, se considera que se debe tener en cuenta la circunstancia de que a pesar de haberlo hecho de forma muy tardía, TESAU ha entregado los servicios solicitados por IBERCOM.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, 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).

TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución manifiesta la necesidad de establecer como atenuantes adicionales a las tenidas en cuenta, la ausencia de incidencia en el mercado de la conducta reprochada en base a que TESAU no ha tenido ningún tipo de beneficio derivado de aquella, sino todo lo contrario, toda vez se ha visto obligada a pagar elevadas penalizaciones. Añade TESAU que IBERCOM no ha sufrido ningún perjuicio pues la existencia de alternativas mayoristas suficientes determina que la denunciante puede prestar servicios equivalentes a los usuarios finales.

La afirmación de TESAU no es aceptable. Resulta evidente que los operadores alternativos, en este caso IBERCOM, únicamente pueden contratar los servicios mayoristas de acceso desagregado con TESAU, dependiendo por tanto de dicho operador, a lo que se suma la situación de incertidumbre que genera TESAU respecto a las condiciones en que se proveen los servicios mayoristas de acceso al bucle cuando se producen retrasos en la entrega de dichos servicios. A esto cabe añadir, que el acceso indirecto mayorista que ofrece TESAU no resulta una alternativa real para IBERCOM, como TESAU pretende dar a entender, puesto que las condiciones técnicas y económicas de dicho servicio no son las que IBERCOM contrató.

En cuanto a la inexistencia de beneficio alguno para TESAU, procede recordar que las prácticas realizadas por este operador conllevan a un debilitamiento de la presión competitiva que afronta en el mercado minorista en tanto que sus competidores (cualquier operador alternativo) se encuentran en una situación de desventaja competitiva y, finalmente, los efectos para las condiciones en que los consumidores pueden adquirir los servicios finales.

Por último, el haber realizado el pago de numerosas penalizaciones a IBERCOM, no es atenuante alguna puesto que la naturaleza de las mismas nada tiene que ver con la de las posibles sanciones que se le pueden imponer a un operador en el marco de un procedimiento sancionador. Las penalizaciones se proclaman como una serie de compensaciones automáticas para los operadores alternativos con objeto de disuadir a TESAU de incumplimientos generalizados en respuesta a un mandato legal de orden comunitario y nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

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 quintuplo, 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 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 asimismo en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

La aplicación de los anteriores 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. Al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1990 (RTC 1990, 207, FJ tercero) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

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.

Al respecto, resulta prácticamente imposible la determinación del número de líneas afectadas por la infracción. Además, ha de indicarse que entre los beneficios, cuya cuantificación no es posible determinar, se incluyen una serie de beneficios indirectos que pueda obtener TESAU, resultante de haber alterado las condiciones de competencia en su favor y en perjuicio del operador alternativo. Por ello, el límite máximo que cuantifica la sanción en relación con el beneficio económico obtenido no es de aplicación en el presente caso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tampoco es aplicable al presente supuesto 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. Tratándose de una infracción consistente en una omisión del cumplimiento de unas obligaciones establecidas, no es posible determinar qué fondos pueden haberse destinado a la comisión de la infracción.

Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como límite 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.

El primer aspecto que debe dilucidarse es la determinación del concepto de rama de actividad afectada en relación con la infracción cometida. Ciertamente 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.

Por un lado, es evidente que los ingresos percibidos por los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle local están incluidos dentro del término estricto de rama de actividad afectada por el incumplimiento de TESAU.

Además, es preciso tener en cuenta qué otras ramas de actividad se encuentran afectadas por la no prestación en las condiciones reglamentariamente establecidas de los servicios OBA por parte de TESAU. Se debe entender que en la medida en la que la infracción de TESAU haya afectado a servicios minoristas, obteniendo TESAU beneficios con ello, los ingresos obtenidos en los mismos podrán integrar el importe total de la sanción a imponer. Es decir, la rama afectada a que se refiere el artículo 56 de la LGTel supera ampliamente el nivel mayorista en que estos servicios se prestan.

Así, se debe examinar con detalle el criterio que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar qué actividades forman parte de la rama afectada por el incumplimiento. Se entiende que tal será el caso en relación con las actividades sobre las que TESAU y empresas de su grupo contaban con un beneficio esperado superior al coste que supone el incumplimiento de la regulación vigente.

En el presente caso, las actividades afectadas son *“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”*. Debe tenerse en cuenta que sólo se consideran los servicios sobre los que la conducta de TESAU ha impactado realmente y en los que tenía incentivos para incidir negativamente en las condiciones de competencia con respecto a IBERCOM.

En particular, se considera que TESAU tiene incentivos para no prestar los servicios de acceso desagregado al bucle, que son herramientas regulatorias encaminadas a la introducción de competencia en mercados minoristas conexos, por lo que buscará beneficios en mercados minoristas conexos a aquéllos en los que la obligación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso ha sido impuesta. La posibilidad de influencia de TESAU sobre las condiciones de competencia de los servicios en cuestión variará en función de si, en el momento de la comisión de la infracción, se determina que existían alternativas a nivel mayorista a las que los operadores pudieron recurrir para prestar sus servicios minoristas. También dependerá de la importancia de la actividad minorista a nivel estratégico, en función de si los beneficios esperados por TESAU en términos de ingresos son significativos, o de si la actividad es la forma de entrada a otros mercados para los competidores.

Considerando lo hasta ahora expuesto, cabe concluir que los servicios afectados por los incumplimientos de TESAU son el servicio mayorista de acceso en banda ancha e Internet (que incluye el alquiler de bucle), el servicio minorista de acceso a la red telefónica pública conmutada y el servicio minorista de acceso en banda ancha.

Respecto a esta definición de rama de actividad afectada, TESAU en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución considera que no resulta evidente integrar en la misma una serie de servicios que se han tenido en cuenta, y ello en base a las siguientes consideraciones:

- a) Que no resulta clara la inclusión de los ingresos percibidos por los servicios mayoristas de acceso desagregado porque TESAU percibe ingresos por los mismos y si los presuntos incumplimientos se refieren a retrasos en la prestación de dichos servicios, la consecuencia es una demora en la percepción de ingresos por este concepto, no teniendo sentido sancionar por esta rama de actividad.
- b) Que en lo que se refiere al servicio minorista de acceso a la red pública conmutada, debe tenerse en cuenta que la posición de TESAU en estos servicios y que los ingresos que de ellos se derivan resultan de las obligaciones de servicio universal que le han sido impuestas, lo que supondría una doble penalización para TESAU.
- c) Que en cuanto a los servicios minoristas de banda ancha, se debe tener en cuenta que existen alternativas suficientes a nivel mayorista a las que el denunciante podía recurrir en el momento en que se cometió la presunta infracción.

A lo anterior esta Comisión realiza las siguientes consideraciones:

Con respecto a las obligaciones de servicio universal, esta Comisión debe resaltar el derecho que tiene TESAU a que los operadores alternativos le compensen como consecuencia de las pérdidas incurridas por la prestación del servicio de acceso en zonas no rentables¹⁴. De esta forma, la carga injustificada que soporta TESAU no sería tal, ya que en el caso de que esta Comisión estimara que ha existido carga injustificada automáticamente se activaría el mecanismo que compensaría el coste soportado por TESAU por la prestación del servicio universal en zonas no rentables.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 24.2 de la LGTel, "El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de compensación, en condiciones de transparencia, por todas o determinadas categorías de operadores (...)".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente a lo anterior, cabe resaltar que hasta la fecha esta Comisión no ha considerado que la posición competitiva de TESAU se haya visto afectada por la prestación del servicio universal y por tanto no ha estimado la existencia de carga injustificada derivada de la existencia de coste neto del servicio universal. Por tanto TESAU, en ninguna de las dos alternativas posibles señaladas anteriormente (existencia o no de carga injustificada), puede demostrar que las obligaciones derivadas de la prestación del servicio universal que le han sido impuestas suponen una carga injustificada.

Por otra parte, y de acuerdo con los datos que obran en poder de esta Comisión tanto en términos de líneas afectadas como el coste neto estimado por la prestación del servicio universal, viene año tras año reduciéndose de manera notable, siendo su peso relativo poco significativo en la actualidad.

Cabría concluir por tanto, que la doble penalización alegada por TESAU no es tal, teniendo en cuenta los argumentos expuestos anteriormente.

En segundo lugar, esta Comisión no ha considerado en ningún momento “exclusivamente” el servicio de acceso sino que, a partir de una metodología que TESAU no cuestiona, se han definido los servicios incluidos en la rama de actividad afectada. TESAU no puede negar que para la prestación del servicio de acceso existen únicamente dos alternativas, el desarrollo de infraestructuras propias o la desagregación del bucle. Por este motivo, se ha considerado que el servicio de acceso era un servicio afectado.

Por último, es necesario remarcar el hecho de que en el mercado de acceso la situación de TESAU es tan incontestable que el análisis del daño que se produce es obvio, en tanto que los operadores alternativos no han conseguido arrebatar al operador tradicional ni 15 puntos porcentuales en este servicio desde la liberalización del sector. Por tanto, si bien es cierto que los operadores alternativos quieren ganar terreno en el servicio de banda ancha, servicio cuyo crecimiento es mayor en estos momentos, lo cierto es que es dudoso que opten por dejar a TESAU un mercado como el de acceso, con unos ingresos claramente superiores a los de banda ancha (2.768 millones frente a los 1.901 millones de banda ancha).

En conclusión, dada la metodología utilizada en la Propuesta, esta Comisión considera que no deben modificarse las ramas de actividad afectadas, confirmando que los servicios afectados por el incumplimiento de TESAU son el servicio mayorista de acceso en banda ancha e Internet (que incluye alquiler de bucle), el servicio minorista de acceso a la red telefónica pública conmutada y el servicio minorista de acceso en banda ancha.

Los ingresos obtenidos por TESAU en la rama de actividad afectada por la infracción figuran en la tabla siguiente elaborada con datos del Informe Anual del Grupo Telefónica, del año 2006, que incluye un desglose de la facturación correspondiente a TESAU:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Actividad	Ingresos (millones €)	TESAU
Acceso a red telefónica	2.768	
Acceso a banda ancha e Internet (mayorista)*	359	
Acceso a banda ancha (minorista)**	1.901	
TOTAL	5.028	

*Se incluyen los servicios Megabase, Megavía, GigADSL y alquiler del bucle.

** Se incluyen los servicios minoristas ADSL y otros servicios de Internet.

Fuente: TESAU – último informe trimestral 2006.

Así, de la aplicación de las reglas enunciadas anteriormente y fijando el 1% de los ingresos obtenidos en 50.280.000 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 lo que la primera ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.

3. Determinación de la sanción.

TESAU, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, manifiesta que la sanción propuesta por la Instrucción del presente procedimiento resulta desproporcionada al tratarse de una conducta que ha consistido en el retraso de una serie de servicios que han sido finalmente entregados a un único operador, sin generar beneficio alguno a TESAU, sin incidir de manera alguna en el mercado al existir alternativas suficientes a nivel mayorista y por último, que le ha supuesto el pago de numerosas penalizaciones.

Al respecto basta remitirse a lo ya señalado por esta Comisión en el Fundamento de Derecho Quinto relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad sancionadora, y en concreto, sobre las circunstancias atenuantes.

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 del límite máximo de la sanción, y teniendo en cuenta que concurre una circunstancia atenuante, se considera que procede imponer una sanción de dos millones y medio (2.500.000) 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, el Consejo de esta Comisión,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobada con fecha 30 de diciembre de 2004.

SEGUNDO. Imponer una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal por importe de DOS MILLONES Y MEDIO de EUROS (2.500.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1182 352110349354 abierta al efecto en el Banco Santander Central Hispano (BSCH). 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, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera