



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 39/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de noviembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2004/1811, INCOADO A LA ENTIDAD “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.” POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 9 DE JUNIO DE 2005.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2004/1811 incoado a Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005 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. 39/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de noviembre de 2006, recaída en el expediente sancionador RO 2004/1811.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al conflicto de acceso planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (en adelante Dragonet) con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente RO 2004/928.

El apartado cuarto de la Resolución citada disponía:

“Acordar la apertura de un periodo de información previa en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, trasladando al mismo el resto de actuaciones practicadas para su consideración”.

SEGUNDO.- En atención a lo dispuesto en la citada Resolución de esta Comisión de 11 de noviembre de 2004 (concretamente en el Resuelve Tercero) y de conformidad con 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), con fecha 22 de noviembre de 2004, se acordó la apertura de un período de información previa (RO 2004/1811) con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concurrentes en el expresado procedimiento y, consecuentemente, decidir la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

En consecuencia, se incorporaron a las actuaciones previas los documentos siguientes para su consideración: (Documento 1 del expediente conformado por los siguientes documentos)

- 1.1 *Resolución de 11 de noviembre de 2004 por la que se resuelve el conflicto planteado por Dragonet con TESAU.*
- 1.2 *Escrito de fecha 20 de mayo de 2004 remitido por Dragonet.*
- 1.3 *Escrito de fecha 9 de julio de 2004 remitido por Dragonet.*
- 1.4 *Escrito de fecha 22 de octubre de 2004 remitido por TESAU*
- 1.5 *Escrito de fecha 2 de noviembre de 2004 remitido por Dragonet.*

TERCERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al conflicto de acceso planteado por DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante DTI2) con TESAU en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente RO 2004/1009.

El apartado sexto de la Resolución citada disponía:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Trasladar el resto de actuaciones practicadas para su consideración en el marco del periodo de información previa expediente RO 2004/1811 en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado”.

En consecuencia, se incorporaron a las actuaciones previas iniciadas los siguientes documentos para su consideración: (Documento 2 del expediente conformado por los siguientes documentos)

- 2.1 *Resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resuelve el conflicto planteado por DTI con TESAU.*
- 2.2 *Escrito de fecha 31 de mayo de 2004 remitido por DTI.*
- 2.3 *Escrito de fecha 22 de junio de 2004 remitido por TESAU.*
- 2.4 *Escrito de fecha 6 de julio de 2004 remitido por DTI.*
- 2.5 *Escrito de fecha 19 de agosto de 2004 remitido por DTI.*
- 2.6 *Escrito de fecha 25 de noviembre de 2004 remitido por DTI*
- 2.7 *Escrito de fecha 2 de diciembre de 2004 remitido por TESAU.*

CUARTO. Con fecha 30 de diciembre de 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al conflicto de acceso planteado por WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. (en adelante, Ibercom) con TESAU por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente DT 2004/1367.

El apartado cuarto de la Resolución citada disponía:

“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 consecuencia, se incorporaron a las actuaciones previas los documentos que a continuación se relacionan para su consideración: (Documento 3 del expediente referido conformado por los siguientes documentos)

- 3.1 *Resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resuelve el conflicto planteado por Ibercom con TESAU.*
- 3.2 *Escrito de fecha 10 de agosto de 2004 remitido por Ibercom.*
- 3.3 *Escrito de fecha 20 de septiembre de 2004 remitido por Ibercom. (Registro 8059)*
- 3.4 *Escrito de fecha 20 de septiembre de 2004 remitido por Ibercom. (Registro 8060)*
- 3.5 *Escrito de fecha 26 de noviembre de 2004 remitido por TESAU*
- 3.6 *Escrito de fecha 3 de diciembre de 2004 remitido por Ibercom.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Mediante Resolución de 4 de diciembre de 2003, recaída en el expediente de referencia DT 2003/1534, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puso fin al conflicto de acceso al bucle de abonado suscitado entre UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, UNI2) y TESAU acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido.

El apartado segundo de la Resolución citada acordaba:

“Realizar actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. por presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001, acumulándose estas actuaciones previas a las ya abiertas en esta Comisión con referencia RO 2003/1737”

Cumple señalar que las actuaciones previas con referencia RO 2003/1737 dieron lugar a la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de octubre de 2004, en cuya virtud se acordó iniciar procedimiento sancionador contra TESAU por presunto incumplimiento de los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001, relativos a las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado y a la interfaz mediante sistema web vía Internet, así como del primer y segundo apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado, en relación con la ausencia de implementación en el SGO de los procedimientos administrativos de la OBA en los términos establecidos en la citada Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004.

En consecuencia, en lo que se refiere al presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002, asimismo se incorporaron a las actuaciones previas las derivadas del procedimiento DT 2003/1534 que se relacionan a continuación: (Documento 4 del expediente conformado por los siguientes documentos)

- 4.1 *Resolución de 6 de noviembre de 2003 relativa a la adopción de medidas cautelares*
- 4.2 *Resolución de 4 de diciembre de 2003.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.3 *Informe mensual sobre el estado de la desagregación del bucle correspondiente al mes de septiembre de 2003 remitido por TESAU a esta Comisión.*

SEXTO. La citada acumulación de actuaciones previas fue notificada a TESAU mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2005 para que, de conformidad con el artículo 76.1 de la LRJPAC, pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos y otros elementos de juicio que estimara convenientes en el plazo de diez días. (Documento 5 del expediente)

SÉPTIMO. Con fecha 17 de mayo de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente concedido para la presentación de alegaciones. (Documento 6 del expediente)

Considerando pertinente acceder a lo solicitado, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, se concedió la ampliación del plazo para formular alegaciones por cinco días más añadidos a los ya otorgados, lo cual fue notificado a la operadora. (Documento 7 del expediente)

OCTAVO. Mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 27 de mayo de 2005, TESAU presentó alegaciones respecto de la acumulación de expedientes antes mencionada. (Documento 8 del expediente)

TESAU presenta alegaciones sobre diversas cuestiones diferenciando los siguientes apartados

- Improcedencia de acumulación de expedientes. Improcedencia de apertura de periodo de información previa sobre expedientes ya resueltos. Cosa juzgada. Vulneración del derecho de defensa.
- Ausencia de justificación en la realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU.
- Sobre las dificultades existentes para el cumplimiento total de los plazos de provisión de los servicios OBA y las demoras en la solución de incidencias de provisión y averías.
- Sobre la ausencia de documentos importantes en el índice de documentos y actuaciones del expediente RO 2004/1811, en lo relativo a la incorporación del expediente de Dragonet RO 2004/928 del escrito de alegaciones de TESAU de 10-05-05
- Sobre la falta de acuerdo comercial con los operadores para determinar conjuntamente el importe de las penalizaciones establecidas en la OBA originadas por retrasos en la provisión de los servicios. Dificultades surgidas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para acordar las fechas de la última solicitud del servicio, de la entrega y de su aceptación. Actitud de algunos operadores de proceder ante la falta de acuerdo al impago sistemático de las facturas de TESAU.

- Sobre los esfuerzos realizados por TESAU para cumplir con los plazos establecidos en la OBA en la situación extraordinaria de exceso de pedidos.

NOVENO. Con fecha 9 de junio de 2005, esta Comisión aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, Jazztel) y TESAU en relación con el cumplimiento en solicitudes de tendido de cable externo de los plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente DT 2005/346.

El apartado tercero de la Resolución citada disponía:

“Trasladar los comportamientos observados durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del periodo de información previa expediente RO 2004/1811 en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado”

DÉCIMO. Asimismo, con fecha 29 de septiembre de 2005, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al conflicto de acceso planteado por Jazztel con TESAU en relación con el cumplimiento de plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). Expediente DT 2005/259.

El apartado undécimo de la Resolución citada dispone:

“Trasladar los comportamientos observados durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del periodo de información previa expediente RO 2004/1811 en relación con el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado”

UNDÉCIMO. Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se llegó a la conclusión de que había elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU por haber, presuntamente, incumplido la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se instaba la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001 y de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado.

DUODÉCIMO. Una vez determinada con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificaban el inicio del correspondiente procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionador, se redactó la propuesta de acuerdo de apertura (Documento 9 del expediente).

Trasladada dicha propuesta al órgano competente para acordar el inicio del procedimiento, en fecha 9 de junio de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 10 del expediente) por la que se acordaba la apertura de un expediente 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 lo sucesivo, 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. La citada infracción administrativa podía dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el Fundamento de Derecho II de dicha Resolución.

El acuerdo de iniciación fue notificado a TESAU el día 15 de junio de 2005, según consta debidamente acreditado (Documento 11 del expediente).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado al instructor (Documento 12 del expediente) en fecha 15 de junio de 2005, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

DECIMOTERCERO. Mediante documento de fecha 12 de julio de 2005, 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 13 del expediente)

DECIMOCUARTO. En fecha 29 de julio de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante de TESAU de la misma fecha (Documento 14 del expediente), respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.

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

- Que el acuerdo de incoación del expediente sancionador se basa en una referencia incompleta al resultado de las actuaciones de información llevadas a cabo por esta Comisión. En este sentido, pone de manifiesto una serie de circunstancias que, a su entender, deben ser valoradas conjuntamente para la adecuada resolución del procedimiento. Se refiere concretamente a las siguientes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- * cambio estructural de la demanda.- la demanda de los servicios de la OBA ha experimentado a partir del cuarto trimestre de 2004 un cambio estructural marcado por (i) un incremento exponencial de su volumen (ii) un comportamiento irregular tanto en lo relativo a la localización territorial como distribución temporal y por operadores;
 - * la OBA no prevé que TESAU pueda conocer la planificación de los Operadores, así como la reiterada demanda de TESAU de que se produzca una revisión de los plazos de provisión de los servicios OBA;
 - * la CMT no valora los esfuerzos para adaptarse al cambio estructural de la demanda, con el incremento exponencial de los medios y recursos propios y de terceros destinados a tal efecto;
 - * error en los datos manejados por la CMT en relación con el cumplimiento de los plazos de provisión del servicio de prolongación de par;
 - * comportamiento de Jazztel e incumplimiento de sus previsiones;
 - * ausencia de perjuicios a los operadores en general y a Jazztel en particular habida cuenta el elevado porcentaje de infrautilización de la infraestructura instalada;
 - * sobre la imputación relativa a retrasos en la provisión de servicios OBA a los operadores que lo habían solicitado, UNI2, Ibercom, DTI2 y Dragonet.
-
- Que la conducta que se reprocha a TESAU no se corresponde con el tipo infractor imputado. No se ha realizado ningún hecho punible. No existe ninguna Resolución de la CMT que imponga una obligación de hacer o de no hacer que resulte conculcada por la conducta imputada.
 - Que, subsidiariamente a lo anterior, la Resolución de incoación yerra en la calificación jurídica de la conducta imputada.
 - Que se pretende imputar responsabilidad administrativa a TESAU por un presunto incumplimiento de un contrato privado cuyo objeto es indeterminado y de imposible cumplimiento.
 - Que no concurre en TESAU el elemento subjetivo de culpabilidad requerido para la imposición de sanciones administrativas.
 - Que no se producen consecuencias perjudiciales para los operadores o para la competencia.
 - Que la rama de actividad afectada por la conducta que se le reprocha sería la de provisión de servicios de acceso desagregado al bucle de abonado.

Asimismo, en el escrito de alegaciones de referencia el representante de TESAU solicitó la apertura de un periodo de prueba, a fin de que se practicara:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Una prueba documental, consistente en que se tuviera por aportada al expediente sancionador la totalidad de la documentación aportada por TESAU junto al escrito de alegaciones (documentos 1 a 6);
- Una prueba documental, consistente en que se incorporara al expediente sancionador testimonio de los documentos acompañados a los escritos de alegaciones formulados por TESAU en el seno del Expediente DT 2005/259.
- Una prueba documental, consistente en que se incorporara al expediente sancionador testimonio del Grupo Documental nº 1 del Recurso de Reposición formulado por TESAU contra la Resolución de 9 de junio recaída en el Expediente DT 2005/259, conformado por 36 Actas Notariales.
- Una prueba documental, consistente en que se incorporara al expediente sancionador testimonio del Documento nº 2 del Recurso de Reposición formulado por TESAU contra la Resolución de 9 de junio recaída en el Expediente 2005/259, conformado por el informe elaborado por la empresa [Confidencial] y documentación anexa.
- Una prueba testifical, consistente en que se tomara declaración a los testigos, representantes de empresas instaladoras y fabricantes de materiales para la provisión de servicios OBA, que se relacionarían en la lista que en su momento, junto con las correspondientes preguntas, se aportaría oportunamente.

DECIMOQUINTO. Con fecha 10 de enero de 2006, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones expidió certificación de error material en relación con el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005, al detectar que la fecha que figuraba en el referido Acuerdo, como la de celebración de la sesión en la que se aprobó, era la de 9 de junio de 2004 en lugar de 9 de junio de 2005 correspondiente al día en que se celebró. (Documento 15 del expediente)

La citada certificación del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le fue notificada a TESAU en fecha 17 de enero de 2006 según figura acreditado en el expediente. (Documento 16 del expediente)

DECIMOSEXTO. Con fecha 18 de enero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó proceder al cambio de instructor en el procedimiento sancionador incoado a la entidad TESAU mediante Resolución de 9 de junio de 2005, al haber causado baja en esa Comisión (Documento 17 del expediente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este Acuerdo fue comunicado a TESAU, al Instructor sustituido y a la Instructora nombrada como figura acreditado en el expediente (Documentos 18, 19 y 20 del expediente)

DECIMOSÉPTIMO. Con fecha 29 de marzo de 2006, la instructora del procedimiento requirió a TESAU para que identificara aquellas empresas instaladoras y fabricantes de materiales para la provisión de servicios OBA que proponía a los efectos de que les fuera tomada declaración a través de sus respectivos representantes legales. (Documento 21 del expediente)

En contestación al requerimiento de información efectuado, con fecha 12 de abril de 2006, la representación de TESAU remitió la relación de empresas, nombres de los testigos y domicilios sociales a efectos de sus citaciones. (Documento 22 del expediente)

DECIMOCTAVO. En atención a la solicitud de Telefónica, incorporada a su escrito de alegaciones de fecha 29 de julio de 2005 interesando la práctica de determinados medios de prueba, la instructora del procedimiento acordó la apertura de un periodo de prueba en fecha 25 de abril de 2006 (Documento 23 del expediente), conforme lo dispuesto en los artículos 80 y 137.4 de la LRJPAC y del artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), notificando dicho Acuerdo a Telefónica, como figura acreditado en el expediente (Documento 24 del expediente)

El acuerdo de apertura estableció un plazo común para la práctica de todas las pruebas previstas de veinte días, estimándose pertinente la práctica de los siguientes medios de prueba:

I. "PRUEBA DOCUMENTAL."

A.- Consistente en que, sin perjuicio de la admisión de la prueba documental señalada en los puntos E y F, se incluyan en el ramo de pruebas propuestas por el interesado la documentación aportada por Telefónica junto con su escrito de alegaciones de fecha 29 de julio (documentos 1 a 6 del escrito de alegaciones), conformado por copias de la documentación que a continuación se relaciona,:

- 1)
 - 1.a. Acta de las inspecciones realizadas en cumplimiento de la Orden de Inspección de fecha 18 de julio de 2005 en el expediente DT 2005/259.
 - 1.b. Alegaciones de Telefónica en relación con las inspecciones realizadas.
- 2) Resolución de 4 de diciembre de 2003 sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U., y TELEFÓNICA DE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ESPAÑA, S.A.U. acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido. Expediente DT 2003/1534.

- 3) 3.a. *Resolución de 30 de diciembre de 2004 del conflicto de acceso entre WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente DT 2004/1367.*
3.b. *Escrito de alegaciones de Telefónica de fecha 26 de noviembre de 2004. Expediente DT 2004/1367.*
- 4) 4.a. *Resolución de 30 de diciembre de 2004 del conflicto de acceso planteado por DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente RO 2004/1009.*
4.b. *Escrito de alegaciones de Telefónica de fecha 2 de diciembre de 2004. Expediente RO 2004/1009.*
- 5) 5.a. *Resolución de 11 de noviembre de 2004 del conflicto de acceso planteado por Dragonet COMUNICACIONES, S.L.U. con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado. Expediente RO 2004/928.*
5.b. *Escrito de contestación al requerimiento de información efectuado a Telefónica de fecha 22 de junio de 2004. Expediente RO 2004/928.*
5.c. *Escrito de alegaciones de Telefónica de fecha 22 de octubre de 2004. Expediente RO 2004/928*
- 6) *Resolución de 9 de junio de 2005 sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con el cumplimiento en solicitudes de tendido de cable externo de los plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). Expediente DT 2005/346.*

B.- Consistente en que, sin perjuicio de la admisión de la prueba documental señalada en los puntos E y F, se incluyan en el ramo de pruebas propuestas por el interesado testimonio de los documentos acompañados a los escritos de alegaciones formulados por Telefónica en el seno del expediente DT 2005/259.

C.- Consistente en que, sin perjuicio de la admisión de la prueba documental señalada en los puntos E y F, se incluyan en el ramo de pruebas propuestas por el interesado testimonio del Grupo Documental nº 1 aportado por Telefónica junto con el escrito de fecha 15 de julio de 2005 por el que interpone Recurso de Reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de junio de 2005 (expediente DT 2005/346), conformado por 36 Actas Notariales. Expediente AJ 2005/1074.

D.- Consistente en que, sin perjuicio de la admisión de la prueba documental señalada en los puntos E y F, se incluyan en el ramo de pruebas propuestas por el interesado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

testimonio del Documento nº 2 aportado por Telefónica junto con el escrito de fecha 15 de julio de 2005 por el que interpone Recurso de Reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de junio de 2005 (expediente DT 2005/346), conformado por un informe elaborado por la empresa [Confidencial]. Expediente AJ 2005/1074.

E.- Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento todos y cada uno de los documentos obrantes en los expedientes que a continuación se relacionan y que anteriormente fueron incorporados al presente expediente sancionador RO 2004/1811, así como, en su caso, la documentación contenida en los procedimientos por los que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra los mismos:

- 1) Expediente DT 2003/1534*
- 2) Expediente RO 2004/928*
- 3) Expediente RO 2004/1009*
- 4) Expediente DT 2004/1367*
- 5) Expediente DT 2005/259*
- 6) Expediente DT 2005/346*

F.- Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento copia de todos y cada uno de los documentos que forman parte de los expedientes que a continuación se relacionan, así como, en su caso, la documentación contenida en los procedimientos por los que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra los mismos:

- 1) Expediente RO 2005/348*
- 2) Expediente DT 2005/511*
- 3) Expediente DT 2005/628*
- 4) Expediente DT 2005/811*
- 5) Expediente DT 2005/992*
- 6) Expediente RO 2005/1449*

G.- Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento los documentos que se citan a continuación:

- 1) Copia del informe sobre “Resultados Trimestrales 2005 enero-diciembre” publicado en la página web de Telefónica www.telefonica.es*

II. PRUEBA TESTIFICAL

Telefónica, en su escrito de 7 de abril de 2006, con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 12 de abril, adjunta la relación de ocho empresas (dos empresas fabricantes, dos empresas instaladores y cuatro empresas contratistas de obra inmobiliaria) a efectos de sus citaciones para la práctica de la prueba propuesta en su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, la instructora del presente expediente considera suficiente, para la determinación de los hechos puestos de manifiesto por el interesado en su escrito de alegaciones, la declaración de dos testigos de cada empresa por cada una de las especialidades propuestas.

Consistente en que se tome declaración a las siguientes personas, conforme lo propuesto por el interesado:

[CONFIDENCIAL]

La declaración de cada uno de los testigos versará sobre la realidad de lo expuesto en el escrito de alegaciones de Telefónica de fecha veintinueve de julio de dos mil cinco, en el marco de su relación comercial con TESAU, en su condición de fabricante, instalador o contratista de obra inmobiliaria de la referida empresa.

*Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación, se acuerda decretar la **apertura de un período de prueba** por un plazo común para la práctica de todas las pruebas previstas de **veinte días** contados desde el día siguiente al de la recepción del presente acuerdo. Se acuerda, asimismo, declarar pertinente la práctica de la prueba documental y testifical descrita en el cuerpo de este acuerdo."*

DECIMONOVENO. Con fecha 26 de abril de 2006 se notificó a Telefónica, a efectos de la práctica de la prueba testifical propuesta, el lugar y fechas de celebración de la misma, tal y como figura acreditado en el expediente. (Documento 25 del expediente)

En la misma fecha, se remitieron a las empresas identificadas en el acuerdo de apertura del periodo de prueba, las correspondientes citaciones para la práctica de la prueba testifical propuesta por el interesado. (Documentos 26 a 31 del expediente)

VIGÉSIMO. Previos los trámites oportunos, los días 9 y 10 de mayo se llevó a cabo la práctica de la prueba testifical interesada por Telefónica, con el resultado que figura en las correspondientes actas de constancia incorporadas al ramo de prueba del interesado (Actas de constancia 1 a 6).

VIGESIMOPRIMERO. Con fecha 25 de mayo de 2006 se remitieron sendas notas internas a las Direcciones de Análisis Económico y Asesoría Jurídica, solicitando determinada información relevante para la adecuada instrucción del presente procedimiento sancionador (Documentos 33 y 34 del expediente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 31 de julio y 5 de julio de 2006 respectivamente se recibieron los informes de las Direcciones citadas en el párrafo anterior, con el resultado que figura en el expediente (Documentos 35 y 36 del expediente).

VIGESIMOSEGUNDO. Con fecha 25 de mayo de 2006 el Consejo de la Comisión acordó ampliar en seis meses más el plazo máximo de resolución y notificación del presente expediente sancionador iniciado en fecha 9 de junio de 2005 (Documento 37 del expediente).

TESAU, con fecha 1 de junio de 2006, recibió notificación del referido Acuerdo. (Documento 38 del expediente).

VIGÉSIMOTERCERO. Con fecha 1 de junio de 2006 se remitió nota interna a la Dirección de Internacional, solicitando determinada información relevante para la adecuada instrucción del presente procedimiento sancionador (Documento 39 del expediente).

Con fecha 14 de julio de 2006 se recibió el informe de la Dirección de Internacional citado en el párrafo anterior, con el resultado que figura en el expediente (Documento 40 del expediente).

VIGESIMOCUARTO. Siendo necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, con fecha 2 de junio de 2006, se requirió a COMUNITEL GLOBAL, S.A., (en adelante, Comunitel), DTI2, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante FTES), GRUPALIA INTERNET, S.A. (en adelante, Grupalia), CATALANA DE TELECOMUNICACIONS SOCIETAT OPERADORA DE XARXES, S.A. (en adelante AL-PI) y Jazztel, información relativa a (i) la remisión a Telefónica, en su caso, de previsiones de los servicios que deberían ser provistos a los operadores en cumplimiento de la oferta de acceso al bucle de abonado, (ii) retrasos de provisión de servicios OBA, (iii) posibles perjuicios directos o indirectos, en su caso, derivados de los incumplimientos de plazos por parte de TESAU (iv) utilización por los operadores de cada uno de los recursos y servicios puestos a disposición por TESAU (Documentos 41 a 46 del expediente).

Con fecha 31 de julio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Comunitel, por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado. (Documento 56 del expediente).

Con fecha 1 de agosto de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado. (Documento 57 del expediente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fechas 27 y 28 de junio de 2006, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos de FTES por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado (Documento 58 del expediente).

Con fecha 28 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Grupalia por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado (Documento 59 del expediente).

Con fecha 4 de julio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AL-PI por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado (Documento 60 del expediente).

Con fecha 4 de julio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel por el que viene a cumplimentar el requerimiento de información efectuado (Documento 61 del expediente).

VIGESIMOQUINTO. Con fecha 19 de junio de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de la representación de AL-PI por el que solicitaba copia íntegra del expediente RO 2004/1881 al considerarse parte interesada en el mismo en base a que había sido requerida para la remisión de determinada información en el marco del presente procedimiento. (Documento 51 del expediente)

Con fecha 22 de junio de 2006 la instructora del presente procedimiento comunicó a AL-PI el hecho de que no era parte interesada en el mencionado procedimiento y que, en consecuencia, no procedía la remisión solicitada, señalando que la obligación de suministrar información por parte de los operadores no derivaba de su condición de interesado en un procedimiento sino de la propia LGTel (Documento 54 del expediente).

VIGESIMOSEXTO. Con fecha 4 de agosto de 2006, se remitió a los operadores mencionados en el Antecedente de Hecho VIGESIMOCUARTO, es decir, a Comunitel, DTI2, FTES, Grupalia, AL-PI y Jazztel, las declaraciones de confidencialidad solicitadas, en relación con la información remitida en contestación al requerimiento de información efectuado en el seno del presente procedimiento sancionador. (Documentos 64 a 69)

VIGESIMOSEPTIMO. Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se llevaron a cabo los demás actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VIGÉSIMOCTAVO. Con fecha 19 de septiembre de 2006, la Instructora del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (Documento 68 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 del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica.*

***SEGUNDO.** Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por importe de treinta millones (30.000.000) de euros.”*

VIGESIMONOVENO. La propuesta de resolución fue notificada a TESAU el día 20 de septiembre de 2006, mediante escrito del instructor de fecha 19 de septiembre de 2006, recibida por la citada entidad el día 20 de septiembre de 2006 (Documento 69 del expediente).

TRIGESIMO. El 27 de septiembre de 2006, TESAU tomó vista del expediente (Documento 70 del expediente).

TRIGESIMOPRIMERO. Con fecha 20 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones a la propuesta de resolución mencionada anteriormente, presentado por TESAU (Documento 71 del expediente).

II. CONTEXTO JURIDICO-MATERIAL EN EL QUE SE SITÚA EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

Antes de abordar el análisis de los hechos incorporados al presente expediente, parece necesario situarlos, desde el punto de vista jurídico-material, para disponer de una perspectiva global del acceso al bucle así como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los servicios asociados que se incluyen dentro de la oferta de acceso al bucle de Telefónica.

El acceso al bucle de abonado permite a los operadores alternativos prestar servicios de telefonía y, en especial, de banda ancha sobre la red de acceso de Telefónica, configurando una oferta diferenciada de la del operador histórico (a diferencia de lo que ocurre con el acceso indirecto). La banda ancha se caracteriza por permitir a un usuario final, utilizando un terminal específico situado en una ubicación fija, disponer de una conexión permanente y de capacidad de transmisión elevada para acceder a los servicios de Internet. Además del servicio a Internet, se pueden prestar, entre otros, servicios de voz y de televisión. En precedentes Resoluciones de esta Comisión, se ha considerado que *“(...) El mercado de producto minorista de banda ancha debería comprender, en principio, la multiplicidad de alternativas tecnológicas que se ofrecen en la actualidad al público, entre las cuales se encontrarían, en primer lugar, las tecnologías xDSL (cuyo exponente más extendido es el ADSL y recientemente el ADSL2+) y la tecnología del cablemódem. Otras tecnologías tales como LMDS, satélite, WIFI o PLC se encuentran en estado embrionario y tienen un nivel de penetración muy marginal”¹.*

TESAU es el único operador que posee una red de acceso local de ámbito nacional de modo que es el único operador que puede alquilar el bucle de abonado en todo el territorio a los operadores entrantes, instrumento esencial para permitir introducir la competencia en el mercado de acceso de banda ancha tanto mayorista como minorista.

El Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, preveía que el Gobierno, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, establecería las condiciones para que, a partir de enero del año 2001, las operadoras dominantes de redes públicas telefónicas fijas, facilitasen el acceso desagregado y el acceso compartido al bucle de abonado.

Esta medida se anticipó a la aprobación del Reglamento CE 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local², que no necesita medida legislativa de carácter nacional para su entrada en vigor y plena aplicabilidad en todos los Estados miembros. El considerando sexto del mismo constata que *“no sería económicamente viable para los nuevos operadores duplicar la totalidad de la infraestructura de acceso local del operador preexistente en un plazo*

¹ Resolución 11 de mayo de 2006, publicado en el BOE el 24 de mayo de 2006. (AEM 2005/1454) sobre la definición y análisis del mercado de acceso a banda ancha al por mayor, anexo 1.

² DOCE I 336 DE 30/12/2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razonable". Por ello, el Reglamento, tal y como dispone el artículo 1 del mismo, *"tiene por objeto aumentar la competencia y fomentar la innovación tecnológica en el mercado de acceso local, mediante el establecimiento de condiciones armonizadas de acceso desagregado al bucle local, para que el suministro de una extensa gama de servicios de comunicación electrónica se lleve a cabo en condiciones competitivas"*.

Es decir, desde enero de 2001, TESAU está obligada a alquilar a los operadores alternativos el par de cobre desde el domicilio del usuario a la central o repartidor principal. La citada imposición de obligaciones de acceso al bucle parte del carácter fundamental del despliegue de tecnologías xDSL sobre las redes existentes de pares.

Así pues, **con el fin de que la generalidad de los usuarios pueda disponer de una oferta suficientemente variada de soluciones de banda ancha y beneficiarse de la competencia de diversos agentes en el mercado, es necesaria la imposición de obligaciones de acceso al bucle y a los denominados recursos asociados. Así, TESAU dispone de una Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) que recoge un conjunto de contratos tipo, servicios, procedimientos administrativos para su provisión, condiciones técnicas y precios que permiten a los operadores el acceso, en sus distintas modalidades (indirecto y directo), al bucle de abonado en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes.** Las obligaciones impuestas a TESAU son totalmente equivalentes a las impuestas a los operadores dominantes de los países de nuestro entorno,

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado³ en repetidas ocasiones en relación con la importancia de la prestación de servicios OBA por parte de Telefónica:

"Sobre TESAU recae por consiguiente la especial responsabilidad de suministrar los servicios de acceso al bucle, y no solamente los recogidos en la oferta de referencia. La OBA incluye las condiciones de prestación de los servicios y TESAU no puede degradarla a mera referencia indicativa, sino que debe ponerla en práctica sobre la base de su carácter vinculante, suministrando en tiempo y forma los servicios solicitados por los operadores interesados. En efecto, no puede admitirse que pretenda ser TESAU quien marque el ritmo de avance de los despliegues de sus competidores; no es ése su papel y, precisamente porque compite con el resto de los operadores en el mercado minorista, debe ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU

³ Resolución de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346), Resolución 9 de junio de 2005 (DT 2005/259) entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores. Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios de acceso al bucle deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave, cuando se está produciendo una renovación tecnológica profunda hacia las tecnologías basadas en protocolo IP y donde los acceso de banda ancha serán vitales para permitir el ofrecimiento a los usuarios de servicios innovadores y de la sociedad de la información, precisamente cuando la propia TESAU está haciendo también grandes esfuerzos hacia la actualización tecnológica continua de su red.”

Por último, se incluye una breve descripción de los principales servicios asociados que se incluyen en la OBA, a los que nos referiremos en el análisis de los hechos, cuya prestación por parte de TESAU a los operadores resulta imprescindible para que los servicios de acceso desagregado y compartido al bucle local puedan estar disponibles.

1.- Servicio de ubicación:

Es aquel por el que TESAU, en los edificios donde se albergan elementos de red en los que facilita el acceso desagregado al bucle de abonado, o en parcelas o inmuebles contiguos de su propiedad, provee las condiciones necesarias para la instalación de los equipos de los operadores autorizados y la conexión entre redes. El espacio cedido tendrá características diferentes, según se trate de ubicación física en el propio edificio de Telefónica, denominada coubicación, o se trate de ubicación distante en la parcela de Telefónica, donde se sienta el edificio que aloja el repartidor de abonado. La citada puesta a disposición de espacio se entiende adaptada al fin perseguido, por lo que incluye, entre otros aspectos, la climatización, la instalación eléctrica, la iluminación, los accesos y visitas a los inmuebles de Telefónica, y la seguridad.

El retraso o la negativa de facilitar el servicio por parte de TESAU (bien porque no exista espacio disponible bien porque TESAU no ponga a disposición de los operadores el espacio disponible) **supone para los operadores alternativos el principal impedimento para el despliegue de sus servicios puesto que es el primer servicio que demandan los operadores para comenzar su actividad.**

2.- Tendido de cable interno:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio de tendido de cable interno consiste en la conexión, mediante el tendido de un cable de pares, entre el repartidor de TESAU y el repartidor del operador alternativo situado en el recinto de coubicación, así como la instalación del repartidor del operador si así lo requiere el operador. Una vez instalado el tendido interno, cuando se solicita por medio del procedimiento de prolongación de par la conexión de un bucle concreto a la red del operador coubicado, basta ejecutar una serie de operaciones en el repartidor principal para conectar ese abonado concreto a los equipos coubicados y por ende a la red del operador alternativo.

Así pues, para un operador que al amparo del servicio de coubicación ha instalado sus equipos en un edificio de TESAU resulta imprescindible disponer de la instalación denominada tendido de cable interno para poder ofrecer servicios a los abonados conectados al repartidor principal sito en dicho edificio. Asimismo es una instalación que puede ser necesario ampliar a medida que los abonados que capta el operador coubicado van ocupando los pares del tendido o en previsión para campañas comerciales futuras.

Los retrasos en el suministro de tendido de cable interno afectan directamente al despliegue del operador solicitante, puesto que no podrá ofrecer servicios dentro del área de cobertura de la central correspondiente hasta que esté finalizada la correspondiente instalación o ampliación, y ello pese a las inversiones realizadas con carácter previo en ese edificio específico en el servicio de coubicación, en el de entrega de la señal, o en los equipos del operador a instalar en el edificio de Telefónica.

3.- Tendido de cable externo:

El tendido de cable externo se realiza en caso de ubicación distante en parcela de TESAU o en inmueble ajeno, de modo que se tenderá un cable de pares entre el repartidor de pares de cobre de abonado y el repartidor del operador sito en la nueva ubicación. Cuando el acceso es compartido incluye la instalación y conexión del *splitter* de central.

4.- Servicio de entrega de señal:

El servicio de entrega de señal de la OBA permite la conexión de equipos situados en dependencias de TESAU (equipos coubicados) con infraestructuras o equipos del Operador situados en su punto de presencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(fuera de los inmuebles de Telefónica). El servicio es aplicable tanto a operadores utilizando la modalidad de ubicación física como a aquellos haciendo uso de la ubicación distante en inmuebles de Telefónica.

Existen diferentes modalidades de entrega de señal: en cámara multioperador (consiste en la conexión mediante fibra óptica desde los espacios donde se encuentran los equipos del operador situados en dependencias de TESAU hasta una arqueta o cámara multioperador situada en las cercanías del edificio a la que el operador llega por sus propios medios), circuitos punto a punto, servicio de capacidad portadora, utilización de infraestructuras de interconexión y mediante enlace radio.

5.- Servicio de prolongación de par

La prolongación de par es un servicio de la OBA que permite conectar a la red del operador solicitante un determinado bucle correspondiente a un abonado concreto. Se trata pues del servicio en virtud del cual, una vez que se dispone de ciertas infraestructuras como el tendido de cable entre el repartidor principal y los equipos del operador alternativo, se materializa el acceso a bucles de la red de Telefónica, y **se alcanza el fin último de la OBA**, esto es, que los abonados puedan recibir la prestación de servicios de operadores alternativos haciendo uso de la red de acceso de Telefónica.

Dentro de los servicios OBA, podemos distinguir dos categorías. Por un lado, se encuentran aquellos que son necesarios para el despliegue de la infraestructura básica, que son la ubicación, los tendidos de cable (interno o externo) y la entrega de señal. Después de la prestación de éstos, el operador alternativo instala sus propios equipos. Por otro lado, se encuentra el servicio de prolongación de par, que presupone que la infraestructura necesaria ya ha sido habilitada.

Los retrasos en la prestación de cualquiera de los servicios necesarios para el despliegue de la infraestructura determinan que el momento a partir del cual el operador podría estar en condiciones de ofrecer el servicio a sus clientes sería posterior al planificado en su estrategia comercial, lo que es muy perjudicial para la aparición o consolidación de otros operadores que ofrezcan alternativas a los servicios del operador incumbente. Además, los retrasos en una solicitud del servicio de prolongación de par son de una gran relevancia porque afectan directamente al abonado en cuestión, perjudicando además a la reputación del operador alternativo frente a dicho abonado. Además, si este tipo de retrasos se generalizan, impiden a los operadores de acceso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al bucle ofrecer la conexión a su red con un mínimo de garantías sobre los plazos de suministro, desprestigiando a los servicios basados en el acceso al bucle y al propio operador alternativo. El plazo de suministro y los eventuales retrasos que percibe el abonado en el servicio minorista que desea contratar dependen de la provisión del servicio mayorista de prolongación de par de la OBA que suministra TESAU a sus competidores.

Existe un alto grado de conflictividad que se ha manifestado desde el comienzo de la vigencia de las obligaciones OBA respecto al cumplimiento por TESAU de las mismas. Los operadores alternativos han planteado desde 2002 hasta la actualidad un total de 55 conflictos de acceso al bucle de abonado, de los cuales 14 se encuentran en tramitación y 41 han sido ya resueltos. Lógicamente, los operadores sólo plantean conflictos contra TESAU, que es el único operador con quien pueden negociar el acceso, cuando todas las vías alternativas de negociación han sido agotadas.

III. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del presente procedimiento, los siguientes **HECHOS**⁴:

PRIMERO:

Telefónica de España, S.A.U. ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante

⁴ El objeto del presente procedimiento no es volver a enjuiciar los hechos en relación con expedientes cerrados y conflictos resueltos; no se plantea la resolución de ningún conflicto de acceso. Los hechos acreditados durante la tramitación de dichos conflictos son los que serán tenidos en cuenta en este apartado, pero no desde el punto de vista del posible perjuicio para el operador implicado por la ausencia de provisión de un servicio OBA, sino del incumplimiento generalizado de obligaciones OBA por parte de Telefónica que conducirían, inevitablemente, al incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la OBA publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la OBA de Telefónica.

En consecuencia, lo que se trata es de determinar, es si el conjunto de hechos y circunstancias concurrentes en todos los expedientes que se analizan pueden ser considerados como incumplimientos de las obligaciones que la OBA impone sobre Telefónica y, por ende, del incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión ya mencionadas. En ningún caso se trata aquí de depurar responsabilidades por incumplimientos de las relaciones privadas entre los operadores, sino por incumplimiento del contenido de la OBA, como acto administrativo de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado. Está claro que en los años 2004 y 2005 ha habido incumplimientos que han afectado a una pluralidad de operadores y centrales en relación con la práctica totalidad de los servicios OBA, y que los retrasos de los diversos servicios se prolongan en el tiempo en una proporción significativa. De todo ello resulta que TESAU ha mostrado una actitud pasiva cuando los operadores le han solicitado servicios de acceso al bucle para poder competir con ella.

Esta actuación de TESAU no sólo se ha referido a JAZZTEL sino que ha afectado a una pluralidad de operadores, tal y como queda reflejado en los expedientes que se han acumulado al presente procedimiento sancionador, especialmente el expediente relativo a la solicitud de TELEFÓNICA para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511), en el que constan acreditados (reconocidos por la propia TESAU) retrasos generalizados relativos a los diversos servicios OBA, y todos ellos referidos a la totalidad de los operadores del mercado.

Considerando el volumen de actuaciones que por diversos motivos se han ido incorporando al presente expediente, y al objeto de dotar de mayor claridad la exposición de los hechos, se ha procedido a sistematizar el examen de los mismos en función de los procedimientos administrativos de los que traen causa, destacando los distintos incumplimientos producidos en cada uno de ellos.

Otro aspecto previo a considerar es que en el subsiguiente examen no se analizan aquellos hechos relacionados con el posible incumplimiento de obligaciones relativas al funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores, relativos a la existencia de las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado y a la implementación de los procedimientos de la OBA mediante el sistema web vía Internet, al ser objeto del expediente RO 2006/12⁵ que se encuentra en tramitación en esta Comisión.

⁵ Expediente Sancionador RO 2006/12 por el presunto incumplimiento de Telefónica de los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la OBA publicada en fecha 20 de enero de 2001 y los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA. (En relación con las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado referidas en la OBA y la implementación de los procedimientos de la OBA mediante el sistema web vía Internet (SGO))



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Conflicto planteado por Dragonet con Telefónica en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/928)

Con fecha 20 de mayo de 2004, Dragonet solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por la falta de provisión de determinados servicios incluidos en la OBA.

1.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de coubicación en la central de Benidorm/Cruce

Con fecha 26 de enero de 2004 Dragonet solicitó el servicio de coubicación en la central de Benidorm/Cruce. Su solicitud fue reiterada el 13 de febrero de 2004, pero no fue hasta el 19 de mayo de 2004 cuando TESAU denegó la solicitud de Dragonet por inexistencia de espacio para coubicación en Sala de Telefónica (SdT).

TESAU procedió a la apertura de un procedimiento de creación de espacios adicionales en la referida central en el mes de junio. Dragonet reconfirmó el proyecto el 22 de junio de 2004, aunque el servicio no fue provisionado hasta el 18 de octubre de 2004 por un problema en la ejecución del proyecto técnico imputable a Telefónica.

El tiempo de provisión garantizado para el servicio de coubicación con habilitación inicial en SdT es de 15 días y en Sala de Operador 45 días, por lo que en cualquier caso se estaría incumpliendo el plazo referido.

1.2 Incumplimiento del plazo de provisión de alta del pPAI

Con fecha 26 de enero de 2004 Dragonet solicitó el alta de un pPAI. A partir del 10 de mayo realizó varios intentos de solicitar servicios de PAI a través del sistema SGO, servicios que fueron rechazados alegándose como motivo que Dragonet no tenía ningún servicio de coubicación activo.

Dragonet alegaba que TESAU le había indicado que no se procesaba la solicitud debido a que aún no tenían el servicio de coubicación en la central solicitada. Señalaba Dragonet que después de aprobar el proyecto de coubicación para dicha central le indicaron que lo tramitara de nuevo y esa vez, con los mismos datos que la vez anterior, sí se pudo realizar sin errores.

La causa de rechazo que figuraba en el escrito de Consulta de Solicitud de alta de pPAI remitido por Dragonet era *“demarcación o central de interconexión incorrecta”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La OBA trata el procedimiento de alta de pPAI en su capítulo I. De esta forma señala que el procedimiento se inicia con la grabación de un formulario de solicitud de alta de pPAI en la página Web que TESAU habrá dispuesto a tal efecto. Además, en dicho capítulo se establece lo siguiente:

“El alta de pPAI sólo podrá ser denegada por las siguientes causas:

- *Puerto PAI-D solicitado en central no abierta a interconexión.*
- *Puerto PAI-D solicitado en central en donde está ubicado el PAI*
- *Puerto PAI-D solicitado en central ubicada fuera del núcleo urbano en donde se localiza el PAI.”*

Continúa señalando la Oferta de TESAU que el alta de pPAI se producirá en un plazo de 15 días laborables desde el envío de la solicitud si se trata de un puerto a instalar en un PAI, o bien en un plazo de 30 días laborable desde el envío de la solicitud si se trata de un puerto a instalar en un PAI-D. Cuando el operador indica en su solicitud una fecha de alta deseada y ésta sea posterior a los plazos fijados en el párrafo anterior, el servicio se provisionará en la fecha deseada.

TESAU alegaba que el 21 de octubre se había finalizado y entregado el circuito de acceso al pPAI, asumiendo la existencia de algún error en la provisión del mencionado servicio, y en este sentido, iba a descontar de las cantidades a facturar las penalizaciones que correspondieran de conformidad con la OBA vigente. No obstante, Dragonet señalaba que el referido servicio no funcionaba, habiendo sido comprobado dicho extremo por última vez el día 25 de octubre, por lo que no se podía considerar provisionado el servicio en la fecha indicada por Telefónica.

1.3 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de transporte y enlace

Dragonet solicitó el servicio de transporte por primera vez en fecha 26 de enero de 2004. Manifestaba que había tratado de solicitar a su contacto comercial de TESAU un servicio de enlace y transporte de 34 Mb entre sus instalaciones en Alfaz del Pí y el servicio de coubicación, alegando que la solicitud fue rechazada por TESAU por no tener ningún servicio de coubicación activo.

La OBA en este sentido señala que la solicitud del servicio de entrega de señal solo puede ser denegada por las siguientes causas:

- causas de fuerza mayor



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- operador no ha solicitado coubicación
- inviabilidad técnica de la modalidad solicitada
- otras causas acordadas entre los operadores autorizados y Telefónica.

Continúa señalando el capítulo 3 de la OBA que una solicitud se considerará aceptada por Telefónica transcurridos 5 días desde su envío y validación vía web. En caso de aceptación, TESAU actualizará la página web y enviará un correo electrónico para comunicar la aceptación y el correspondiente número administrativo.

Por su parte TESAU señalaba que una vez imposibilitada la coubicación del operador en la central no tenía sentido la petición de entrega de señal, y ésta era, asimismo, rechazada.

No obstante lo anterior, según la información presentada por Dragonet en el trámite de audiencia, el servicio de enlace entre la sala OBA y las instalaciones de Dragonet en Alfaz del Pí fue entregado y funciona desde el día 1 de octubre de 2004.

Cabe concluir que, como quedó acreditado en la tramitación del conflicto, TESAU incumplió los plazos de provisión de los servicios solicitados, sin que las alegaciones de Telefónica, en cuanto a que las “incidencias” se referían a “una misma operación o actuación a realizar en la central de Benidorm”, contradigan este hecho.

Estos incumplimientos han quedado acreditados por la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2004/928, destacando los siguientes documentos: Resolución de 11 de noviembre de 2004, (Documento E.2.1.) escritos de Dragonet de 20 de mayo y 9 de julio de 2004 (Documentos E.2.2. y E.2.3.) y escritos de TESAU de fecha 22 de octubre y 11 de noviembre de 2004 (Documentos E.2.4. y E.2.6.).

2. Conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con el cumplimiento en solicitudes de tendido de cable externo de los plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado. (DT 2005/346)

Con fecha 7 de marzo de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso con TESAU en relación con la falta de provisión de determinadas solicitudes de tendido de cable externo en la ubicación de Madrid-Gran Vía.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de tendido de cable externo en la ubicación de Madrid-Gran Vía

La última solicitud del servicio de tendido de cable externo se realizó el 9 de septiembre de 2004, aprobándose el proyecto técnico el 11 de noviembre de 2005. La entrega de las cinco solicitudes se produjo el 5 de abril de 2005 cuando debieron haberse entregado no mas allá del 25 de noviembre de 2004, por lo que se produjo con un retraso de más de cuatro meses respecto a la fecha límite determinada por la fecha de aceptación del proyecto técnico correspondiente.

En cuanto a la elaboración del proyecto técnico por parte de TESAU el retraso se situaba en torno a los dos meses cuando el plazo que señala la OBA es de cinco días laborables.

Se acompaña el cuadro resumen de los datos de las solicitudes analizados que se recoge en la propia resolución del conflicto (tomando como referencia la última de las cinco solicitudes, o caso más favorable a Telefónica):

Concepto	Fecha
<i>Fecha recepción última solicitud</i>	<i>9 de septiembre de 2004</i>
<i>Fecha entrega proyecto según OBA</i>	<i>16 de septiembre de 2004</i>
<i>Fecha real entrega proyecto</i>	<i>11 de noviembre de 2004</i>
<i>Fecha entrega instalación según OBA</i>	<i>30 de septiembre de 2004</i>
<i>Fecha entrega instalación según OBA dada la fecha real de entrega del proyecto</i>	<i>25 de noviembre de 2004</i>
<i>Fecha real entrega instalación</i>	<i>5 de abril de 2005</i>

En consecuencia, y como señala la propia Resolución, se produjo un retraso de más de seis meses sin que concurran circunstancias especiales que lo justificaran más allá del aprovisionamiento de materiales, la gestión de permisos, sin que las solicitudes fueran excesivas, sin que Telefónica, en su escrito de alegaciones haya desvirtuado este hecho.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/346, destacando la Resolución de 9 de junio de 2005 (Documento E.6.7), escritos de Jazztel de fechas 7 de marzo, 21 de abril y 4 de mayo de 2005 (Documentos E.6.1., E.6.4 y E.6.6) y en los escritos de TESAU de fechas 6 de abril y 29 de abril de 2005 (Documentos E.6.2 y E.6.5).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica plantado por Jazztel en relación con la solicitud de coubicación en la central de Guadalajara/Infantado. (RO 2005/1449)

Con fecha 3 de octubre de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso con TESAU en relación con la falta de provisión de determinados servicios.

3.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de ubicación de Guadalajara-Infantado.

Jazztel solicitó con fecha 20 de enero de 2005 el servicio de coubicación en la central de Guadalajara/Infantado de 3 UNCs de 60 x 60 mediante la remisión de un correo electrónico, recibiendo de TESAU distintos mensajes sobre la viabilidad/inviabilidad de la central referida en diferentes momentos. Así, habiendo comunicado TESAU a Jazztel la inviabilidad de la central tras la solicitud presentada por esta última y, habiendo solicitado Jazztel realizar una visita a la referida central, TESAU realiza una nueva comunicación informando a Jazztel que no procedía la visita porque ya era viable.

Con fecha 4 de mayo de 2005 un operador solicitó el servicio de coubicación en esa central y se desencadenó el procedimiento de comunicación al resto de operadores, no considerándose la solicitud de Jazztel como la desencadenante del procedimiento de comunicación al resto de operadores aunque se realizó con anterioridad.

La OBA establece que cuando no exista espacio disponible para coubicación en una central se pondrá en lista de espera la primera solicitud presentada para, de ser posible, abrir un procedimiento de creación de espacios. La primera solicitud se consideraría en primer lugar. Esto no se produce en el presente caso dado que no se tiene en cuenta la solicitud de Jazztel para, una vez declarada la central como viable, aplicar el procedimiento establecido al efecto y considerar la solicitud de Jazztel como desencadenante del mismo. TESAU alega que Jazztel debería haber reiterado su petición de espacio mediante el Sistema de Gestión de Operadores. Cuando reitero su solicitud inicial, ésta vez mediante el SGO, TESAU situó su solicitud al final de la lista con lo que no le puedo facilitar el espacio inicialmente solicitado, sino un espacio equivalente.

El hecho de que TESAU no hubiera implementado en el SGO el procedimiento de atención de solicitudes de espacio no significaba que no estuviera obligado a su cumplimiento y al de sus plazos, por lo que no podría imponerse a Jazztel la obligación de volver a efectuar la solicitud, mediante un procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferente, cuando ya la había efectuado por el procedimiento que en dicho momento existía. Cualquier incumplimiento⁶ de TESAU no podría derivar en un perjuicio para los operadores.

Con fecha 22 de junio TESAU ofreció a Jazztel 1 UNC 60x60 y 4 UNC 60x30, cuya superficie, según Telefónica, era equivalente a la solicitada por Jazztel, ya que, tras el proceso de asignación de los espacios al resto de operadores, no se disponía de espacio para satisfacer totalmente la demanda de Jazztel. La obra se comenzó el día 19 de octubre y con fecha 3 de noviembre se comunicó a Jazztel la finalización de la misma, entregando el espacio solicitado.

Jazztel había solicitado 3 UNC's de 60 x 60 el día 20 de enero de 2005, el 4 de marzo de 2005 TESAU comunicó a Jazztel que la central era viable pero TESAU no inició el procedimiento de habilitación de espacios hasta el 4 de mayo de 2005, entregando a Jazztel 1 UNC de 60 x 60 y 4 UNC's de 60 x 30 el día 3 de noviembre de 2005, de lo que se deduce el incumplimiento de TESAU de los plazos de provisión del servicio.

Este incumplimiento ha quedado acreditado mediante la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/1449, destacando los siguientes documentos: Resolución de 23 de marzo de 2006 (Documento F.6.6), escritos de Jazztel de fechas 3 de octubre de 2005, 11 de enero y 16 de marzo de 2006 (Documentos F.6.1., F.6.3. y F.6.5) y en los escritos de TESAU de fechas 4 de noviembre de 2005 y 16 de marzo de 2006 (Documentos F.6.2 y F.6.5)

4. Conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica planteado por Jazztel en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de coubicación de la OBA (DT 2005/811)

Con fecha 25 de mayo de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso con TESAU en relación con el incumplimiento en la provisión por parte de TESAU de 510 solicitudes de coubicación, solicitando de esta Comisión que se instase a TESAU a satisfacer las solicitudes efectuadas, a que se declarase la procedencia de las penalizaciones por retraso previstas en la OBA y que se incoase expediente sancionador por dichos incumplimientos.

4.1 Incumplimiento de los plazos de provisión del servicio de coubicación

⁶ Como ya hemos referido anteriormente, este aspecto no es objeto del presente expediente dado que en la actualidad se encuentra en tramitación el expediente sancionador RO 2006/12.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución de 2 de febrero de 2006 analiza los incumplimientos de plazos de entrega del servicio de coubicación distinguiendo entre las solicitudes ya entregadas y las solicitudes pendientes.

En relación con las solicitudes ya entregadas, la Comisión instó a TESAU al abono de penalizaciones por retrasos previstas en la OBA correspondientes a las 320 solicitudes cuyo retraso quedó acreditado durante la tramitación, en línea con las propias fechas de inicio y entrega comunicadas por TESAU para dichas solicitudes. Se incluía un Anexo Confidencial con el listado de los incumplimientos de plazos denunciados por Jazztel y confirmados por la información remitida por TESAU en relación con las 320 solicitudes referidas.

En relación con las solicitudes pendientes de provisión, la Comisión instó a TESAU a suministrar en el plazo de 5 o 15 días, según los casos, las solicitudes de coubicación en ejecución que se encontraran pendientes de entrega y fuera de plazo a fecha de notificación de la Resolución de constante referencia, procediéndose a la aplicación de las correspondientes penalizaciones. En otros supuestos se instó a TESAU a suministrar los proyectos técnicos correspondientes en el plazo de cinco días.

Tanto los incumplimientos de los plazos producidos en la entrega de los servicios como los retrasos producidos en la remisión de la estimación de costes o la elaboración del proyecto técnico suponían un incumplimiento de las condiciones de la OBA no habiéndose puesto de manifiesto, por parte de Telefónica, circunstancias que justificaran los incumplimientos y retrasos citados.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/811, destacando la Resolución de 2 de febrero de 2006 (Documento F.4.7.), escritos de Jazztel de fechas 25 de mayo, 29 de septiembre y 15 de noviembre de 2005 (Documentos F.4.1, F.4.2, y F.4.5) y en el escrito de TESAU de fecha 4 de noviembre de 2005 (Documento F.4.4.)

5. Conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica plantado por Dragonet. (RO 2005/348)

Con fecha 3 de marzo de 2005, Dragonet solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por la falta de provisión de determinados servicios incluidos en la OBA y la resolución de incidencias relacionadas con la provisión de los servicios referidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los servicios referidos por Dragonet se concretan a continuación:

- a) Servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pí (SdT).
- b) Servicio de ampliación de coubicación en la central de Benidorm/Cruce (SdT).
- c) Servicio cableado interno en la central de Alfaz del Pí

5.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de Coubicación en la Central de Alfaz del Pí

Según las manifestaciones de las partes, la solicitud de coubicación se produjo el 29 de junio de 2004. Sin embargo los operadores discrepaban en cuanto a la fecha de aceptación del proyecto técnico.

La Resolución que puso fin al conflicto consideró el 3 de noviembre de 2004 como la fecha en que se realizó la referida aceptación, al producirse ese día un acto inequívoco de aceptación por parte de Dragonet como fue la reclamación de la provisión del servicio en cuestión.

En relación con la fecha real de entrega de la instalación, ambas partes consideran que se produjo el 21 de enero de 2005. En consecuencia, podemos señalar que se ha producido un retraso de 39 días laborables, toda vez que la OBA establece un plazo de 15 días como tiempo de provisión garantizado a contar desde la aceptación del correspondiente proyecto técnico.

5.2 Incumplimiento del plazo de ampliación de Coubicación en la Central de Benidorm/Cruce

Según la información que obra en el expediente, el 31 de agosto de 2004, Dragonet solicitó la ampliación del servicio de coubicación en la central de Benidorm, siendo aceptado el proyecto técnico por el referido operador el 8 de febrero de 2005. Dado que ambas partes consideran la fecha de 9 de marzo de 2005 como el momento de entrega del servicio, y considerando el tiempo de provisión garantizado, se ha producido un retraso de 5 días laborables.

5.3 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de cableado interno en la Central de Alfaz del Pí

Dragonet solicitó con fecha 2 de diciembre de 2004 el servicio de tendido de cable interno, produciéndose la validación de la solicitud el 10 de diciembre. La Resolución señaló el día 21 de enero de 2005 como el momento en el que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el servicio de tendido de cable interno fue entregado, produciéndose, en consecuencia, un retraso en la provisión de 19 días laborables.

En cuanto a la resolución de incidencias relacionadas con la provisión de los servicios referidos, se analizaron las siguientes:

- a) Incidencias relacionadas con la Central de Alfaz del Pi.
- b) Incidencias relacionadas con la Central de Benidorm/Cruce

5.4 Incumplimiento del plazo de resolución de incidencias relacionadas con la Central de Alfaz del Pi

Incidencia por avería planteada el día 1 de febrero de 2005 interpuesta con posterioridad a la entrega del servicio de coubicación en la central de Alfaz del Pi, indicando un problema de acceso a sus servicios coubicados al encontrar una puerta intermedia que les impedía el paso a la propia sala de coubicación. El día 9 de febrero se reiteró la incidencia mediante burofax. El mencionado problema se resolvió el 23 de febrero de 2005, momento en que quedó cerrada la incidencia por avería.

La OBA establece un plazo de seis horas para la resolución de una incidencia de este tipo, ya que se trata de una incidencia de prioridad alta.

5.5 Incumplimiento del plazo de resolución de incidencias relacionadas con la Central de Benidorm Cruce.

Incidencia de provisión abierta el día 13 de diciembre de 2004 en relación con la solicitud de ampliación de coubicación realizada el 31 de agosto de 2004 que no fue cerrada hasta el 17 de diciembre de 2004, mediante la remisión por parte de TESAU de los costes de la instalación.

Incidencia de avería abierta el 18 de marzo de 2005 referida a la problemática derivada del cambio de cerradura en la central de Benidorm/Cruce. No obstante, no fue hasta el 30 de marzo de 2005 cuando resultó cerrada la incidencia por solucionarse el problema planteado con las llaves.

En definitiva, la tramitación del conflicto demuestra, sin que haya sido desvirtuado durante la tramitación del presente procedimiento, que TESAU ha incumplido no solo los plazos de provisión de los servicios, llegando a producirse un retraso de 39 días laborables en algún caso, sino también la resolución de las incidencias planteadas. Esto supone la total inaplicabilidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la Oferta de TESAU para el operador en cuestión al no recibir en plazo ni los servicios en sí, ni respuesta ante los problemas que se le plantean en relación con los mismos.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/348, destacando la Resolución de 10 de noviembre de 2005 (Documento F.1.9.), escritos de Dragonet de fechas 3 de marzo, 23 de junio y 7 de octubre de 2005 (Documentos F.1.1, F.1.4. y F.1.8) y en los escritos de TESAU de fechas 11 de mayo, 27 de julio y 7 de octubre de 2005 (Documento F.1.2., F.1.5. y F.1.7)

6. Conflicto de acceso planteado por DTI2 con Telefónica en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/1009)

Con fecha 31 de mayo de 2004, DTI2 solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el posible incumplimiento de la OBA de Telefónica.

En concreto, se destacaban las siguientes cuestiones:

- a) Retrasos en la firma de los contratos tipo incluidos en el Anexo 2 de la OBA.
- b) Proveer los servicios solicitados y resolver las incidencias planteadas:
 - (i) visitas a centrales: Córdoba-Abderramán, Córdoba-Gondomar (21-5-2004); Córdoba-Góngora, Córdoba-El Arcángel, Córdoba-Brillante y Córdoba-Maimónides. (8-6-2004)
 - (ii) servicio de coubicación y tendido de cable interno en las centrales de Córdoba-Gondomar y Córdoba-Abderramán (21-5-2004); Córdoba-Brillante, Córdoba-Góngora, Córdoba-El Arcángel y Córdoba-Maimónides (8-6-2004)
 - (iii) tendido de cable externo en la central de Córdoba-Séneca (3-5-2004)
- c) Niveles de escalado resolutivos

6.1 Retrasos en la formalización de los contratos tipo incluidos en el Anexo 2 de la OBA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 6 de abril de 2004, DTI2 solicitó la formalización de los contratos tipo mediante correo electrónico aunque no fue hasta el 17 de junio de 2004, una vez interpuesto conflicto de acceso ante esta Comisión, cuando efectivamente fueron formalizados.

Esta dilación en la formalización de los contratos no tendría tanta relevancia si no fuera porque la falta de la misma supuso que TESAU se retrasara en la prestación de servicios OBA a DTI2 a causa, precisamente, de no contar con el contrato escrito.

6.2 Incumplimientos de los plazos de provisión de servicios

En relación con la provisión de servicios solicitados y la resolución de incidencias, la Resolución de 30 de diciembre de 2004 señala que:

“Lo que si se puede reseñar en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la propia información presentada por TELEFÓNICA a esta Comisión, es que de las centrales a las que DTI2 hace referencia, únicamente las de Córdoba-Abderramán y Córdoba-Góngora están abiertas a la coubicación, y se encuentran abiertas desde el mes de enero y junio de 2004 respectivamente. Por lo tanto, la provisión del servicio no se vería sujeta, en relación con estas centrales, a los plazos que para la incorporación de nuevos emplazamientos establece la OBA. TELEFÓNICA, en principio, debería haber realizado las tareas de preparación necesarias y debería haber comunicado vía web a DTI2 la disponibilidad de espacio en el plazo de 7 días a contar desde el 21 de mayo y 8 de junio de 2004, fechas en las que se realizaron las solicitudes respectivas por parte de DTI2”

Telefónica, en su escrito de 22 de junio de 2004, reconoce expresamente:

“... Por la tipología de este cliente y por su reciente condición de operador con derecho de acceso a los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado, mi representada había interpretado sin mala fe que DTI2 no cumplía con los preceptos del contrato para acceder a dichos servicios, ya que en el expone II del contrato tipo del servicio de acceso desagregado al bucle se indica que el operador declara haber notificado a la CMT el inicio de una actividad de explotación de una determinada red o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas. Así, al entender mi representada que DTI2 no tenía título suficiente, no se le había provisionado el acceso desagregado.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, la OBA no contempla ésta, en ningún caso, como causa de denegación y/o retraso en la provisión de los servicios.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2004/1009, destacando la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (Documento E.3.1.), escritos de DTI2 de fechas 31 de mayo, 6 de julio, 19 de agosto y 25 de noviembre de 2004 (Documentos E.3.2., E.3.4, E.3.5. y E.3.6.) y en los escritos de TESAU de fechas 22 de junio y 2 de diciembre de 2004 (Documentos E.3.3 y E.3.7.)

7. Conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 y Telefónica acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido (DT 2003/1534)

Con fecha 13 de octubre de 2003 UNI2 planteó conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno.

7.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de Tendido de Cable Interno en las Centrales de Madrid/Aragón, Madrid/Velázquez y Madrid/Santo Domingo

Con fecha 22 de agosto de 2003 Uni2 solicitó a TESAU el alta del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido en tres centrales de Madrid (Aragón, Velázquez y Santo Domingo) siendo aceptadas por TESAU 4 días más tarde. Uni2 solicitó de la CMT que impusiera a TESAU la entrega, con carácter urgente, del servicio de tendido de cableado interno para acceso compartido en las centrales solicitadas, así como la disponibilidad de las especificaciones técnicas de los “splitter” de central.

Con fecha 6 de noviembre de 2003 el Consejo de la CMT aprobó una Resolución adoptando medida cautelar por la que TESAU habría de entregar a Uni2 el servicio de tendido de cable interno para acceso compartido solicitado en las centrales de Madrid “Aragón”, “Velázquez” y “Santo Domingo”, antes de los quince días laborables siguientes a la fecha de notificación de la resolución.

La entrega de los servicios se produjo el 28 de octubre para la central de Madrid/Aragón y el 29 de octubre para las centrales de Madrid/Velázquez y Madrid/Santo Domingo. Uni2 alega que *“ha sufrido un retraso injustificado en la entrega del servicio de un total de 49 y 50 días”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, Uni2 indicaba que no disponía de las especificaciones técnicas de los “splitter” de central, ni TESAU había remitido la información solicitada en relación con los parámetros fundamentales para poder configurar las pruebas del servicio. Uni2 añadía que si bien el servicio de cableado interno había sido entregado, no se podía confirmar el correcto funcionamiento del mismo, ya que, al no recibir la información solicitada a Telefónica, no había podido realizar las pruebas del servicio.

En definitiva, cabe concluir que quedó acreditado, en la tramitación del conflicto, sin que TESAU lo haya rebatido, el incumplimiento de TESAU en la entrega del servicio de más de dos meses en varias centrales madrileñas. De hecho, TESAU afirmó que se trataba *“de las primeras peticiones de tendidos de cable interno para acceso compartido después de dos años y medio de la apertura del bucle de abonado en España. Parece comprensible que se haya producido algún problema de coordinación interna y en consecuencia se haya sufrido un mínimo retraso en la provisión de este servicio nuevo”*. TESAU, al no disponer de los splitter ni de las especificaciones técnicas, estaba vaciando de contenido la obligación contemplada en la OBA.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2003/1534, destacando la Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares de 6 de noviembre de 2003 (Documento E.1.2), y la Resolución de 4 de diciembre de 2003 (Documento E.1.5). Así como escritos de Uni2 de fechas 13 de octubre y 27 de noviembre de 2003 (Documentos E.1.1. y E.1.4.) y en los escritos de TESAU de fechas 7 de noviembre de 2003 y 12 de enero de 2004 (Documentos E.1.3 y E.1.6.)

8. Conflicto de acceso entre Ibercom y Telefónica por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2004/1367)

Con fecha 10 de agosto de 2004, Ibercom planteó conflicto de acceso con TESAU por un posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado.

8.1 Retraso en la formalización de los contratos tipo incluidos en el Anexo 2 de la OBA

Ibercom manifestó, mediante escrito remitido a TESAU con fecha 28 de abril de 2004, que aceptaba la OBA vigente en su integridad y que, por ello, estaba interesada en firmar los contratos tipo incluidos en la OBA. Solamente quedaba por llevar a cabo la formalización escrita del negocio jurídico mediante la firma



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los contratos tipo. Esta firma se produjo con fecha 14 de octubre de 2004. No existe justificación para el retraso producido en la formalización de los contratos ni para que TESAU denegara o retrasara la prestación de los servicios de acceso al bucle, la resolución de incidencias o el acceso al sistema web de ventanilla única, más allá de los plazos y condiciones definidos en la OBA.

8.2 Denegación de visitas a centrales de coubicación de Telefónica

Ibercom solicitó la visita a una serie de edificios con el propósito de comprobar la disponibilidad de espacio. Únicamente dos solicitudes fueron efectuadas correctamente (Ondarreta y Amara), ya que el resto no se envió con la suficiente antelación como destaca TESAU en su escrito de alegaciones. Continúa señalando TESAU en el referido escrito que por dicho motivo no *“puede predicarse la concurrencia de incumplimiento alguno”* respecto de la provisión de las restantes visitas. No obstante, TESAU debería haber comunicado a Ibercom la denegación de las visitas solicitadas incorrectamente y haber permitido las correspondientes a Ondarreta y Amara. Sin embargo, no realizó ninguna actuación en ninguno de los casos.

8.3 Incumplimientos del plazo de provisión del servicio de coubicación y entrega de señal

Ibercom solicitó en relación con diversas centrales de San Sebastián (Ondarreta/Amara), Pamplona (Este, San Juan, Rochapea, Barañáin, Tudela) Madrid (10 centrales), Barcelona (7 centrales) y Hernani (1 central), servicios de coubicación y tendido de cable interno.

Según TESAU, seis de las centrales solicitadas no disponían de espacio para albergar a Ibercom en mayo, pero en ningún momento presentaba prueba alguna que demostrara que denegó las centrales por falta de espacio o que propuso alternativas viables a Ibercom dentro de los plazos establecidos en la OBA. A esto Ibercom añadía que había que tener en cuenta la dificultad que había supuesto para este operador obtener información al no tener acceso al sistema web (solamente tenía constancia de la supuesta situación de falta de espacio en 3 de las centrales y desconoce las peticiones que hayan podido realizar otros operadores antes o después).

Por lo demás, las solicitudes de provisión de los servicios desde abril de 2004 quedaban acreditadas sin que, tal y como señalaba la Resolución, existieran pruebas que justificaran el rechazo de Telefónica. En lo que se refiere a la falta de espacio como posible justificación al retraso en la provisión del servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cubicación, en al menos 14 de las 25 centrales afectadas, se daban las condiciones para que las solicitudes de Ibercom hubieran sido procesadas debidamente. La existencia de los retrasos en la provisión de los servicios está por otro lado reconocida por TESAU en su escrito de alegaciones.

“Reconociendo la existencia de retrasos en la provisión de algunos servicios, mi representada desea poner de manifiesto que de manera repetida ha de sufrir la más absoluta falta de conocimiento, por no decir desinterés, de algunos operadores sobre cuáles son los procedimientos habituales incluidos en la OBA para el tratamiento de las solicitudes de los servicios existentes en la misma...”

“Mi representada desea señalar que en ningún momento ha existido por su parte la menor intención de perjudicar intencionadamente al operador denunciante, más allá de los posibles fallos en que se hay[a] incurrido en la prestación de algunas solicitudes.”

Ibercom también incluye una lista de solicitudes de entrega de señal que no se encontraba en la OBA, pero sí había sido considerada por esta Comisión como una solicitud de acceso razonable en octubre de 2003, varios meses antes de que Ibercom lo pidiera a TESAU⁷.

8.4 Incumplimientos del plazo de resolución de incidencias

Ibercom planteó una serie de incidencias ante la falta de provisión de los servicios solicitados por parte de Telefónica, aunque, al igual que ocurrió en relación con las solicitudes de provisión, TESAU no realizó ninguna actuación para la resolución de las mismas hasta mucho después de que expirasen los plazos establecidos. Precisamente, para los casos de desacuerdo en la resolución de una incidencia, existe un procedimiento de escalado de incidencias que permite a los operadores solicitantes encontrar una solución a otro nivel con el fin de poder resolver las posibles discrepancias surgidas en las incidencias. Ibercom planteaba en su escrito de 20 de septiembre de 2004 el incumplimiento de TESAU en relación con el escalado de incidencias, aunque había solicitado los datos de contacto de TESAU en repetidas ocasiones, siendo la primera de ellas el 17 de mayo de 2004.

TESAU alegaba que, durante la semana del 22 al 28 de noviembre de 2004, había procedido a remitir a Ibercom el procedimiento de escalado de incidencias que se recoge en la OBA, aunque no mencionaba si incluía los datos de contacto. Ibercom, por su parte, contestaba a estas alegaciones

⁷ Resolución de 9 de octubre de 2003 sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre ORANGE WEB SERVICES, S.L. y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación a la entrega de señal mediante fibras ópticas vacantes (DT 2003/317).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

señalando que, a fecha 3 de diciembre de 2004, seguía sin recibir ningún tipo de información.

Es únicamente en el marco del conflicto planteado por Ibercom cuando por primera vez, como recoge la Resolución, TESAU ha procedido a remitir a Ibercom el procedimiento de escalado de incidencias, no incluyéndose en un primer momento los datos de contacto, lo que pone de manifiesto la actitud obstruccionista de TESAU con respecto a Ibercom.

En definitiva, queda acreditado, como recoge la Resolución, que en un primer momento TESAU se negó a firmar los contratos tipo, a pesar de contar con la confirmación de la aceptación de Ibercom. Dichos contratos no fueron firmados hasta finales de 2004, después de que Ibercom planteara el conflicto. Asimismo, las solicitudes de Ibercom en la mayoría de las centrales en las que Ibercom solicitó servicios de acceso a TESAU en aplicación de la OBA fueron rechazados injustificadamente, de modo que TESAU incumplió de manera voluntaria las condiciones a que venía obligada a prestar dichos servicios. Teniendo en cuenta que la provisión de los servicios no se realizó hasta después de que se dictara Resolución en la materia y tomando la fecha de la misma como límite temporal, los retrasos en que incurrió TESAU son muy significativos y en su mayoría superan los tres meses de retraso.

TESAU señala en su escrito de alegaciones en relación con el presente procedimiento que Ibercom se negó a hacer uso del procedimiento habitual para la contratación de servicios, el buzón de bucle, del que han hecho uso el resto de los operadores. En relación con el servicio de coubicación y tendido de cable interno señala TESAU que existían razones para el rechazo por no existir espacio para albergar al operador. En cuanto al servicio de entrega de señal solicitado expone que no se encontraba comprendido en la OBA, y no se siguió el procedimiento establecido para la visita a las centrales. Por último, TESAU apunta que en 2004 se terminaron para Ibercom un total de 336 solicitudes de tendido de cable interno y 52 de coubicación, por lo que no puede hablarse de incumplimiento generalizado.

Los argumentos de TESAU son sustancialmente idénticos a los que se plantearon durante la tramitación del conflicto, y como se ha señalado anteriormente, carecen de justificación por las razones expuestas en la Resolución. No cabe hablar de procedimiento anómalo alguno, ya que la falta de habilitación en el sistema web es, como quedó probado en el procedimiento, únicamente imputable a TESAU. Ibercom realizó la solicitud correspondiente para habilitarse como operador desagregado. En segundo lugar, TESAU no alegó en su momento falta de espacio para rechazar las solicitudes de Ibercom. En el procedimiento posterior alegó, como ahora, que carecía de espacio, si



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bien esto sólo sería aplicable a 9 de las 25 centrales afectadas. En tercer lugar, TESAU estaba obligado a dar acceso al servicio de señal solicitado, pudiendo rechazarlas únicamente sobre la base de criterios objetivos. Por último, debe añadirse que, contrariamente a lo alegado por TESAU, sumando todos los incumplimientos de las solicitudes de coubicación en las diversas fechas, el resultado es que se produjo un retraso en 26 de las 52 solicitudes a que se refiere TESAU, lo que representa un incumplimiento del 50%, porcentaje que dista de ser meramente puntual.

De todo lo anterior cabe concluir que ha quedado sobradamente acreditado sin que TESAU haya aportado prueba en contrario que en un primer momento TESAU entorpeció la conclusión de los contratos tipo para la provisión de servicios OBA sin razón alguna, para posteriormente incurrir en retrasos en relación con la provisión de los servicios de coubicación, tendido interno y en el escalado de incidencias que alcanzaron el 50% de las solicitudes para el 2004 en relación con algunos servicios.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2004/1367, destacando la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (Documento E.4.1.), escritos de Ibercom de fechas 10 de agosto, 20 de septiembre de 2004, 20 de septiembre de 2004 (otro escrito) y 3 de diciembre de 2004 (Documentos E.4.2., E.4.3., E.4.4. y E.4.6.) y en el escrito de TESAU de fecha 26 de noviembre de 2004 (Documento E.4.5.)

9. Conflicto de acceso entre Jazztel y Telefónica en relación con la modalidad de cámara multioperador del servicio de entrega de señal de la oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2005/992)

Con fecha 23 de junio de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso con TESAU. Jazztel consideraba que se estaban produciendo incumplimientos de los plazos de entrega del servicio de entrega de señal (ES-CRMO) de la OBA en la modalidad de cámara multioperador, especificando además que en el caso de otras solicitudes ya entregadas se había producido un incumplimiento en los plazos de entrega establecidos en la OBA. Estos son de 20 días hábiles desde la presentación de la solicitud si se utiliza una cámara preexistente, o bien de 40 días hábiles a contar desde la aceptación del proyecto específico por parte de los operadores interesados si el operador es el primero que solicita el servicio. Jazztel solicitaba que se instase a TESAU a atender las solicitudes pendientes de entrega de forma escalonada, que se declarase la procedencia de las penalizaciones imputables a TESAU y que se procediera a la apertura



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un procedimiento sancionador contra TESAU por los incumplimientos denunciados.

9.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de entrega de señal en la modalidad ES-CRMO

De acuerdo con la información acompañada por Jazztel al escrito de interposición del conflicto, se acumulaban en total 326 solicitudes de las que 35 habrían sido finalizadas con retraso y 184 estarían pendientes de entrega a pesar de haber transcurrido los plazos de la OBA). El periodo cubierto por los incumplimientos es el comprendido entre julio de 2004 y agosto de 2005, este último teniendo en cuenta el límite temporal de la información remitida por TESAU (Jazztel remitió incumplimientos que abarcaban hasta el 14 de noviembre de 2005). .

Tomando los datos más favorables a TESAU, que son los remitidos por ella misma, y según se constató en la Resolución, los incumplimientos abarcarían al menos a cien centrales teniendo únicamente en cuenta las solicitudes para CRMO nueva y existente entregadas fuera de plazo o pendientes de entrega con retraso respecto al plazo aplicable. En definitiva, los incumplimientos se podrían resumir del siguiente modo:

	ES-CRMO Nueva	ES-CRMO Existente	TOTAL
<i>Anulada por Jazztel</i>	15	1	16
<i>Inviabile</i>	4	0	4
<i>Rechazada</i>	3	0	3
<i>En espera de obtención del permiso</i>	88 (29 con retraso)	0	88
<i>Pendiente de comunicación a los operadores</i>	2	0	2
<i>Pendiente aceptación de los operadores</i>	2	2 (2 con retraso)	4
<i>Pendiente fin de obras</i>	55 (23 con retraso)	5 (5 con retraso)	60
<i>Finalizada</i>	92 (43 con retraso)	86 (34 con retraso)	178
TOTAL	261	94	355

Tabla 1] Estado solicitudes y servicios de entrega de señal en cámara multioperador a TESAU
Fuente: TESAU

De este cuadro, se desprende que se ha producido un significativo número de retrasos en las solicitudes finalizadas. Estos han afectado aproximadamente al 50% de las solicitudes con ES-CRMO nueva y al 40% de las solicitudes con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ES-CRMO existente, es decir, 43 respecto de 92 y 34 respecto de 86, respectivamente, puesto que son los retrasos en solicitudes de servicio finalizadas las que se toman en consideración a efectos de considerar incumplimiento del plazo de provisión del servicio.

Teniendo en cuenta estos datos, no es preciso examinar con detalle cuáles son las discrepancias entre las fechas de entrega apuntadas por TESAU o por Jazztel. Sólo se tienen en cuenta las primeras, que TESAU estima se trata de la fecha de comunicación por correo electrónico a Jazztel del fin de las obras. Debe señalarse no obstante que la media de incumplimiento de los plazos para la provisión de los servicios es muy alta tomando como referencia los datos aportados por la propia TESAU en respuesta al requerimiento de información que le fue realizado, superando por ejemplo la media de 41 días hábiles para aquellos servicios de entrega de señal de CRMO existente que habían sido entregados cuando se planteó el conflicto.

En cuanto a la calificación errónea de solicitud ES-CRMO como existente cuando se trataba de solicitudes nuevas alegada por TESAU referente a las solicitudes de Burgos/Villamar, Sevilla/Rubén Darío, Valladolid/Huerta de Rey, Zaragoza/Macanaz, se trataría de una proporción mínima e irrelevante en relación con los incumplimientos acreditados.

Por lo demás, en lo referente a la duplicidad de solicitudes de entrega de señal en la misma ubicación, como se explicó con detalle en la Resolución, no pueden ser tenidos en cuenta, por lo que no existe justificación que pueda atenuar el grado de incumplimiento de los plazos de TESAU por este motivo. Existe una serie de solicitudes para las que TESAU aportó documentación justificativa del retraso en la entrega de los servicios consistente en los permisos de obras solicitados a los Ayuntamientos correspondientes. Sin embargo, existe un número no insignificante de solicitudes tanto finalizadas como pendientes (ya sea de fin de obras o en espera de la obtención del permiso) para las que no se aporta documentación justificativa por un lado y, además, del propio examen de la fecha de solicitudes adjuntada por TESAU se desprende que los retrasos son plenamente imputables a TESAU teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones las solicitudes de licencias municipales se produjeron transcurrido más de un mes desde que el operador realizó su solicitud.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/992, destacando la Resolución de 16 de febrero de 2006 (Documento F.5.7.), escritos de Jazztel de fechas 23 de junio, 15 de noviembre y 15 de diciembre de 2005 (Documentos F.5.1., F.5.4. y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

F.5.6.) y en los escritos de TESAU de fechas 19 de agosto, 18 de noviembre de 2005 y 30 de marzo de 2006 (Documento F.5.2., F.5.5. y F.5.8)

10. Conflicto de acceso al bucle de abonado entre Jazztel y TESAU en relación con el cumplimiento de plazos de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/259)

Con fecha 26 de enero de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso con TESAU en relación con el incumplimiento de los plazos de provisión de determinados servicios. A los efectos del presente procedimiento, se examinan los incumplimientos referidos a la entrega de tendidos internos y entrega de prolongaciones de par que se tratan en la Resolución de 9 de junio de 2005, así como a la saturación del repartidor principal a que hace referencia la posterior Resolución de 29 de septiembre de 2005. Las alegaciones de TESAU en cuanto al cambio estructural de la demanda se examinan en el apartado sobre el expediente 2005/511.

10.1 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de Tendido de Cable Interno.

Tal y como señalaba la Resolución del conflicto y sobre la base de la información remitida por Jazztel, quedaba acreditado que existían 1.388 solicitudes, de las que en 1.096 no se habían cumplido los plazos previstos, lo que representaba un incumplimiento con respecto al 79% de las solicitudes desde el 1 de enero de 2004 hasta 7 de marzo de 2005. De la información remitida mensualmente por TESAU se confirma que entre el 1 de enero de 2004 y el 10 de marzo de 2005 TESAU entregó 723 solicitudes fuera de plazo sobre un total de 1.121, lo que representa un incumplimiento respecto al 64% de las solicitudes.

Si se tienen en cuenta las solicitudes en el período 1 de enero de 2004 a 30 de abril de 2005, TESAU entregó fuera de plazo un total de 1.589 tendidos de un total de 2.845. Tal y como señala la Resolución, TESAU da cuenta de incidencias únicamente en 309 casos, de lo que se deduce un incumplimiento de 1.280 solicitudes de un total de 2.845. De la información remitida por TESAU con carácter periódico, un total de 137 centrales (128 según la información de Jazztel en el escrito planteando el conflicto) quedaron afectadas por los retrasos en la provisión del servicio.

En su escrito de alegaciones del presente expediente, al igual que hizo en sede de reposición contra la resolución que puso fin al conflicto, TESAU se refiere al cambio estructural de la demanda operado desde octubre de 2004, aportando una serie de gráficos y remitiéndose a lo que considera hechos probados en los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expedientes RO 2003/1737 y DT 2005/346, refiriéndose también al expediente DT 2005/259.

En cuanto a las planificaciones, que podrían facilitar a TESAU el cumplimiento de los plazos de provisión, nos remitimos a la Sección IV de la presente Resolución en la que se da contestación a esta alegación de TESAU, planteada en su escrito de 29 de julio de 2006.

Las alegaciones de TESAU presentadas en el expediente DT 2005/259 tampoco desvirtúan ni justifican los retrasos producidos. En efecto, como señala la Resolución del conflicto *“TESAU no pone en duda la existencia de retrasos e incumplimientos de plazos de entrega, lo cual es coherente con lo denunciado con JAZZTEL (...). En su descargo, TELEFÓNICA aduce que los retrasos son inferiores a un mes, pero no niega lo denunciado por JAZZTEL respecto a que un porcentaje elevadísimo de las solicitudes se entregan una vez vencido el plazo límite”*.

Teniendo en cuenta que el plazo de provisión es de 10 días laborables a contar desde la aceptación de la solicitud⁸, una gran proporción de los retrasos (al menos un 60% de las solicitudes) se ha incrementado en cinco días o más. El plazo de provisión del servicio se ha incrementado en un 50% para estas solicitudes, y además los retrasos han afectado a 137 centrales en las que Jazztel realizó solicitudes, sin que TESAU haya desvirtuado estos hechos.

Por último, la alegación de TESAU en relación con el supuesto error de los datos reflejados en la Resolución de 9 de junio de 2005 en modo alguno afecta al incumplimiento de las solicitudes de tendido interno, ya que se refiere únicamente a los plazos del servicio de prolongación de par. Por ello, no pueden tenerse en cuenta en relación con la acreditación del incumplimiento del servicio de tendido interno.

10.2 Incumplimiento del plazo de provisión del servicio de Prolongación de Par

Según Jazztel, TESAU entregó fuera de plazo 1.962 de las 10.459 solicitudes considerando el año 2004 y 934 retrasos de un total de 4.332 solicitudes entre 1 de enero y 7 de marzo de 2005.

⁸ Sección A.1 del Anexo 1 de la OBA (Acuerdos de Nivel de Servicios). El plazo es común tanto para acceso compartido como desagregado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con la documentación remitida por TESAU, los retrasos producidos ascienden a 2.991 retrasos de un total de 16.888 solicitudes, con el desglose siguiente:

- todas las de acceso compartido (11.080);
- 1.607 de 2.817 completamente desagregado;
- 2.913 de 2.991 de cambio de acceso indirecto.

Tanto en las alegaciones del expediente como en vía de reposición y en el marco del presente expediente, TESAU trata de desvirtuar la veracidad de los datos que fueron remitidos por ella misma. Para ello, alega que *“los datos que la propia Telefónica de España ha venido suministrando a la CMT de forma mensual no reflejan la realidad del cumplimiento de los plazos”*. Según TESAU, *“el error se concreta en que el sistema utilizado hasta la fecha para dar los plazos de provisión del servicio de prolongación de par no computa únicamente para la provisión del servicio prestado a las operadoras, sino que incluye, adicionalmente, toda la actividad de tramitación administrativa complementaria dentro de Telefónica de España, incluyendo regularizaciones de inventarios”*.

Según TESAU, el motivo del envío de la información en ese formato es la indisponibilidad de informes específicos y plazos netos de provisión del servicio de prolongación de par. TESAU adjunta un informe de [Confidencial] (sección B del ramo de prueba propuesto por TESAU) que confirma las fechas de compromiso con Jazztel y demás fechas relevantes en cumplimiento de la OBA, incluyendo la de terminación de los trabajos de instalación. Según TESAU, el porcentaje de cumplimiento en relación con el servicio de prolongación de par se eleva al 80% (frente al 8% con los datos anteriores).

Debe señalarse que el contenido del informe [Confidencial] en absoluto tiene la relevancia probatoria que pretende darle TESAU para desvirtuar que, como ha quedado acreditado, se han producido retrasos generalizados en la provisión de servicios de prolongación de par en el periodo enero 2004-marzo 2005, por los motivos que se exponen a continuación:

- (i) El análisis del informe se limita a un ámbito temporal muy específico (las fechas de provisión de los servicios abarcan únicamente aquellas comprendidas entre el 5 de abril y el 30 de junio de 2005), y que de hecho es posterior al periodo que tiene en cuenta el anexo II (confidencial) de la Resolución a efectos de determinar los incumplimientos objeto del conflicto⁹. Por tanto, su contenido no

⁹ Ver página 3 del informe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afecta en modo alguno al periodo temporal tenido en cuenta por la misma.

- (ii) Los porcentajes de cumplimiento e incumplimiento que resultan del informe de [Confidencial] pueden además no corresponder a la realidad de la entrega del servicio, ya que no se acompaña soporte documental alguno que confirme las fechas que sirven de referencia para modificar los porcentajes de cumplimiento. Por ejemplo no se especifica si la “fecha de compromiso” que se toma como referencia inicial está dentro de los plazos de la OBA o no, o de si por ejemplo la “fecha de cumplimentación del jalón TL” que se toma como referencia final para verificar si existen retrasos en la prestación del servicio es aquella en la que se envía el correo a Jazztel confirmándole la entrega u otra (por ejemplo, podría tratarse de una fecha anterior).

En definitiva, incluso en el supuesto de dar por bueno el contenido del informe de [Confidencial], no quedaría desvirtuado que haya existido un incumplimiento de los plazos para este servicio durante el periodo entre enero de 2004 y marzo de 2005 para las solicitudes que puso de manifiesto Jazztel en su escrito de interposición del conflicto y que quedaron acreditados en el procedimiento. Que el incumplimiento sea del 20% tomando como referencia los datos de Jazztel (anexos 1 y 2 adjuntos a su escrito de interposición del conflicto) y que TESAU acepta es suficientemente significativo, en particular, vista la importancia que tiene la prestación de este servicio en el periodo previsto en la OBA que se solicita únicamente cuando el operador tiene un cliente. Cualquier retraso supone una pérdida de imagen y el consiguiente impacto negativo de cara a consolidarse en el mercado.

Tampoco pueden acogerse las alegaciones de TESAU en sus diversos escritos en relación con la irregularidad de la demanda del servicio de prolongación de par y de los problemas que según TESAU genera la remisión de información incompleta de clientes.

En lo que se refiere a la irregularidad de la demanda de servicios alegada por TESAU en referencia a Jazztel, ésta sólo le afectaría a las solicitudes cursadas en 2005, como se explica en la siguiente sección. A este operador le afectan un total de 1.962 solicitudes retrasadas de un total de 10.459 solicitudes y representaría un incumplimiento del 18,76% de las solicitudes. Entre 1 de enero y 7 de marzo de 2005, el incremento en términos porcentuales del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

número de solicitudes retrasadas no es significativo (representa menos de 3%¹⁰).

Cabe destacar que, cuando de acuerdo con las alegaciones de TESAU no existía situación de contingencia alguna (2004), el tiempo medio del retraso era de 9 días y en al menos el 17% del total de solicitudes de Jazztel en la categoría de completamente desagregado se produjo un retraso de dos semanas o más¹¹. Y ello, a pesar de que la provisión de este servicio no requiere un despliegue de recursos y de que, como se ha señalado anteriormente, si no se presta a tiempo tiene consecuencias muy negativas para el operador de cara a sus clientes.

10.3 Incumplimientos en relación con el servicio de coubicación por rechazos injustificados amparados en la saturación del repartidor principal en los servicios de coubicación y tendido de cable interno

Uno de los motivos por los que TESAU estimaba que debían rechazarse las solicitudes de coubicación o de tendido de cable interno de Jazztel era la saturación del repartidor, que afectaría a las centrales de Madrid-Delicias, Cerdanyola del Vallès-Riu Sec, Alcorcón-San José, Montornès del Vallès, Calella, Aranda de Duero, Yecla, Oviedo-Pando y Santa Perpetua de Mogoda. En su escrito de alegaciones al conflicto, TESAU apuntó que esta misma situación afectaba a cuatro ubicaciones adicionales (Castelldefels, Jerez-Judería, San Juan de Aznalfarache y Zaragoza-Miralbueno), y en el envío mensual de información de TESAU de abril de 2005 se deduce que la misma situación se producía en Córdoba-Gondomar, Granada-Triunfo, Torremolinos-Casablanca, Alhaurín de la Torre, Benalmádena-Costa, Rincón de la Victoria, Fuengirola-Suel, Chiclana-Alamo, Sevilla-Aeropuerto, Esparreguera y Terrasa-Amat. Los aspectos en cuanto a los rechazos de tendido de cable interno ya han sido tratados con anterioridad, nos limitamos ahora a considerar los rechazos en las solicitudes de coubicación.

De hecho, como reconoció la propia TESAU con posterioridad a la Resolución, existían únicamente tres ubicaciones en las que TESAU reconocía que existía una saturación del repartidor principal, Alcorcón-San José de Valderas, Madrid-Norte y León-Corredera que afectaba a diversos operadores con solicitudes pendientes de ejecución en estas centrales. Así, queda claro que las causas en las que se amparó TESAU para el resto de las ubicaciones no estaban fundadas en absoluto. De hecho, como se demostró una vez que se efectuaron

¹⁰ Hubo un total de 934 retrasos de un total de 4332 solicitudes, lo que representa el 21.6% del total de solicitudes afectadas por los retrasos en la entrega.

¹¹ De conformidad con el anexo 2 remitido por Jazztel (Documento E.5.1), se trata de 151 solicitudes de un total de 864 correspondiente al 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las inspecciones correspondientes, la situación de saturación del repartidor no quedó acreditada en el caso de la central de León-Corredera, lo que desvirtúa las afirmaciones de TESAU. La Resolución de 29 de septiembre de 2005 dictada en el mismo procedimiento DT 2005/259 con el objeto de verificar el cumplimiento de las alegadas saturaciones de los repartidores, transcribe parte del Acta de Inspección realizada por los servicios de esta Comisión. En la misma se constató que *“se aprecian espacios libres para regletas adicionales en los dos niveles superiores del repartidor (...), se aprecian también en determinadas partes del repartidor espacios libres para regletas adicionales etiquetados como “reserva ADSL” (espacio para cerca de 35 regletas no consecutivas de 100 posiciones) o “reserva OBA” (espacio para cerca de 9 regletas de 100 posiciones; que según TELEFÓNICA manifiesta corresponden a infraestructura solicitada por Comunitel). Se aprecia que el citado espacio libre podría haber sido utilizado para atender peticiones de TCI.”*

Además, desde julio de 2004 existía una Resolución de esta Comisión que concluía que la saturación del repartidor principal no era un motivo para denegar las solicitudes de coubicación y de tendido interno (DT 2004/671). Con ello se pone de manifiesto que TESAU era perfecta conocedora de los términos de su obligación al menos desde julio de 2004. Habiéndose realizado la mayoría de las solicitudes con posterioridad a dicha fecha, TESAU no podía alegar desconocimiento alguno acerca de lo inmotivado de su rechazo. Como señala la Resolución, *“TELEFÓNICA no puede paralizar o retardar el desarrollo de los servicios basados en el acceso al bucle de abonado arguyendo que el proceso de desagregación ha de ir acompasado con el de sus propias planificaciones internas ya que, como se pone de relieve en el presente expediente, ello lleva inevitablemente a la paralización o retraso de inversiones clase de los operadores alternativos, al ser en cada caso las decisiones internas de la propia TELEFÓNICA, y no las condiciones aprobadas incluidas en la OBA, las que están marcando el crecimiento de acceso al bucle”*.

En definitiva, los rechazos de TESAU en cuanto a las solicitudes de coubicación motivados por la saturación del repartidor principal no se amparan sino en una deficiente planificación de los recursos de red que no tiene justificación a la luz de lo indicado anteriormente.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/259, las Resoluciones de 9 de junio y 29 de septiembre de 2005 (Documentos E.5.15 y E.5.22.), y en los escritos de Jazztel y de TESAU incluidos como grupo documental E.5. y en el ramo de prueba de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

11. Resolución de la solicitud de TELEFÓNICA para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511)

Este expediente dilucida la solicitud de declaración de contingencia por parte de TESAU en relación con la prestación de servicios OBA, por lo que **no se trata de un conflicto específico presentado por uno o varios operadores**. En esencia, TESAU alega que se ha producido un cambio estructural de la demanda de los servicios OBA desde el mes de noviembre de 2004¹², lo que ha imposibilitado el cumplimiento de los plazos de provisión de estos servicios en particular los de tendido interno y de coubicación, ocasionando una situación de contingencia. En apoyo de su pretensión, TESAU adjunta una serie de gráficos de la evolución de la demanda del servicio de tendido de cable interno y coubicación entre octubre de 2004 y mayo de 2005 y un detalle tanto por operador como por territorio, todo ello con carácter semanal.

Con el fin de situar en un adecuado contexto las alegaciones de TESAU, transcribimos la **tabla 2** que se incluyó en la Resolución del expediente DT 2005/511, que **incluye la media de los tiempos de provisión de los diversos servicios OBA antes y después del periodo de contingencia alegado –según reconoce la propia TESAU–**:

	Máximo permitido (días laborables)	Plazos de provisión medios (oct'01 – oct'04)	Porcentaje de retraso	Plazos de provisión medios (nov'04 – actualidad)	Porcentaje de retraso
Alta completamente desagregado	12,00	14,57	21,45%	15,08	25,67%
Alta comp. desagregado+portabilidad	15,00	19,71	31,40%	17,13	14,20%
Alta compartido	12,00	11,96	-	9,91	-

¹² En su escrito de alegaciones presentado ante esta Comisión, Telefónica consideraba que el periodo de contingencia se produjo a partir de noviembre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SdO nueva (o ampliación)	45,00	56,56	25,69%	63,79	41,76%
SdO habilitada	7,00	17,59	151,33%	34,16	388,00%
SdT nueva (o ampliación)	15,00	20,67	37,80%	34,94	132,93%
SdT habilitada	7,00	22,08	215,48%	21,71	210,14%
Entrega de señal	40,00	57,80	44,51%	58,86	47,15%
Tendido interno	10	16,07	60,70%	19,53	95,30%

Tabla 2: porcentaje de tiempos medios de provisión de servicios OBA
Fuente: TESAÚ

Tendido de cable interno

Independientemente de la evolución de la demanda desde final del año 2004, ha quedado sobradamente acreditado que TESAÚ ha venido incurriendo sistemáticamente desde septiembre de 2001 en retrasos de la provisión de este servicio. **El porcentaje de retraso medio respecto a los plazos de provisión del servicio, como resulta de la tabla 2, fue del 60,7% entre octubre del 2001 y octubre del 2004, lo que prueba el nivel de incumplimiento histórico de TESAÚ. El retraso en el periodo de octubre de 2004 en adelante alcanzó casi el 100%, representando el 95,3% de las solicitudes.** Además, el plazo considerado a efectos de cálculo de retraso es de 10 días y no se tiene en cuenta que un alto porcentaje de los casos se podía haber considerado el plazo de 6 días correspondiente al caso de ampliación de TCI existente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

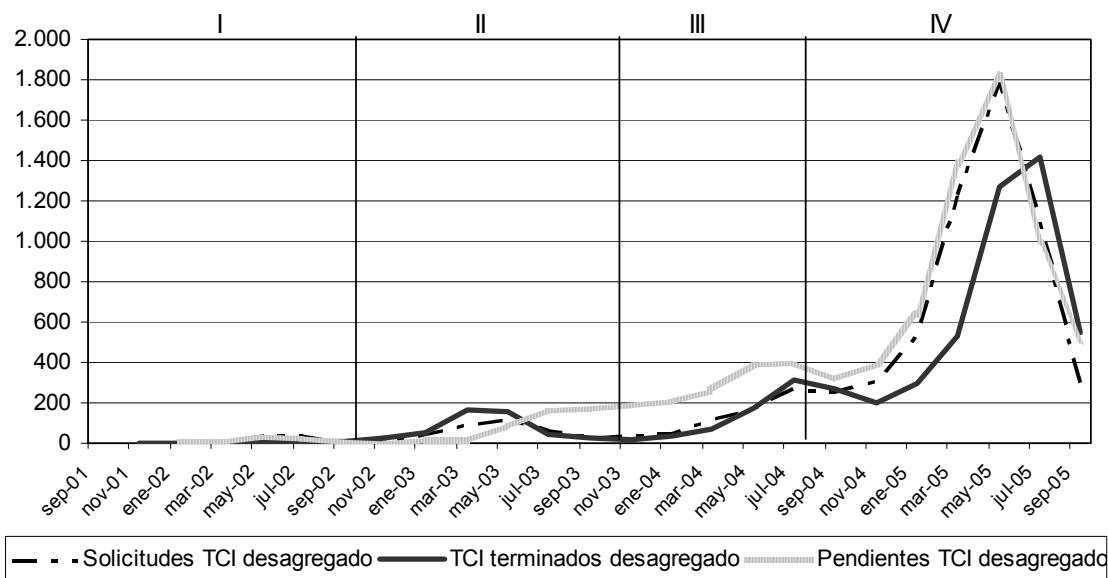


Figura 3: Evolución de las solicitudes de TCI completamente desagregado
Fuente: TESAU

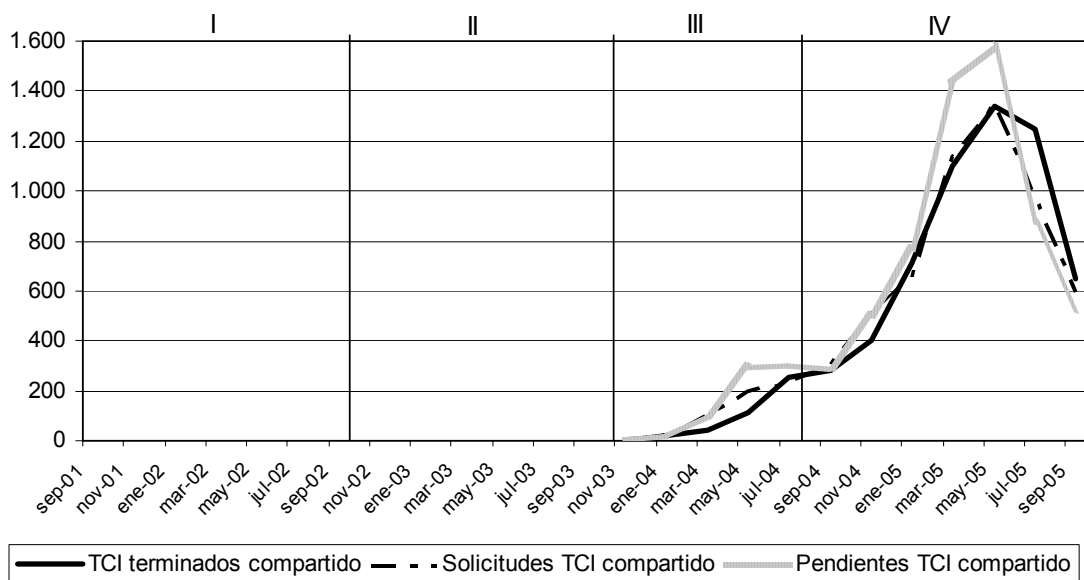


Figura 4: Evolución de las solicitudes de TCI compartido
Fuente: TESAU

Asimismo, como ya se indicó en la Resolución del expediente DT 2005/511 analizando las gráficas transcritas: (a) el número de solicitudes pendientes ha estado por encima del número de solicitudes terminadas desde junio de 2003



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para tendidos desagregados, y desde enero de 2004 para tendidos compartidos (antes el número de solicitudes era prácticamente nulo), y (b) TESAU no ha sido capaz, en ningún periodo, de disminuir el número de solicitudes pendientes por debajo de las solicitudes nuevas, a pesar de que la mayoría de las mismas no requiere un amplio despliegue de recursos.

En definitiva, todos los incumplimientos en materia de tendido interno desde octubre de 2004 no se debieron a una situación extraordinaria, sino que lo que sucedió es que **a raíz del aumento de solicitudes** (que habían sido limitadas desde 2001) **se agravaron los retrasos históricos en que venía incurriendo TESAU**. De hecho, es significativo que el número de solicitudes pendientes ha ido siempre en paralelo al número de solicitudes nuevas, lo que contradice lo manifestado en cuanto al “tremendo esfuerzo” desplegado por TESAU. **Tampoco puede hablarse, como pretende TESAU, de un incumplimiento puntual, ya que los incumplimientos a partir de octubre de 2004-cuya corrección no pone en duda TESAU, alcanzaron casi el 100%.**

Además, cabe destacar que, **tal y como señaló TESAU** en su escrito de alegaciones en el expediente DT 2005/259¹³, **TESAU realizó previsiones para el año 2005 para un nivel de instalación de 800 tendidos de cable interno por semana, lo que equivaldría a 3200 tendidos con carácter mensual. Eso prueba que TESAU era plenamente consciente de que el desarrollo de peticiones, que había sido inferior al esperable, aumentaría con el tiempo al ritmo que lo hizo.**

En estas condiciones, **TESAU podía hacer frente al número de solicitudes** que le fueran cursadas por los operadores, particularmente si se tiene en cuenta que **únicamente en marzo de 2005**, sumando las peticiones de TCI compartido y desagregado, **se excedió dicho número**, como prueba la evolución del número de solicitudes que figura en la Resolución como anexo A.1.3.

En definitiva, que la evolución de la demanda a finales del 2004 y en el 2005 no hizo sino agravar el retraso en que había venido incurriendo TESAU históricamente, y que además TESAU hizo previsiones para ajustarse a la evolución de la demanda que esperaba, por lo que debía estar en disposición de hacer frente a las solicitudes que le cursaban los operadores (y de comunicarlo a sus suministradores e instaladores), sin perjuicio de lo cual el retraso desde octubre de 2004 en la provisión del servicio ha afectado al 95,3% de las solicitudes realizadas. A este respecto, cabe citar de nuevo la Resolución del expediente 2005/259 cuando señala que “resulta claro que no

¹³ Escrito de 22 de abril de 2005, página 36.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede hablarse de retrasos puntuales y aislados, sino de un incumplimiento generalizado de plazos de un servicio crucial de la OBA”.

Prolongación de par

La supuesta irregularidad de la demanda de los servicios a que se refiere TESAU se limitaría de acuerdo con su propio escrito de alegaciones al año 2005, por lo que TESAU no justifica retraso alguno en el periodo 2004. En cuanto al año 2005, según se aprecia claramente en la figura 5 de la Resolución (Documento E.5.15), en el periodo 2004-2005 el crecimiento de solicitudes de acceso completamente desagregado no es muy alto, mientras que el número de solicitudes pendientes de entrega continúa aumentando.

En relación con la evolución de las solicitudes de acceso compartido, de la figura 6 de la Resolución resulta que las entregas pendientes siguen una tendencia creciente casi constante (sobre todo a finales de 2004 y el inicio de 2005), a pesar de que, siguiendo el razonamiento de TESAU, no existía situación de contingencia o cambio estructural de la demanda en relación con este servicio. **En 2005, que es cuando se supone que TESAU se encontraba desbordada por el número de solicitudes, se incrementan las solicitudes terminadas por encima del número de solicitudes nuevas.** Esto prueba que TESAU podía hacer uso de los recursos necesarios para hacer frente a las solicitudes, desvirtuando la situación de exceso de demanda alegada. Como ya se apuntó en la Resolución de 27 de octubre de 2005, las entregas de prolongación en general se comportan de manera parecida a las solicitudes nuevas cada mes. En acceso compartido, se observa que si bajan las solicitudes nuevas también lo hacen las solicitudes terminadas, a pesar de que sería precisamente en dicho periodo cuando, aprovechando el menor número de solicitudes, se podría aumentar el número de entregas, por lo que no debería necesariamente descender la curva de las solicitudes terminadas. En bucle totalmente desagregado, se observa una evolución de las solicitudes nuevas y terminadas que también discurre paralela.

Utilizando la media que TESAU da en su escrito de alegaciones de 76.000 altas mensuales y comparando esta cifra con el total de prolongaciones de par solicitadas por todos los operadores resulta que se producen muchas menos altas, por lo que la prestación por TESAU de los servicios OBA a los operadores alternativos no debería suponer un esfuerzo suplementario con respecto a la prestación de sus propios servicios. **En periodos álgidos, TESAU ha llegado a más de 110.000 altas netas, cuando el máximo alcanzado por la suma de todos operadores alternativos no excede de 50.000, por lo que por cada solicitud de un operador alternativo hay al**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

menos dos completadas por TESAU para sí misma. Por tanto, debería ser capaz de absorber el número de solicitudes que se le realizan.

TESAU no aporta documentación alguna del número de solicitudes afectadas por diversas incidencias no imputables a ella que podrían justificar parcialmente un retraso en la provisión de este servicio. Por ello, las alegaciones en cuanto a datos incorrectos, imposibilidad de contactar a los usuarios finales para concertar visitas, incidencias con clientes finales e incidencias con averías no pueden tenerse en cuenta a efectos del presente procedimiento. En cuanto a la dirección incorrecta, sólo aplicaría a los casos de bucle vacante (alta de línea no activa previamente). En cuanto a problemas de acceso a domicilio del cliente, sólo pueden afectar en aquellos casos en que esa visita es necesaria por solicitud del operador para pruebas o instalación de Punto de Terminación de la Red (PTR). En cuanto a esto último, es infrecuente en el caso de acceso desagregado y muy infrecuente en el caso de acceso compartido.

Por lo demás, resulta cuando menos sorprendente que TESAU estime adecuado que se le adelanten previsiones de prolongación de par, teniendo en cuenta que es improbable que dichas previsiones sean operativas (los operadores no pueden anticipar qué ritmo de crecimiento tendrán, ya que depende de sus clientes). Dicha información constituiría por lo demás un secreto comercial que TESAU no tiene por qué conocer.

Coubicación

Respecto a este servicio y sobre la base de la información contenida en los escritos de TESAU, sólo cabe concluir que **TESAU no ha aportado pruebas que justifiquen situación de contingencia alguna. Además, como se apuntó en la Resolución del expediente, no se superó el número de habilitaciones máximas mensuales en Sala de Operador.**

Entrega de señal

Tampoco se prueba en modo alguno que existan razones para justificar una situación de contingencia alguna, ya que **TESAU ni siquiera menciona este aspecto en su escrito.** Por ello, debe concluirse que no existe justificación a los incumplimientos respecto a este servicio.

En definitiva, del expediente DT 2005/511 y de las alegaciones realizadas en el mismo, y en el escrito de TESAU en el presente expediente no aportan nada nuevo que pueda rebatir los hechos probados, que en el presente caso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consisten en que la situación alegada de contingencia no se encuentra justificada.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/511, destacando la Resolución de 27 de octubre de 2005 (Documento F.2.11.), escritos de TESAU de fechas 10 de marzo, 24 de mayo, 21 de junio y 24 de junio de 2005 (Documentos F.2.1., F.2.2., F.2.4 y F.2.5.), en el escrito de AUNA de fecha 24 de junio de 2005 (Documento F.2.6.), en los escritos de ASTEL de fechas 27 de junio y 9 de agosto de 2005 (Documentos F.2.7 y F.2.9.) y en los escritos de Jazztel de fechas 28 de junio y 21 de septiembre de 2005 (Documentos F.2.8 y F.2.10).

12. Conflicto de acceso entre Jazztel y Telefónica en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/628)

Jazztel planteó con fecha 25 de abril de 2005 un conflicto de acceso por retrasos en la entrega de señal en su modalidad de capacidad portadora en relación con 24 solicitudes en 17 centrales para un total de 207 circuitos. Como señala la Resolución, teniendo en cuenta que estas solicitudes se presentaron entre el 2 de febrero y el 15 de marzo de 2005 y que el plazo de provisión es de 40 días naturales para circuitos de 34Mb/s y de 45 días naturales para circuitos de 155 Mb/s, los servicios deberían haberse provisto entre el 14 de marzo y el 29 de abril de 2005.

Posteriormente, Jazztel presentó un escrito en el que solicitó que se incluyeran 74 solicitudes de entrega de señal en otras tantas centrales enviados entre el 6 y el 17 de mayo de 2005 y que no fueron entregadas en los plazos aplicables. Tal y como recoge la Resolución, de un total de 207 circuitos TESAU da información en su escrito de alegaciones únicamente acerca de 127, señalando que se han entregado en plazo 81 y que otros 21 se encuentran retrasados por razones no imputables a TESAU, aunque no aporta pruebas al efecto. Al reconocimiento de los retrasos correspondientes a 26 circuitos de las solicitudes iniciales deben añadirse al menos todos aquellos en relación con los cuales no existe objeción en relación con los presentados por Jazztel, es decir, un total de 106 circuitos para los que no existe justificación por el retraso. A ello se añaden las 100 solicitudes presentadas en mayo de 2005 (de las que se acredita el retraso a fecha de presentación del escrito de Jazztel de 74).

Posteriormente a la fecha de la resolución TESAU adjuntó la documentación pertinente en relación con los circuitos fuera de plazo y pendientes de entrega



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a la fecha de la resolución. A fecha de 20 de agosto de 2005, TESAU había contabilizado 57 circuitos pendientes de entrega. De ellos, 31 retrasos le eran imputables (12 estaban retrasados por causas imputables al operador, 7 no podían computarse como retrasos por tratarse de órdenes repetidas y otros 9 requieren provisión de materiales de sus suministradores para proceder a la entrega).

En definitiva, TESAU continuó incumpliendo los plazos con posterioridad a que se dictara la Resolución poniendo fin al conflicto de acceso.

Los anteriores incumplimientos resultan de la prueba documental incorporada a los ramos de prueba correspondientes, principalmente, de la documentación obrante en el expediente RO 2005/628, destacando la Resolución de 14 de julio de 2005 (Documento F.3.6.), escritos de Jazztel de fechas 25 de abril, 13 de mayo y 22 de junio de 2005 (Documentos F.3.1., F.3.2. y F.3.4.) y en el escrito de TESAU de fecha 30 de junio de 2005 (Documento F.3.5.)

SEGUNDO:

Telefónica de España, S.A.U. ha realizado un importante despliegue de los equipos necesarios para la prestación de sus servicios (ADSL, ADSL2+ e Imagenio) entre los meses de enero de 2004 y abril de 2005.

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el presente expediente, publicada por TESAU en su página web o remitida a esta Comisión por la propia TESAU en relación con el servicio ADSL, ADSL 2+ e Imagenio, cuyos detalles pasamos a indicar.

Con fecha de 10 de junio de 2004, la nota de prensa publicada por TESAU destaca que *“el número de líneas ADSL instaladas en España acaba de superar la cifra de dos millones. (...) Este dato representa un crecimiento de ADSL de casi un 55% con respecto al mes de junio del año pasado [2003], y de más del 20% con relación al cierre del ejercicio de 2003, que terminó con 1.650.000 líneas operativas”*.

Tal y como se desprende de la información remitida por TESAU con carácter periódico, el crecimiento de líneas ADSL2+ instaladas por TESAU también ha sido alta en poco tiempo. Es muy significativo que el número de estas líneas haya crecido, entre 31 de octubre de 2005 y 31 de enero de 2006, en 246.264, lo que representa un crecimiento de más del 120%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se resumen a continuación en dos tablas los datos enunciados remitidos o publicados por TESAU.

Fecha	Número de líneas ADSL en servicio	Incremento líneas	% crecimiento respecto periodo anterior
31/12/2003	1.660.450	-	-
31/12/2004	2.490.113	829.663	49*
31/12/2005	3.479.824	989.711	39,7

Tabla 4 Evolución de líneas ADSL de TESAU

*En el último trimestre de 2004, el crecimiento en número de líneas fue de 332.311.

Fecha	Número de líneas instaladas ADSL 2+	Incremento líneas	% crecimiento respecto periodo anterior
31/10/2005	205.392	-	-
30/11/2005	297.216	91.824	44,7
31/12/2005	374.856	77.640	26,1
31/01/2006	451.656	76.800	20,4

Tabla 5 Evolución de líneas ADSL 2+ de TELEFÓNICA

Destacamos asimismo varias cifras e información relevante incluidas en el informe anual del grupo Telefónica de 2005.

Señala dicho informe que TESAU se centraba en la prestación de servicios de banda ancha *“mejorando los procesos de provisión, mantenimiento y prestación del servicio, y elevando el nivel de cumplimiento de los compromisos acordados con el cliente. El mantenimiento, las mejoras se focalizaban en el proceso de atención y resolución de incidencias y en minimizar los costes operativos, disminuyendo las actuaciones en calle”*. TESAU pone de manifiesto la importancia estratégica que tiene la banda ancha al señalar que *“los ingresos del Grupo de Telefónica de España totalizan en el conjunto del año 11.739,5 millones de euros.(...) Los ingresos de Internet y banda ancha (+26,9% sobre 2004) son el motor del crecimiento, especialmente los de Banda Ancha (+40,2% vs. enero-diciembre 2004), que permiten compensar la reducción de lo ingresos por servicios de voz tradicional (...)”*.

Según destaca el informe trimestral del grupo Telefónica (4T-2005) *“(...) es destacable también haber logrado el ambicioso objetivo de alcanzar en el año 2005 más de 200.000 clientes de Imagenio en servicio. Este servicio, por otro lado, ha reforzado significativamente el atractivo de la oferta de Banda Ancha de Telefónica, tanto en su forma de comercialización como producto individual,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como vendido en paquetes Dúo o Trío, lo que se ha traducido en un récord de crecimiento en accesos de banda ancha en el cuarto trimestre.”

Con fecha 2 de enero de 2006, la nota de prensa publicada por TESAU destaca en su titular el hecho de que Telefónica de España supera la cifra de 200.000 clientes de Imagenio a 29 de diciembre de 2005. Asimismo, resalta dos aspectos antes de comentar la noticia:

- *“La televisión digital interactiva de Telefónica está disponible ya para cuatro millones de hogares en las 140 ciudades con más habitantes de España.*
- *La extensión de la cobertura de Imagenio se incrementa día a día gracias al despliegue de la nueva tecnología ADSL2+”*

Telefónica de España ha cumplido el objetivo anunciado al superar la cifra de 200.000 clientes Imagenio en su primer año de existencia en el mercado español. La televisión digital interactiva de Telefónica de España está disponible para cuatro millones de hogares en las 140 ciudades con más habitantes.

La comercialización de Imagenio se inició hace menos de un año en Madrid y Barcelona y se extendió a todo el territorio nacional en menos de seis meses. Desde el pasado mes de mayo [2005], Telefónica de España está desplegando tecnología ADSL2+ en aquellas centrales donde es necesaria para ofrecer el servicio con óptima calidad y llegar al mayor número de hogares”.

Con carácter general, el despliegue de la red ADSL y ADSL 2+ son similares en términos de servicios requeridos y trabajos de instalación a los necesarios para completar la desagregación del bucle. TESAU cuenta con una ventaja en relación con sus competidores, y es que determinados servicios como la ubicación y, sobre todo, la entrega de señal, no requieren los mismos trabajos de preparación de infraestructura, para su provisión. Además, debe destacarse que la prestación de servicios audiovisuales, como es el caso de Imagenio, requiere la instalación previa de equipos específicos, así como una red de transporte de altas prestaciones.

De los anteriores datos pueden extraerse las conclusiones que se detallan a continuación.

En primer lugar, el crecimiento de altas de ADSL en el último trimestre de 2004 es consecuencia necesaria del alto índice de actividad de TESAU durante todo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el año en cuanto a la realización de trabajos en centrales para la instalación de las infraestructuras y equipos soporte para hacer posible los servicios de banda ancha. En este periodo, el número de altas (332.311) es equivalente a la instalación de 3.323 TCIs¹⁴.

En segundo lugar, TESAU contaba con desplegar los servicios Imagenio para alcanzar una cifra de 200.000 clientes a finales de 2005, objetivo que consiguió cumplir. TESAU tenía un grado de seguridad suficientemente alto en cuanto al despliegue de su propia infraestructura para asegurar el cumplimiento de su estrategia comercial. Sus competidores, al depender de la prestación de servicios por parte de TESAU, cuyo cumplimiento era y es incierto, carecían de este grado de seguridad.

En tercer lugar, la capacidad de expansión territorial de Imagenio es altísima, ya que este servicio estuvo disponible en la totalidad del territorio en seis meses desde su lanzamiento inicial a finales 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. Aspectos formales relevantes

Con fecha 1 de junio de 2006, se requirió determinada información a Comunitel, DTI2, FTES, Grupalia, AL-PI y Jazztel (seleccionados entre los operadores a los que TESAU presta servicios OBA con el fin de tener una

¹⁴ Cada TCI da servicio a 100 pares.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

visión global de la situación del mercado), para el examen y mejor conocimiento de los hechos que debieran tenerse en cuenta en el presente procedimiento sancionador. En concreto la información solicitada hacía referencia a:

1. Si el operador había remitido a TESAU previsiones de los servicios OBA que ésta última debía provisionarle.
2. La relación existente entre el retraso de provisión de servicios OBA por parte de TESAU a los operadores y la provisión de sus propios servicios a sus clientes.
3. Los perjuicios (directos e indirectos) que se han derivado o puedan derivarse para el operador, en su caso, como consecuencia de los incumplimientos de TESAU de las condiciones de prestación de servicios OBA.
4. El porcentaje de utilización de cada uno de los recursos y servicios puestos a su disposición por TESAU en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la OBA

Mediante diversos escritos se dio respuesta por parte de los citados operadores a los requerimientos realizados por la instructora del procedimiento. En todos los escritos presentados, salvo en uno de ellos, se solicitó por parte de los mismos la declaración de confidencialidad de parte o de toda la información presentada.

A la vista de la información aportada por los operadores y en atención al principio de proporcionalidad entre el interés de que dicha información tenga, el citado carácter confidencial y el beneficio posible del operador autorizado a conocer esta información relevante, se ha procedido a realizar las debidas declaraciones de confidencialidad en relación con los documentos aportados por cada uno de los operadores.

Se ha realizado un análisis proporcional entre el hipotético perjuicio que pudiera irrogarse a los operadores como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión y el interés que pudieran tener los interesados (en el presente procedimiento, TESAU) en acceder a dicha información, considerando que éste es irrelevante frente a aquél. Por esta razón se ha considerado procedente declarar la confidencialidad de cierta información. En particular, la información declarada confidencial es la siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Del escrito presentado por Jazztel: el Anexo IV, en el que se incluía el grado de utilización de los servicios OBA suministrados por TESAU, por tratarse de información operativa no susceptible de ser conocida.
- Del escrito presentado por Grupalia: la última página del Anexo I por contener distintas tablas con datos relativos al grado de utilización de los servicios y recursos puestos a disposición por TESAU, por tratarse de información operativa no susceptible de ser conocida.
- De los escritos presentados por FTES:
 - * de las páginas 6, 7 y 9 del escrito de 27 de junio y de la página 2 del escrito de 28 de junio de 2006, se declaran confidenciales todas las referencias a cifras económicas relativas a los posibles perjuicios causados, así como los porcentajes del grado de utilización de cada uno de los recursos y servicios que han sido provistos por TESAU, por tratarse de información sensible del Plan Estratégico de FTES;
 - * la Tabla I de los escritos de 27 y 28 de junio, relativos a la cuantificación de los perjuicios ocasionados a FTES por entender que se trata de información trascendente únicamente para el operador;
 - * de la Tabla II del escrito de 27 de junio, se declara confidencial la segunda tabla relativa al grado de utilización de los servicios OBA suministrados por TESAU, por tratarse de información operativa no susceptible de ser conocida.
- Del escrito presentado por DTI2:
 - * de la página 8 del escrito presentado, se declaran confidenciales los datos relativos al porcentaje de utilización de los recursos y servicios puestos a disposición por TESAU, por tratarse de información sensible del operador;
 - * la Tabla presentada como Anexo relativa al nivel de ocupación de recursos OBA en los años 2004, 2005 y hasta julio de 2006, por entender que se trata de información trascendente únicamente para el operador, no susceptible de ser conocida por el interesado.
- Del escrito presentado por Comunitel:
 - * del apartado 3 (páginas 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11 y 12) se declaran confidenciales varios datos no trascendentales para la interesada por tratarse de métodos de cálculo así como resultados propios del operador;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- * el Anexo en formato CD, por tratarse de información sensible y de datos operativos no susceptibles de ser conocidos, excepto el fichero “Retrasos desagregación 2005” que no se declara confidencial.
- Del escrito presentado por AL-PI:
 - * Las dos tablas del apartado 4 del escrito relativas a la ocupación de recursos OBA por tratarse de información operativa no trascendente para el interesado.
 - * El Anexo III del escrito que contiene datos y costes propios de ALPI por tratarse de información comercial y estratégica relevante solamente para dicho operador.

A la vista de lo anterior, se puede observar que se trata de datos económicos, comerciales y estratégicos de los operadores.

Algunos de los datos aportados por los operadores y declarados confidenciales no se han tenido en cuenta en este procedimiento ya sea porque cuantifican daños y perjuicios cuya determinación corresponde a la jurisdicción civil, bien porque no son relevantes para la resolución de este procedimiento y en consecuencia no han sido tomados en consideración. En cualquier caso, los datos manifestados por dichos operadores no aportan información indispensable para la decisión sobre la infracción, ya que sólo reiteran conclusiones que pueden extraerse a partir del resto de elementos probatorios obrantes en el expediente, pudiendo en consecuencia prescindirse de tales datos, sin que se modifiquen en lo más mínimo las consideraciones realizadas en la valoración de la conducta de TESAU y en la determinación del alcance de la sanción.

En cualquier caso, la declaración de confidencialidad en relación con todos y cada uno de los datos se ha motivado y justificado sobradamente dado que nos encontramos ante un procedimiento sancionador que se rige por el principio de máxima transparencia. Se ha tratado de armonizar en todo momento el derecho de defensa de TESAU con la conveniencia de mantener los citados datos como confidenciales ya que, en definitiva, estos datos pueden afectar a derechos ajenos al procedimiento y su conocimiento no se considera necesario para la resolución que se dicte.

Por último, traemos a colación **el Auto del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2003 (JUR 2006/197518) que señala respecto al tratamiento de la confidencialidad:**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Se plantea, entonces, un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comerciales o industriales.

A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco, recaído en el Recurso Ordinario 533/1994 , ha considerado que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada.

Esta doctrina no se opone, sino que más bien resulta complementaria de la que se expone en la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto Hercules Chemicals, a tenor de la cual , "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82, antes citada, apartado 25)". En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. 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, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento 10 del expediente), este procedimiento se inició contra TESAU, por haber presuntamente incumplido el apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

Así, el apartado Primero de la Resolución de 20 de abril de 2002 establecía lo siguiente:

“Primero.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a modificar la OBA sustituyéndola por el texto incluido en el anexo 1 a esta resolución, cuyas condiciones económicas serán de inmediata aplicación”

El apartado Primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004, señalaba:

“Primero.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a modificar su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) sustituyéndola por el texto incluido en el Anexo 1 a esta resolución”

De la tramitación del presente expediente puede concluirse que TESAU ha incumplido los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos enero de 2004 y abril de 2005, como ha resultado acreditado en el Hecho Probado primero.

Los hechos relatados demuestran que TESAU, como operador dominante, no ha atendido las solicitudes razonables de los operadores autorizados para el acceso a los bucles de abonado de su red y a los recursos asociados, en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias. Tampoco ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implementado de forma suficiente, en su red los medios necesarios ni ha suministrando a los operadores autorizados recursos equivalentes a los que se proporciona a sí mismos o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

TESAU, en sus escritos de alegaciones de 28 de julio de 2005 y de 20 de octubre de 2006, hace referencia a la vulneración del principio de tipicidad. Según TESAU, la conducta que se le reprocha no se corresponde con el tipo infractor imputado, ya que no se ha realizado ningún hecho punible ni existe ninguna Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que imponga una obligación de hacer o de no hacer que resulte conculcada por la conducta imputada.

Indica TESAU que atendiendo al nivel exigido en la tipicidad relativo a la necesidad de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda con el descrito previamente en la norma, se debe hacer una subsunción razonable, predecible y lógica de los hechos probados en el tipo que se dicta cometido, cosa que esta Comisión no ha tenido en cuenta.

Entiende TESAU que las dos Resoluciones por cuyo presunto incumplimiento se ha iniciado el presente procedimiento sancionador presentan un contenido idéntico que consiste en *“instar a Telefónica a modificar su OBA con arreglo a los textos respectivamente incluidos en las Resoluciones”*, y que sin embargo, en el acuerdo de incoación del expediente sancionador, la conducta imputada se desvía sustancialmente del contenido de lo ordenado por las Resoluciones presuntamente incumplidas, ya que ésta se concreta en “eventuales y supuestos incumplimientos de los plazos” establecidos en la OBA para la provisión de los servicios objeto de la misma. Continúa señalando TESAU que el acuerdo de incoación del presente expediente sancionador se articula sobre la base de equiparar o asimilar el presunto incumplimiento por TESAU de los plazos de provisión de servicios establecidos en la OBA con el incumplimiento de la obligación de TESAU de disponer de dicha OBA.

Añade que, con arreglo a lo establecido en ambas Resoluciones de esta Comisión, TESAU ha cumplido con la obligación de disponer y publicar puntualmente una OBA que contiene y se corresponde con los requerimientos resultantes de los Anexos que se acompañaban a las citadas Resoluciones, y que por lo tanto, la OBA se ha publicado, existe, rige y se aplica a las relaciones entre TESAU y los operadores solicitantes de servicios OBA.

Por todo ello, TESAU entiende que no hay ninguna obligación de hacer o de no hacer impuesta por la CMT mediante sus resoluciones que se pueda entender



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conculcada por la conducta indebidamente reprochada a TESAU. Considera la OBA como una obligación regulatoria, de orden administrativo, mientras que el cumplimiento o no de sus plazos y la aplicación de las consecuencias previstas por la propia Oferta para estos casos se produce en el ámbito bilateral de la contratación privada entre TESAU y el operador solicitante y se regirá por la normativa y doctrina de aplicación a las obligaciones y contratos entre particulares.

A pesar de lo manifestado por TESAU, nos encontramos ante una serie de incumplimientos sobradamente acreditados sin justificación alguna, como se analizará, que afectan a una multiplicidad de operadores y cuyo efecto es el eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas en las Resoluciones de referencia.

En relación con lo manifestado por TESAU, baste con traer a colación la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de junio de 2003¹⁵, en la que se subrayan los aspectos más relevantes:

“Llegados a este punto (...), resulta preciso analizar el régimen jurídico aplicable a la “oferta de acceso al bucle” de la que, obligatoriamente, han de disponer los operadores dominantes, así como el régimen jurídico aplicable a los acuerdos de acceso al bucle establecidos entre el operador dominante y los operadores autorizados.

(...) Pues bien, en el ejercicio de esta facultad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001. En dicha resolución administrativa se insta a TESAU a modificar su OBA, sustituyéndola por el texto incluido en el anexo 1, así como a publicarla en un plazo de tres días hábiles.

(...) Como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

Teniendo en cuenta que las Resoluciones que modifican la OBA conllevan, la obligación de prestar los servicios en las condiciones que en las mismas se fijan, puede concluirse que TESAU no sólo no ha dispuesto de los medios

¹⁵Resolución por la que se pone fin al período de información previa iniciado en relación con el escrito de reclamación presentado por el INSTITUTO EUROPEO DE ESTUDIOS DE LA EDUCACIÓN contra las entidades RETEVISIÓN I, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en materia de desagregación del bucle de abonado con conservación de número (AJ 2003/81).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesarios para atender la demanda de servicios de los operadores autorizados -con lo que deja vacía de contenido la obligación que ambas resoluciones imponen a la imputada en cuanto a adaptar su oferta a las modificaciones fijadas en las mismas- sino que su actitud obstruccionista ha perjudicado el desarrollo del mercado como se verá más adelante.

Añade TESAU que el razonamiento esgrimido, tanto en la Resolución de incoación del presente procedimiento sancionador como en la propuesta de resolución, supone un ejercicio contrario a lo que exige el respeto de tipicidad, constituyendo una interpretación extensiva, arbitraria y extravagante del tipo establecido por el artículo 53.r) de la LGTel, desbordando y excediendo cualquier sentido razonable, lógico y predecible de su literalidad y, por tanto, supone un ejercicio de la potestad sancionadora contraria al principio de tipicidad resultante del artículo 25.1 de la Constitución y 129 de la LRJPAC y a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

En esta línea, TESAU señala en las alegaciones a la propuesta de resolución que *“el carácter de norma sancionadora en blanco que reviste el artículo 53.r) de la LGTel determina que sea esta propia CMT quien, mediante sus resoluciones, configure ex novo el tipo o ilícito administrativo que le es dado sancionar. Esta circunstancia, sin embargo, no obsta en modo alguno a la plena vigencia y eficacia de los principios de legalidad y tipicidad en el ejercicio por parte de esta CMT de su potestad sancionadora”*.

TESAU alega que ha cumplido las obligaciones establecidas en el apartado primero de las resoluciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004 al disponer y publicar puntualmente la OBA. Considera que únicamente le serían imputables los incumplimientos de las resoluciones de conflictos de acceso de la CMT, ya que son estas resoluciones las que han generado obligaciones concretas y, asimismo, que al ser el artículo 53.r) una norma sancionadora en blanco, esta Comisión debía aplicar la máxima rigurosidad en la definición y descripción de los ilícitos administrativos.

A este respecto debe señalarse lo siguiente: tanto la OBA, como la OIR¹⁶, constituyen un conjunto de obligaciones que se ofrecen por TESAU al resto de los operadores, cada una en su respectivo ámbito, y fijan el contenido de las mismas. TESAU no puede acogerse a concepciones formalistas para eludir el cumplimiento de esas resoluciones en las que se aprueban los compromisos de la operadora en materia de acceso al bucle de abonado o de interconexión, respectivamente.

¹⁶ OIR: Oferta de Interconexión de Referencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De aceptar la tesis de la operadora, se llegaría al absurdo de considerar que la OBA constituye un simple papel con cuya publicación se da cumplimiento a la obligación impuesta. Sin embargo, **la OBA constituye una auténtica oferta vinculante en la que se regulan las obligaciones atribuidas a TESAU, en cuanto que operador de redes públicas de telecomunicaciones declarado dominante¹⁷, en relación con el acceso por terceros operadores a su bucle de abonado, de forma que se garantiza el establecimiento de condiciones de competencia efectiva en los mercados.**

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

En relación con las alegaciones de TESAU respecto de la necesidad de rigor de la CMT en la descripción del tipo, ha de señalarse que esta Comisión en todo momento, tanto en el acuerdo de inicio como en la propuesta de resolución, ha descrito de forma concreta y rigurosa el tipo objeto de la infracción, esto es, las actuaciones objeto de sanción, acreditadas en el Hecho Probado primero, suponen un incumplimiento de las Resoluciones de 20 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004 ya que las mismas obligan a TESAU a

¹⁷ El artículo 11 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, del Reglamento de acceso al bucle establece que los operadores dominantes deberán disponer y publicar de manera que sea fácilmente accesible al resto de operadores, una oferta de acceso al bucle de abonado actualizada, que describa las condiciones técnicas y económicas de los distintos elementos que la componen, de forma suficientemente desglosada, e incluyendo información suficiente para que los operadores autorizados puedan formalizar acuerdos para el acceso al bucle, con el contenido mínimo sobre condiciones de suministro, ubicación de equipos y sistemas de información que se señalan en su anexo.

En relación con ello, el artículo 11.2 del Reglamento dispone que la CMT tiene, entre otras, la competencia de dictar resolución motivada instando a la modificación de la oferta. Dicha resolución se dictará de oficio o a instancia de la parte interesada, a cuyos efectos los operadores dominantes presentarán a la CMT las propuestas de modificación. Asimismo, la CMT fijará la fecha a partir de la cual surtirán efectos la modificación.

Disposiciones que se mantuvieron en vigor en virtud de lo establecido en la Disposición transitoria primera.3 de la Ley 32/2003 que dispone, en su párrafo primero, que los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestar el servicio de acceso al bucle de abonado en los términos, plazos y condiciones en ellas establecidos.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005¹⁸ corrobora lo anteriormente expuesto. En este recurso Contencioso-Administrativo, TESAU impugnó la Resolución de la CMT en la que se le declaró responsable por el incumplimiento de la Resolución de 9 de agosto de 2001, junto con otras dos resoluciones en las que se resolvían un conflicto y se adoptaban medidas cautelares obligando a la implantación del nuevo modelo operativo de interconexión por capacidad. La Sentencia confirma que TESAU ha incumplido las tres resoluciones, no sólo las que imponían obligaciones específicas, sino también la de 9 de agosto de 2001 por la que se ordenaba la publicación de la modificación de la OIR que contenía obligaciones específicas para el operador dominante.

TESAU señala, en sus alegaciones de 20 de octubre de 2006, que considera un error buscar similitud entre la resolución sancionadora objeto de la referida sentencia y la presente resolución, porque en aquélla, a diferencia de ahora, la CMT consideró incumplidas varias resoluciones en las que se imponía una obligación concreta: TESAU debía ofrecer la interconexión por capacidad a determinados y concretos operadores. Sin embargo, la afirmación de TESAU no puede sostenerse desde el momento en que la propia sentencia afirma, en el fundamento de derecho sexto, que:

“Telefónica ha incumplido no sólo la resolución de 9 de agosto de 2001 y 21 de febrero de 2002 sino también la de 28 de febrero que le imponía una obligación perfectamente clara y cognoscible para la recurrente; hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad y ello con la mayor diligencia”.

En este sentido no solamente en el cuerpo de la sentencia se pone de manifiesto ese incumplimiento, sino que el voto particular, formulado por la Magistrado Ilma. Doña Isabel Perelló Doménech, hace hincapié en la vulneración de la resolución por la que se aprobaba la OIR al considerar que:

“(...)aún cuando se citan como infringidas tres resoluciones, en realidad, sólo se aprecia por la CMT una sola infracción que consiste en al negativa

¹⁸ Sentencia por la que se desestima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por TESAU contra la resolución de la CMT de fecha 5 de diciembre de 2002 que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma Comisión de fecha 24 de octubre de 2002, por la que se declaró a TESAU responsable directo de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión dictadas en fechas 9 de agosto de 2001 (por la que se aprueba la OIR) y 21 de febrero de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Telefónica de instaurar el nuevo modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada. Esto es, considero que el primero de los citados acuerdos de 9 de agosto de 2001, es el que establecía, con la claridad y taxatividad necesarias la obligación de ofrecer este nuevo modelo; por tal razón, las restantes resoluciones no son sino consecuencia y derivadas de la anterior de agosto de 2001”.

Continúa TESAU sus alegaciones señalando que

“(ii) (...) los datos que obran en el presente escrito y la documentación que lo acompaña acreditan el considerable esfuerzo en medios y recursos propios y ajenos desarrollado por Telefónica de España para dimensionar su capacidad conforme a la evolución de la demanda de servicios OBA (...).

(iii) Telefónica de España no ha tenido en ningún momento una actitud infractora, sino que, sin medios para poder prever o anticipar el comportamiento de la demanda, ha respondido con un tremendo esfuerzo al cambio estructural experimentado por la demanda y al comportamiento anormal de la demanda de determinados operadores”.

Respecto a las consideraciones de TESAU, es ilustrativo volver a 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. En el caso de autos, como ya se indicó, se trataba de hacer efectivo el cumplimiento de la Resolución que modificó la OIR, concluyendo el Tribunal lo siguiente:

“(...) En tal contexto, la expresión “mejores esfuerzos” no supone el núcleo de la obligación, sino un elemento instrumental para un adecuado cumplimiento de lo que sí resulta ser una obligación que impone la CMT: hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad solicitados por Lince”

Procede también en este apartado dar respuesta a la segunda alegación de los fundamentos de derecho del escrito de TESAU de fecha 29 de julio de 2005, que reitera en el fundamento de derecho tercero de las alegaciones de 20 de octubre de 2006, según el cual, la Resolución de incoación yerra en la calificación jurídica de la conducta imputada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según TESAU, sería el artículo 53.v) el que tipifica una conducta que presenta mayor coincidencia objetiva con la conducta indebidamente imputada a TESAU cuando considera infracción muy grave:

“El incumplimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas habilitadas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público, de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación”.

Esta alegación parte de la errónea premisa de considerar que de no disponer de la OBA, se incumpliría únicamente una obligación de facilitar el acceso. No obstante, ha quedado acreditado que estamos ante el incumplimiento de dos Resoluciones de esta Comisión que fijan no sólo la obligación genérica de ofrecer el acceso, sino los precios y condiciones específicas en los que ha de ser ofrecido, por tanto sólo cabe desestimar la argumentación de TESAU. El incumplimiento se centra en relación con dos Resoluciones de esta Comisión que establecen condiciones específicas de acceso al bucle, y no tanto obligaciones resultantes de la legislación sobre interconexión y acceso. En cualquier caso, **las condiciones de la OBA que TESAU ha venido incumpliendo de manera generalizada no son condiciones establecidas directamente por la legislación, sino por la propia OBA, como resolución administrativa en la que se concreta el contenido normado de la oferta forzosa de acceso al bucle de TESAU.** Por ello, al no tratarse del incumplimiento de obligaciones de acceso establecidas en la legislación, puesto que la legislación de telecomunicaciones no fija los plazos temporales para el cumplimiento de la obligación de acceso, no procede la tipificación postulada por TESAU. Partiendo de ello, y de atender las alegaciones de esta operadora de que los retrasos no implican el incumplimiento de ninguna resolución, se llegaría a la conclusión de que los retrasos de TESAU son “atípicos”, circunstancia sorprendente dentro de un esquema cerrado y completo de tipos infractores previsto en la LGTel.

Como ha quedado acreditado en los Hechos Probados, la conducta que se va a sancionar no consiste en el incumplimiento de un contrato sobre condiciones de acceso al bucle de abonado entre particulares ni de la resolución de un conflicto de acceso al bucle entre operadores ni de las obligaciones de acceso o interconexión que pudieran pesar sobre TESAU conforme a la legislación, sino que la sanción se deriva del incumplimiento de dos resoluciones que imponían a TESAU una actuación que no ha sido llevada a cabo en los términos, plazos y condiciones fijados en las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El legislador cuando 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 esta línea, la modificación que introduce la vigente LGTel refuerza la potestad sancionadora de la CMT. La Ley, al regular las sanciones, distingue entre las derivadas de la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53, del resto de las infracciones muy graves. Mientras que la infracción cometida por incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (párrafo r) comporta una multa, como máximo de la mayor de las cantidades que a continuación se indican: *“el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos 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 cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros”*. Sin embargo, la comisión del resto de las infracciones muy graves tiene como límite máximo la sanción de dos millones de euros.

De esta forma, 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.

En resumen, no existe error alguno en la tipificación, y la conducta de TESAU es perfecta y razonablemente subsumible dentro del tipo descrito en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, señalar que TESAU niega en sus escritos que el incumplimiento pueda ser calificado como generalizado ni por el número de operadores afectados, lo que la operadora califica como “*punto de vista subjetivo*”, ni tomando en cuenta el volumen de incumplimientos, “*punto de vista objetivo*”. Respecto de las alegaciones formuladas en este sentido, nos remitimos al Fundamento de Derecho Noveno de la presente resolución en el que se contesta a estas alegaciones de TESAU a la propuesta de resolución.

CUARTO.- Antijuridicidad

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley (la LGTel, en el presente caso) y antes de analizar cuál es el sujeto pasivo al que se le debe imputar su comisión (el sujeto culpable), cabe hacer referencia a la existencia clara de un hecho antijurídico por el cual se sanciona.

La propia TESAU en su escrito de alegaciones señala los argumentos expuestos ya en sede de reposición contra la Resolución en el expediente DT 2005/259 en relación con la antijuridicidad. Expone TESAU que la evolución de la demanda de Jazztel era imprevisible, y que el número de peticiones en el periodo 2004 y 2005 es anormal comparándolo con el de otros operadores como ALBURA o LINCE para coubicación y tendido de cable interno. Alega también que un alto número de solicitudes se han concentrado en un reducido número de días puntuales. De todo ello TESAU deduce una total falta de *antijuridicidad* de la conducta que se le reprocha y pone de relieve que esta Comisión ha estimado llamativo el número de peticiones realizado por Jazztel. Asimismo, TESAU manifiesta que el cambio estructural de la demanda existente determinaría la ausencia de antijuridicidad.

En el ámbito del Derecho Administrativo sancionador inspirado en Derecho Penal, se consideran únicamente antijurídicas las acciones típicas (que realizan el desvalor que la ley asigna al tipo correspondiente) para las que no existe causa de justificación.

En el Derecho Administrativo sancionador, a diferencia de lo que sucede con el Código Penal, no existe un repertorio de causas de justificación. Aún así, ninguno de los argumentos de TESAU constituye causa de justificación a la conducta imputada.

A este respecto y, en contestación a las alegaciones de TESAU, cabe señalar lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. *Planificación de los operadores*

En su escrito de alegaciones, de fecha 29 de julio, TESAU indicó que la OBA (la vigente en ese momento) no preveía que TESAU pudiera conocer la planificación de los operadores, argumento que ya esgrimió en el recurso de reposición planteado contra la Resolución de 9 de junio de 2005 recaída en el expediente DT 2005/259. Esta imposibilidad de conocer las previsiones de servicios, requisito esencial para la fabricación de materiales, la adecuación de sus propios recursos y de los de las empresas colaboradoras y el acondicionamiento de las salas, probaría, en opinión de TESAU, que resulta imposible cumplir las condiciones de prestación de los servicios OBA.

TESAU estimó que no es suficiente conocer en abstracto el aumento de la demanda, sino que es necesario conocer en qué central o centrales van a solicitar los operadores los servicios. En particular, se remite a los documentos obrantes en el expediente DT 2005/259, en el que se indicó que para la prestación de servicios de colocación, tendido de cable interno y externo y las diversas modalidades de entrega de señal era necesaria una planificación de ocho semanas antes de estar en condiciones de recibir la petición detallada del total de servicios solicitados, con el fin de poder realizar la fabricación de materiales y prestación de servicios por parte de las empresas colaboradoras, así como para adecuar los recursos de TESAU para la debida prestación de dichos servicios.

Con carácter preliminar, debe tenerse en cuenta que en la OBA no se establecía ninguna obligación jurídica de que los operadores tuvieran que comunicar previsiones en el periodo en el que se produjeron los incumplimientos de TESAU. Por tanto, TESAU debió de cumplir con la obligación de prestar los servicios OBA solicitados con independencia de que no dispusiera de previsión sobre la demanda futura de los operadores alternativos. La OBA, como acto administrativo plenamente ejecutivo, debía ser cumplida en sus propios términos, sin que los Tribunales hayan anulado ninguna de las resoluciones que han venido conformando la OBA.

Además la alegada introducción de planificación de cara al futuro que hace TESAU, excede del presente expediente, sin embargo cabe destacar que, como se recoge en el Informe realizado por la Dirección de Internacional de esta Comisión, al que después nos referiremos con más detalle, la notificación de previsiones de solicitudes no es tampoco una obligación extendida en el resto de países europeos de forma generalizada ni tampoco vinculante. Y en los países en que se ha establecido la obligatoriedad de la previsión, se ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hecho a **la vista de las más gravosas condiciones** exigidas al operador dominante en la prestación de estos servicios mayoristas. **Ciertamente, desde el 7 de septiembre de 2006 se ha introducido en la vigente OBA la posibilidad de los operadores alternativos de presentar una previsión a TESAU, pero tal circunstancia no es obligatoria para los operadores alternativos, y en cualquier caso se ha efectuado teniendo en cuenta las condiciones más rigurosas de transparencia y no discriminación que ahora pesan sobre TESAU.**

Tampoco es cierto que fuera imposible cumplir con los servicios OBA en las condiciones legalmente fijadas. Aún cuando, como hemos comentado, no existía ninguna obligación jurídica de comunicar sus previsiones, a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones que incumbían a TESAU, algún operador enviaba previsiones antes de cursar las solicitudes desde finales de 2004. En definitiva, TESAU no desconocía en modo absoluto la previsible evolución de la demanda de cada uno de los operadores.

Como acredita el acta de constancia de la prueba testifical de [Confidencial] propuesta por TESAU (sección B del ramo de prueba) a la pregunta sobre cuál ha sido el ritmo mensual de actividad en la prestación de servicios o en la realización de trabajos relacionados con la provisión por TESAU de servicios OBA, el testigo manifestó que se les indicó que iba a haber una avalancha de trabajo y que se prepararan para ello. Con ello, queda acreditado que TESAU tenía constancia de que la demanda aumentaría significativamente en los siguientes meses, de modo que podía haber dimensionado sus recursos para hacer frente a ello, como hizo para provisionar sus propios servicios.

De los antecedentes obrantes en el expediente (en particular, en el expediente DT 2005/259- Documento. E.5.14), ha quedado acreditado que Jazztel ha estado enviando planificaciones con seis meses de antelación en febrero y abril de 2005 en relación con todos los servicios (cubicación-incluyendo ampliaciones, tendido de cable interno y externo, entrega de señal en sus diversas modalidades, prolongación de par, pPAI, conexión de GigADSL, ampliación de Pdl, PdlCs, así como otros servicios no regulados pPAI-IP, conexiones PAI-IPy SAM). Igualmente, en dicho expediente quedó acreditado que TESAU en ningún momento requirió de Jazztel mejora alguna en dichas previsiones, limitándose a invocar su falta de desagregación suficiente una vez constatados los incumplimientos. Si TESAU hubiera demostrado interés en el cumplimiento de sus obligaciones, habría solicitado a Jazztel el mayor grado de detalle que según TESAU era necesario para garantizar la prestación de los servicios OBA en las condiciones legalmente establecidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con ello, de nuevo se pone de manifiesto la pasiva actitud de TESAU frente al cumplimiento de sus obligaciones en relación con la OBA, que contrasta con la actitud de todos los operadores con objeto de facilitar la prestación de servicios de TESAU y **es prueba, por tanto, de que no consideraba necesario disponer de una planificación de la demanda para poder cumplir en plazo las solicitudes de servicios OBA**. En estas circunstancias ni siquiera TESAU en ningún momento ha acreditado que para la provisión de sus propios servicios OBA hubiera realizado planificaciones, y sin embargo, como se pudo concluir en el expediente DT 2005/511, el despliegue de dichos servicios se consiguió cumplir en plazo a pesar del que el mismo en términos de servicios requeridos fuese similar. **Aun cuando TESAU repite que ha podido preparar sus centrales para la prestación de sus servicios minoristas gracias a una adecuada planificación interna, no consta de ninguna manera la existencia de comunicaciones internas entre los servicios comerciales de TESAU y los encargados de la ejecución de las obras de adecuación de las centrales (los servicios análogos a los de la OBA que TESAU requiere para el desarrollo de su red). Lo que sí consta es el excepcional resultado en el mercado de TESAU.**

El desconocimiento de previsiones alegado por TESAU no es tal. No obstante, aun admitiéndolo, la ausencia de la información referida por TESAU en cuanto a las centrales para las que se tenía previsto cursar solicitudes no constituye en absoluto un obstáculo suficiente que justifique el incumplimiento de los plazos para la mayoría de los servicios¹⁹, aunque pueda serlo para una organización de recursos más eficiente. Además, debe tenerse en cuenta que cinco de los seis proveedores de materiales y de servicios de TESAU cuya declaración testimonial obra en el expediente (sección B del ramo de prueba de TESAU) actúan a nivel nacional, por lo que, conociendo el ámbito geográfico en el que se solicitarían los servicios, TESAU y sus proveedores contaban con un suficiente grado de detalle para planificar la distribución geográfica de sus propios recursos.

2. Obligación de planificación y plazos de provisión de los servicios OBA en otros países

En apoyo de su argumentación en relación con la necesidad de planificación, TESAU indicó que el acceso al bucle desagregado existente en los países de nuestro entorno contempla la planificación. Además, los plazos previstos para

¹⁹ Es posible que en relación con las solicitudes de coubicación fuera conveniente conocer en qué central específica se tendrían que realizar los trabajos. Sin embargo, como se indicó en la Resolución del expediente DT 2005/511, el número de solicitudes que desencadenan una nueva obra es mucho menor que el total de solicitudes que requieren trabajos más sencillos de ejecutar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la prestación de los servicios en España no tienen según TESAU parangón con otros países de nuestro entorno.

Como contestación a estas alegaciones, nos remitimos al informe realizado por la Dirección de Internacional de esta Comisión (Documento 40) que examina las OBAs de nuestro entorno, en particular en lo referente a las obligaciones de planificación y de los plazos de prestación de los servicios. Estas cuestiones se examinan en detalle en las siguientes secciones. Transcribimos las conclusiones del informe subrayando en negrita lo más destacado de las mismas:

- ***“Por lo que respecta a la notificación de previsiones de solicitudes: (i) dicha obligación no está tan generalizada en Europa como se pueda pensar; y (ii) en aquellos países donde sí se contempla la existencia de una previsión, ésta no tiene tanta fuerza ni es tan vinculante. Probablemente esto sea así porque la necesidad de previsión no es un factor fundamental ni un pilar estrictamente básico para que la oferta de acceso al bucle de abonado funcione correctamente, aunque pueda contribuir a ello en cierta medida. En cualquier caso y como se señala más arriba, la inclusión de esta obligación está acompañada de contraprestaciones que pesan sobre el operador de acceso.***
- ***En lo referente a los plazos de provisión de servicios: (i) resulta harto difícil y sobre todo inexacto comparar la suma de plazos máximos de provisión de servicios a priori, sin tener en cuenta el contexto y el elevado número de factores variables que concurren en cada caso; y (ii) en términos de comparación relativos, los plazos establecidos en la OBA española no difieren excesivamente de los plazos establecidos para prestaciones equivalentes en otros Estados Miembros (o no difieren más de lo que lo hacen otras OBAs de nuestro entorno).***
- ***Por último, del análisis de los distintos informes sobre el estado de la implementación del acceso al bucle de abonado se infiere: (i) la importancia y el interés que suscita en la Comisión Europea, en otras instituciones y en los propios Estados Miembros el acceso efectivo al bucle desagregado²⁰; y (ii) la casuística demuestra que no existe un modelo único de éxito en la combinación de parámetros de regulación del acceso al bucle. “***

²⁰ Aparición constante en los informes de implementación a nivel genérico, y como apartado específico en cada uno de los países en el 11º Informe de Implementación (año 2005).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a la planificación y comunicación de previsiones de servicios OBA, como señala el informe, *“no existe una obligación prevista en el Reglamento del bucle desagregado ni en los principios de implementación del mismo elaborado por el Grupo de Reguladores Independientes (IRG), de lo que se deduce que no se trata de una prioridad ni una condición necesaria para el buen funcionamiento del proceso de desagregación del bucle”*.

“Esta [obligación de planificación] responde a contextos específicos y está compensada en la mayoría de los casos por otras obligaciones impuestas a cambio al operador incumbente a favor de los operadores solicitantes. Es de destacar que estas condiciones u obligaciones adicionales no se dan en el caso español, en particular condiciones tales como la separación estructural del proveedor del acceso al bucle, el establecimiento de un organismo específico de control del cumplimiento de las condiciones de la OBA, la existencia de un sistema rápido de reclamación en vía judicial por incumplimiento, etc., que disciplinan el comportamiento del operador histórico.

Existen al menos once Estados miembros en los que la comunicación de previsiones no está contemplada (Bélgica²¹, Bulgaria Estonia, Grecia, Irlanda, Malta, Rumania y Polonia) o es de carácter voluntario (Alemania, Austria e Italia²²).

Del resto, el informe continúa diciendo que: ***“de un total de nueve países identificados que prevén que haya obligaciones de previsión, sólo estos tres contemplan sanciones en caso de incumplimiento (y de estos, sólo dos establecen obligatoriamente la previsión). En efecto, en la mayoría de los casos el hecho de no cumplir con las previsiones manifestadas supone sencillamente la pérdida del importe ya abonado por los estudios de viabilidad, en aquellos países donde se exigen. Asimismo, de forma generalizada supone también que no se garanticen los plazos máximos estipulados, aunque en cualquier caso el operador que provee los servicios OBA está obligado a prestar dichos servicios aproximándose lo más posible a los plazos estipulados para las solicitudes notificadas con antelación. Por otra parte, en aquellos países donde la previsión es voluntaria, como los casos de Italia, Alemania o Bélgica, el hecho de presentar previsiones supone ciertas ventajas para el petionario, el caso más representativo es Italia, donde si se anticipa el pedido de tendido de cable interno 4 meses al operador de acceso se le aplica un descuento sobre el precio.”***

²¹ Únicamente se incluye el estudio de viabilidad, y esto en el caso de petición de reubicación.

²² Si se realiza una planificación de solicitudes con 4 meses de antelación, el solicitante recibe un descuento del 8% del coste del informe de viabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del análisis de diversas OBAs se extraen conclusiones que difieren significativamente de las de TESAU. De los países a que pertenecen los operadores mencionados en el escrito de TESAU, sólo son obligatorias en tres de los países que menciona (Reino Unido, Holanda y Dinamarca) y para algunos servicios (coubicación y desagregación del bucle en los dos primeros y desagregación en el tercero²³). Además, en ningún caso eximen al operador sobre el que pesa de realizar la prestación del servicio en los plazos establecidos. Las conclusiones del informe sitúan la comunicación de previsiones a los operadores en su adecuado contexto, como resulta del texto que se transcribe a continuación:

*(i) la obligación de previsiones **no está impuesta en Europa de modo generalizado**, habiendo países donde se contempla y otros en los que no;*

(ii) en aquellos países donde sí se contempla la existencia de una previsión, ésta no siempre es vinculante.

(iii) hay países con éxito en el proceso de desagregación del bucle que no contemplan la obligación de previsiones, frente a otros casos en los que sí se hace. En consecuencia, la necesidad de previsión no parece resultar un factor fundamental ni un pilar estrictamente básico para que la oferta de acceso al bucle de abonado funcione correctamente.

(iv) En cualquier caso y como se ha señalado más arriba, la inclusión de esta obligación está acompañada de contraprestaciones que pesan sobre el operador de acceso.”

En cuanto a los plazos de provisión de los servicios OBA, la conclusión de TESAU sobre el corto plazo que se da para la provisión de los servicios de tendido de cable interno y coubicación en comparación con otros países no es ajustada a la realidad. Y ello, por cuanto que no existen parámetros válidos de comparación entre las diversas OBAs.

El informe destaca la importancia del cumplimiento de los plazos en lo que a servicios OBA se refiere, destacándose que el IRG reconoce la interdependencia entre los plazos para la provisión de servicios a los usuarios finales y los plazos adoptados para la provisión individual al por mayor de bucles metálicos. Por ello, dicho organismo concluye que la oportuna provisión del servicio mayorista es condición necesaria para el desarrollo del mercado.

²³ No hay datos disponibles para coubicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, como indica el informe ***“a pesar de existir una similitud entre los contenidos de los servicios de acceso, derivadas de la propia similitud de la estructura de redes, la regulación de dichos servicios, especialmente en cuanto a los plazos máximos, en su caso, de planificación previa, viabilidad y entrega, hace variar substancialmente los parámetros de comparación. La Dirección de Internacional llega a esta conclusión después de realizar un examen pormenorizado de numerosas OBAs de nuestro entorno. Se ha intentado establecer paralelismos donde la asimetría de las regulaciones fuera menor, principalmente en los plazos previstos para la coubicación. Sin embargo, el resultado es que, después de analizar 20 países en general de los cuales se detallan 5 a continuación, se desprende que las especificidades en la regulación de la oferta de referencia, y que responden a la complejidad de los distintos contextos en los que se da el acceso al bucle en los Estados Miembros, hacen harto difícil y, sobre todo, inexacto comparar la suma de plazos máximos de provisión de servicios a priori y sin tener en consideración el contexto y el elevado número de factores variables que concurren en cada caso.”***

En segundo lugar, cabe tener en cuenta que ***“la comparación de los plazos entre los distintos países resulta aún más cuestionable si cabe considerando que los plazos previstos en general nunca se alinean sucesivamente, sino que en la mayoría de los casos se solapan en función de las peticiones de servicio del operador que solicita el acceso y la disponibilidad del operador que lo presta.”***

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta la dificultad que supone contrastar los datos concretos sobre plazos y obligaciones de notificación previa alegados por TESAÚ, debido a que la disparidad en los tipos de servicio, sus condiciones de prestación y sus correspondientes plazos ocasiona una multiplicidad de términos de comparación.

Además, de acuerdo con la información detallada en el informe, deben realizarse varias puntualizaciones:

- En el caso de Alemania, el plazo de provisión del servicio en caso de existir planificación notificada es de 7 días laborables desde la recepción de la petición definitiva de acceso notificada como previsión-más corta que el que señala TESAÚ. Se entiende que se incluye en dicho plazo el servicio de coubicación o entrega de señal, al no aplicarse un plazo específico. Teniendo en cuenta que la notificación de las previsiones se realiza con dos meses, el plazo no alcanza las 16 y 14 semanas a que se refiere TESAÚ en su informe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En el caso de Bélgica, no se señalan de manera desagregada los plazos máximos a los que está sujeta la prestación de servicios en tendido de cable interno o entrega de señal. Teniendo en cuenta los plazos consecutivos aplicados a cada uno de los servicios, se deduce que el plazo máximo es de 9 semanas, pero se trata de un periodo voluntario, mientras que para los mismos servicios el plazo previsto en España es superior (como mínimo de 10 semanas). Además, tampoco es posible señalar la diferencia de plazo de coubicación entre una sala específica y una compartida, ni determinar un plazo máximo para el tendido de cable interno, pues estos supuestos no aparecen específicamente en la OBA belga. En el caso de no haberse realizado planificación alguna el plazo de entrega se alargaría el plazo únicamente en 5 días laborables, por lo que es perfectamente posible actuar sin recurrir a previsión alguna del operador solicitante.
- Los plazos a que se refiere TESAU respecto a la OBA francesa no tienen por qué constituir la regla general. En primer lugar, la OBA francesa no fija de manera predeterminada un plazo, sino que se deja a la negociación de las partes. Además, de las 20 semanas a que hace referencia TESAU para coubicación, es necesario señalar que en este plazo también se incluye el correspondiente a la provisión de otros servicios, como el estudio de viabilidad y entrega de señal.
- Los plazos de prolongación de par coinciden en Italia con los de la OBA española. El plazo para la provisión de servicios de tendido de cable interno puede variar entre una semana y media (7 días laborables) y 2 semanas (10 días laborables), pero no parece que sea de 9 semanas como afirma TESAU en sus alegaciones.
- En el caso de Portugal, los plazos para coubicación en sala de operador son inferiores en comparación con los españoles, que son al menos de diez semanas. Por lo demás, el plazo de 17 semanas a que se refiere TESAU es únicamente para coubicación en sala de operador no existente. Sin embargo, lo más habitual es la ampliación de una sala ya existente, para el que se establece un plazo de 8 semanas, inferior al de las 10 semanas aplicable en España.
- Los plazos aplicables incluidos en la tabla de TESAU no son sustancialmente diversos de los aplicables en España en casi ningún caso. Cuando lo son, se compensan por las obligaciones que pesan sobre el operador incumbente y que no se aplican en España. Por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejemplo, en el Reino Unido, el hecho de que sus plazos sean superiores se compensa con las obligaciones adicionales que pesan sobre el operador histórico, que se concreta en una separación estructural, el establecimiento de un organismo específico de control de cumplimiento de las condiciones de la OBA. A pesar de esta extensión en el tiempo no se garantiza un correcto funcionamiento, contrariamente a lo que parece pretender TESAU. Como apunta la sección del (A) informe que trata sobre previsiones, tanto la Comisión Europea en el 11º Informe de Implementación como un informe del mes de febrero de 2005 elaborado por el órgano de seguimiento para la OBA (Telecoms Adjudicator-OTA) constatan los problemas operacionales y el mal funcionamiento del sistema. De hecho, uno de los operadores (Bullfrog) planteó una queja ante el OTA debido a la lentitud de la provisión del servicio por parte del operador histórico, British Telecom.

3. Esfuerzo realizado por TESAU para adaptarse al cambio estructural de la demanda

TESAU alega en su escrito de 29 de julio que realizó esfuerzos importantes para dar satisfacción a las peticiones de los operadores en general y de Jazztel en particular. En particular, TESAU se refiere a la adopción de planes de contingencia y al esfuerzo de redimensionamiento realizado conjuntamente con las empresas instaladoras y fabricantes para hacer frente al aumento de la demanda, sin discriminar a ningún operador ni beneficiar a sus necesidades propias. Con el objeto de acreditar los esfuerzos realizados a fin de garantizar la prestación de servicios OBA en las condiciones fijadas, TESAU solicitó la práctica de prueba testifical por parte de los representantes de varias empresas suministradoras e instaladoras.

Del resultado de la práctica de la prueba propuesta se desprendieron las conclusiones que a continuación se detallan. En primer lugar, que el ritmo mensual de actividad durante el periodo 2004 a 2005 fue irregular, pero perfectamente atendible por TESAU, circunstancia esta que ya había sido puesta de manifiesto, entre otras, en la Resolución de 9 de junio de 2005 (DT 259/2005).

En segundo lugar, que **TESAU no remitía planificación a los suministradores e instaladores de equipos de telecomunicaciones**²⁴.

²⁴ Ver documentos de la sección B del ramo de prueba de TESAU (preguntas quinta/sexta formuladas por la instructora del expediente dependiendo del operador que se trate).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, a pesar de la ausencia de información respecto a las planificaciones, ha quedado acreditado que al menos el porcentaje de cumplimiento de uno de los instaladores, de hecho, de una dimensión significativa, fue del 100%. Otros refirieron porcentajes menores, pero suficientemente altos (60-70% en 2004 y 80% en 2005)²⁵.

Tal y como se ha señalado en la sección 11 del Hecho Probado Primero, el esfuerzo de TESAU fue claramente insuficiente. **TESAU no ha sido capaz de hacer frente a la demanda de los diversos servicios en ningún periodo desde que le es aplicable el acceso al bucle de abonado.** Además, como se ha indicado en el Hecho Probado Segundo, el “tremendo esfuerzo” que TESAU alega haber realizado contrasta con el amplio despliegue de red y recursos utilizado para ella misma durante el mismo periodo que cubren los incumplimientos, tanto en lo referente a líneas ADSL como al despliegue y comercialización de Imagenio.

4. *Comportamiento de Jazztel*

TESAU reiteró en su escrito de alegaciones los argumentos expuestos ya en sede de reposición contra la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/259). Expone TESAU que la evolución de la demanda de Jazztel era imprevisible, y que el número de peticiones en el periodo 2004 y 2005 es anormal comparándolo con el de otros operadores como ALBURA o LINCE para coubicación y tendido de cable interno. TESAU alega también que un alto número de solicitudes se han concentrado en un reducido número de días puntuales. De todo ello TESAU deduce una total falta de antijuridicidad de la conducta que se le reprocha y pone de relieve que esta Comisión ha estimado llamativo el número de peticiones realizado por Jazztel.

En primer lugar, contrariamente a lo alegado por TESAU, el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios OBA no se ciñe únicamente a un operador que haya venido realizando un volumen de solicitudes de imposible cumplimiento (Jazztel). **De hecho, en el presente procedimiento se han acumulado 12 expedientes, de los cuales, cinco se refieren a retrasos en los servicios OBA causados a operadores distintos de JAZZTEL y uno de ellos, el relativo a la solicitud de TELEFÓNICA para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511), contempla innumerables retrasos que afectan al mercado en general y no únicamente a JAZZTEL.**

²⁵ Acta de la prueba testifical de la respuesta a la pregunta décima formulada por la instructora del procedimiento a los representantes de [Confidencial] .



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ha quedado acreditado, se han producido multitud de incumplimientos en relación con una pluralidad de operadores. En relación con este aspecto, resulta muy significativo que los operadores que solicitaron un volumen limitado de servicios OBA en áreas geográficas determinadas tampoco vieran atendidas sus solicitudes dentro de los plazos previstos. Este es el caso de DTI2, cuyas actividades se han venido centrando en Córdoba

En definitiva, que TESAU disponía de la información suficiente para dimensionar sus recursos con el fin de adaptarlos a las necesidades de servicios OBA. Nos remitimos a la sección 11 del Hecho Probado Primero que recoge el análisis fáctico en el expediente DT 2005/511 y a la contestación a las alegaciones en cuanto al esfuerzo desarrollado por TESAU para adaptarse a la demanda de servicios OBA de los operadores. Como ha quedado acreditado, el esfuerzo a que se refiere TESAU fue claramente insuficiente y contrasta con la expansión del despliegue de la propia TESAU.

Incluso aceptando que el número de solicitudes de Jazztel es elevado, este argumento sólo podría tenerse en cuenta en relación con el servicio de tendido de cable interno. Sin embargo, teniendo en cuenta el contenido de las actas notariales de presencia realizadas entre el 19 y el 30 de junio de 2005 incorporadas al ramo de prueba de TESAU (sección C del ramo de la prueba de TESAU), a pesar de la inexistencia de la instalación de equipos con posterioridad a la entrega de tendidos de cable interno en varias ubicaciones (un total de 33 de 38 elegidas por TESAU), se considera que dicha inexistencia no es representativa del conjunto de 192 centrales donde las solicitudes sufrieron retrasos.

En cuanto a los demás servicios solicitados por Jazztel, el argumento sobre la prestación de servicios por encima de sus necesidades no puede ser acogido favorablemente. A título general, no compete a TESAU fiscalizar los planes de expansión y desarrollo de los operadores alternativos. Cuestión diferente sería el caso de que TESAU o cualquier otro operador hubieran instado a esta Comisión a actuar ante una situación de acaparamiento de espacio por parte de Jazztel, actitud que sería reprochable jurídicamente y que redundaría en un perjuicio para todos los operadores, y por ende para el mercado. Sin embargo, esta hipótesis no corresponde en absoluto con la realidad de los hechos objeto de análisis en el presente procedimiento.

En lo que se refiere al servicio de coubicación, de conformidad con el texto de la OBA aplicable²⁶, TESAU podría, de conformidad con la OBA, haber

²⁶ Cláusula octava del contrato tipo de ubicación: *“Será requisito imprescindible para el mantenimiento del derecho de ocupación del espacio asignado al OPERADOR AUTORIZADO, la utilización efectiva del*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitado en el momento correspondiente la devolución del espacio destinado a coubicación si hubiera constatado la ausencia de un uso efectivo por parte de Jazztel. Si no lo hizo en su día es porque TESAU no consideró que dicha devolución estuviera justificada.

En lo referente al excesivo volumen de solicitudes por Jazztel en una serie de fechas concretas, únicamente cabe reiterar las conclusiones ya expuestas por esta Comisión en su Resolución de 9 de junio de 2005. Teniendo en cuenta

que los plazos de provisión de los servicios OBA se realizan en días laborables y que los festivos quedan excluidos, el argumento de TESAU de la acumulación de solicitudes en días festivos no puede ser tenido en cuenta.

Por último, en cuanto al uso de los recursos solicitados por Jazztel, reiterar que la política de crecimiento de Jazztel no es un aspecto sobre el que TESAU pueda interferir. **En todo caso debe remarcarse que la posible infrautilización por Jazztel de los recursos solicitados se deriva directamente de los retrasos de TESAU en la provisión de los servicios. La falta de cumplimiento de las obligaciones de TESAU conforme a la OBA, mediatiza, indiscutiblemente, el desarrollo del negocio por los operadores alternativos, respecto de los que no se puede exigir la plena e inmediata utilización de los servicios provistos por TESAU, en la medida que no han podido conocer, oportunamente, el momento de entrega real y efectivo. En cualquier caso, es indiscutible que si JAZZTEL hubiera visto atendidas en tiempo y forma sus demandas de servicios OBA hubiera estado en condiciones de utilizarlas antes.**

La coubicación es el primero de los servicios necesarios para posibilitar la desagregación final de bucles de TESAU hacia las redes de los operadores. No obstante, los continuos retrasos que han venido sufriendo tales operadores les han disuadido de tratar de optimizar los plazos de entrega del resto de los servicios necesarios, pidiendo simultáneamente otros servicios necesarios para la desagregación del bucle, como los tendidos de cable interno y la entrega de señal (servicios absolutamente claves, y en especial, la entrega de señal, que también requiere plazos largos), y alargando en la práctica más de lo necesario el plazo efectivo óptimo que un operador pudiese planificar para la desagregación de los bucles, dejándolo en plazos indeterminados que complican muy difícilmente la comercialización en las zonas cubiertas por las centrales donde están coubicados.

mismo, en los términos establecidos en el artículo 9.10 del Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado (RD 3456/2000, de 22 de diciembre) y en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA vigente.” Este texto no ha sufrido variación en las sucesivas modificaciones de la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al porcentaje de ocupación de las centrales en las que se han solicitado servicios, TESAU no demuestra que el porcentaje de ocupación de Jazztel sea significativamente inferior del de otros operadores en relación con el servicio de tendido de cable interno. Tomamos como referencia los porcentajes resultantes de la información remitida por TESAU a fecha de junio de 2006²⁷. Para obtener el porcentaje de utilización se calcula el equivalente en UNC's pequeñas de los diferentes elementos solicitados por los operadores a fecha de junio de 2006. Esta cifra se multiplica por 200, que corresponde a una relación de equivalencia de 200 abonados por UNC (derivada de una capacidad máxima estimada –dependiente de cada suministrador– de 1200 clientes por cada 6 UNC's, incluyendo DSLAMs, Repartidor de Operador, Transmisión, etc.), y el resultado anterior se divide el total de bucles en servicio (tanto compartidos como desagregados) de los operadores por la cifra obtenida²⁸.

Las cifras que se reflejan en la tabla que a continuación se reproduce se desprende que ni siquiera el porcentaje de utilización de Jazztel es significativamente inferior al de otros operadores, ni tampoco que se encuentre entre los más bajos de toda la lista de operadores:

[Confidencial]

Tabla 6: Porcentaje de uso de los operadores en relación con los servicios de tendido de cable interno

²⁷ Debe tenerse en cuenta que los datos remitidos por los operadores en respuesta al requerimiento de información no dan una idea aproximada, ya que cada uno de ellos utiliza un método de cálculo diverso. Todos ellos parten del examen de la situación actual. El procedimiento de cálculo de JAZZTEL consiste en considerar que una vez que se han conectado los equipos el recurso se utiliza, aunque ello no vaya asociado con una entrega de prolongación de par. Otros operadores no dan un porcentaje de ocupación específico para TCIs desagregados y compartidos, sino únicamente en relación con las centrales.

²⁸ Matemáticamente la fórmula sería para obtener el porcentaje correspondería a la siguiente: $\text{Total bucles en servicio} / (200 * (\text{jaulas básicas} * 7,5 + \text{UNC peq} + \text{UNC grande} * 2 + \text{Jaulas ext} * 10,5)) * 100$.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todo ello, se deduce que la situación de Jazztel no es sustancialmente diversa de la de otros operadores que TESAU no menciona, y la interpretación de los hechos propuesta no puede ser acogida.

Por lo tanto, visto todo lo anterior, procede confirmar la existencia de un hecho antijurídico y tipificado como se ha podido comprobar, procediendo ahora a analizar la existencia o no de culpabilidad.

QUINTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad

A. Culpabilidad

Manifiesta TESAU en su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2005 (Documento 14, alegación quinta de los fundamentos de derecho) la no concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad requerido para la imposición de sanciones administrativas pues del examen de los hechos alegados se evidencia lo contrario, es decir, que *“Telefónica no sólo no ha mantenido una actitud infractora sino que ha desarrollado un esfuerzo considerable para, en una situación de criticidad, dar el mejor cumplimiento posible a unas condiciones de provisión del servicio ya de por sí de muy difícil cumplimiento”*.

Añade TESAU que la conjunción de elementos como la dificultad en los procesos tan complejos como son las operaciones de provisión de los servicios OBA, el nivel de exigencia de plazos imposibles de cumplir y la ausencia de conocimiento por parte de TESAU de las previsiones y planificaciones de los operadores solicitantes de los servicios OBA, determina que del cumplimiento de los plazos fijados en la OBA devenga una obligación de contenido imposible.

Por lo anterior, determina TESAU que ha estado desarrollando por su parte una actitud proactiva de constante y continuado esfuerzo y que por tanto, *“la modificación experimentada por la demanda de los servicios OBA ha determinado que la prestación de suministro de servicios OBA en el plazo impuesto por el Regulador devenga imposible y, en su consecuencia, que no sea exigible ningún tipo de responsabilidad a Telefónica de España por este motivo”*.

Antes de dar contestación a las alegaciones de TESAU, se expone de modo sucinto la doctrina legal y jurisprudencial acerca de la culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe aclarar en primer lugar que el objeto de la tipificación de las infracciones administrativas trata de proteger el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, y de sancionar, por tanto, su incumplimiento. De conformidad con una consolidada doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC dice:

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

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración, se exige que el sujeto infractor sea culpable de los actos sancionados. En este sentido, ha de señalarse que no basta con que la conducta sea típica y antijurídica, sino que también es necesario que sea culpable.

Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1992\9158], y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]). En cuanto a la extensión del ámbito del concepto de culpa es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 1994 (RJCA 1995\678, Fundamento de Derecho Quinto):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.”

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 octubre de 1998 (RJCA 1998/3891) recoge la jurisprudencia existente en la materia, al exigir que la conducta que ocasiona la infracción del derecho objetivo sea voluntaria, excluyendo que se impongan sanciones por el solo resultado sin tomar en consideración la conducta del infractor:

“Es doctrina legal que para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, al ser ambas manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, es preciso que tal conducta sea culpable, es decir, “atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen la culpabilidad” (STS 10 febrero 1989); “en consecuencia, junto a la antijuricidad y la tipicidad se sitúa el requisito de que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acción o la omisión sean en todo caso imputables a su autor por malicia o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable” (STS 4 julio 1990); “su sanción exige al menos que entre la conducta activa no maliciosa, pero siempre voluntaria, al infringir el derecho objetivo, y la mutación producida en el mundo exterior, exista un vínculo o relación de causa a efecto que, al unir ambos indispensables elementos, dé consecuentemente como resultado una imprudencia merecedora de sanción” (STS 13 julio 1987); o, en términos de la Sentencia Constitucional de 26 abril 1990: “sigue rigiendo el principio de culpabilidad, principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.” (F.D. 3).

En cuanto a la apreciación de una conducta dolosa, deben concurrir dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. El primero implica el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción y su significado antijurídico. El segundo consiste en querer el hecho ilícito, y puede concurrir bien cuando se persigue inmediatamente el ilícito (dolo directo), cuando se aceptan las consecuencias inevitables que se van a producir (dolo directo de segundo grado) y el caso en el que se asumen las consecuencias probables de la actuación ilícita (dolo eventual). Tal y como ha destacado la jurisprudencia, no es necesario que el imputado conozca y quiera el resultado antijurídico para que concurra dolo eventual:

“[La ley] no impide, desde luego, apreciar la infracción en presencia de cualesquiera clases de dolo conocido en la dogmática penal ni, por tanto, en presencia de un dolo eventual, en el que, siendo otra la finalidad última perseguida, el autor se representa como cierta la producción del resultado prohibido en las normas y lo acepta.” (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2003, AJ 2003/2621)

En cuanto a las personas jurídicas, existe reiterada jurisprudencia que reconoce en ellas la aplicación de los mismos criterios que para las personas físicas, como ha declarado el Tribunal Constitucional:

“Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendo del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa. (...) Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz... y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”.

Resulta también procedente señalar 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.

Asimismo, 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, que, en este caso, se refiere a las comunicaciones electrónicas. 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):

“ (...) como ya viene sancionando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de quince de junio de mil novecientos sesenta y siete (RJ 1967\3487) y cinco de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\1286) y como dice esta última «para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta, en la vida en común»”.

Aplicando esa doctrina legal y jurisprudencial al presente expediente, ha de señalarse lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, **ha quedado acreditado que se han producido una serie de incumplimientos de las obligaciones OBA por parte de TESAU, sin que concurra causa de justificación alguna** que pudiera eximirle de su responsabilidad.

En segundo lugar, **TESAU**, operador que controla el acceso al bucle y que forma parte de uno de los grupos de telecomunicaciones más importantes a nivel mundial, **conocía perfectamente desde enero del año 2001 la obligación que sobre ella pesaba acerca del cumplimiento de la OBA, de su trascendencia en relación con el desarrollo de la competencia y de su obligación de dar cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones que modificaron posteriormente la OBA**. En este sentido, está claro que concurre el elemento intelectual del dolo en relación con la conducta ilícita. De hecho, **la prueba del pleno conocimiento de lo ilícito de su comportamiento a lo largo del periodo de infracción considerado queda acreditada si se tiene en cuenta la solicitud de declaración de contingencia examinada por esta Comisión en el expediente DT 2005/511**.

En contestación a las alegaciones de TESAU de 29 de julio de 2005, y, en relación a la concurrencia del elemento intelectual del dolo, hemos de referirnos a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005 precisamente en un recurso contra una resolución sancionadora impuesta por esta Comisión contra TESAU argumentando la ausencia de culpabilidad. Su tenor literal, que a continuación reproducimos (parte del mismo en negrita), es suficientemente ilustrativo:

“La documental unida al expediente administrativo y las alegaciones de la propia Telefónica, tanto en vía administrativa como en esta sede jurisdiccional suponen prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia que rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836) al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, como ocurrió en el presente caso.

Resulta, además, un hecho notorio que Telefónica, operador dominante de telefonía fija y obligado a presentar la Oferta de Interconexión de Referencia, conoce perfectamente la obligación de cumplir la citada Oferta de Interconexión, la trascendencia de la OIR en el mercado de las telecomunicaciones y, por lo que respecta a este procedimiento, la obligación de cumplir las obligaciones de la CMT”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta misma doctrina cabe aplicarse al supuesto presente en relación al pleno conocimiento por parte de TESAU de su obligación de cumplir la OBA, concurriendo, por tanto, el elemento intelectual del dolo.

En tercer lugar, debe concluirse que también concurre en el presente caso el elemento volitivo del dolo, teniendo en cuenta la magnitud de los incumplimientos de las Resoluciones de esta Comisión. En efecto, **en el presente caso no se produce un incumplimiento puntual, sino que ha habido una serie de conflictos de acceso cuya primera resolución data de noviembre de 2003, de modo que TESAU en modo alguno puede escudarse en el desconocimiento en relación con el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión en materia de acceso al bucle de abonado.**

Este comportamiento con los operadores a los que tenía que dar acceso en las condiciones reguladas por esta Comisión **contrasta con el pleno desarrollo de TESAU en cuanto al despliegue y la oferta de servicios de banda ancha en el periodo que abarcan las infracciones cometidas.** Como se indica más en detalle en relación con la intencionalidad de la conducta, existe un alto grado de conflictividad entre TESAU y los operadores en materia de acceso al bucle (un total de 55 conflictos han sido presentados ante esta Comisión), y se han venido dictando Resoluciones en el ámbito del presente expediente desde noviembre de 2003.

Además, TESAU era consciente de que el acceso desagregado al bucle de abonado iba a tener un importante incremento de la demanda con el transcurso del tiempo y debería haber puesto los medios (gestión y recursos) para ello.

Está claro que el esfuerzo manifestado por TESAU no puede ser, a la vista de la magnitud de los incumplimientos, que se iniciaron mucho antes del periodo temporal considerado en el ámbito del presente expediente, calificado de considerable. Desde que se aplican las obligaciones que se incluyen en la Resolución que aprobó la OBA, TESAU ha mantenido una actitud pasiva en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones. En definitiva, que TESAU disponía del conocimiento y los medios para poder hacer frente a las solicitudes de servicios, por lo que su conducta no es en modo alguno excusable.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, TESAU vuelve a incidir en la inexistencia de culpabilidad en base a las mismas circunstancias expuestas en su primer escrito de alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Supuesto crecimiento exponencial de la demanda

TESAU señala que la demanda de servicios OBA experimentó a partir del cuarto trimestre de 2004 un cambio estructural marcado por un incremento exponencial de su volumen, lo cual, en su opinión, afectó significativamente a la capacidad de Telefónica para la adecuada prestación de los servicios.

A ello debe responderse que **la demanda total, incluyendo la actividad interna, no se multiplicó en la forma que manifiesta TESAU**. Resulta revelador que **las cifras de solicitudes de servicios OBA que tan gráficamente detalla TESAU, no son puestas, en parte alguna de sus alegaciones, en relación con el volumen ingente, de otra escala mucho mayor, de la actividad de los servicios ADSL minoristas y mayoristas de TESAU**. Debe reiterarse aquí que esos servicios superaron en el último trimestre de 2004 las 332.308 altas netas, presentando una media mensual superior a 110.000 mensuales en dicho periodo. Se trata de cifras únicamente de altas netas, que implican incluso un volumen mayor de altas instaladas, puesto que las altas netas no reflejan el número total de altas, dado el considerable número de bajas o migraciones; y esas altas netas han tenido que estar precedidas por la gran movilización de recursos que requieren las infraestructuras asociadas, como el equivalente al tendido de cable interno que previamente se han debido entregar.

Así pues, **TESAU pone de manifiesto el cambio estructural de la demanda de servicios OBA cuando lo que debe destacarse es el importante volumen de la actividad que sí se muestra capaz de absorber cuando se trata de sus propios servicios ADSL**.

2.- Inexistencia de obligación de planificación y plazos excesivamente exigentes.

Señala la operadora que *“este cambio estructural de la demanda impactó negativamente en TESAU”* y se vio afectado por la imposibilidad de poder conocer la planificación de los operadores y por los rigurosos plazos establecidos en la OBA.

A fin de sostener estas manifestaciones, TESAU aporta comunicaciones donde los fabricantes [Confidencial] apoyan sus argumentaciones relativas a la falta de planificación y plazos de la OBA.

En relación con lo señalado, por ejemplo, por [Confidencial] (*“los plazos de suministro de este mismo equipamiento de Transmisión, recogidos en contrato*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en algunos de los grandes operadores Europeos, obligan a estos a definir completamente la obra a realizar con un mínimo de 10 semanas de antelación”), debe ponerse de relieve que ello no cuestiona una reducción de plazos impuesta por la CMT.

En efecto, al denunciar estos fabricantes que los plazos de suministro de equipo de transmisión son excesivamente breves, no están censurando decisiones de la CMT sino de su propio cliente TESAU, puesto que los plazos de entrega del servicio de la OBA que guarda relación con este aspecto (modalidad capacidad portadora del servicio de entrega de señal) fueron fijados por TESAU en su servicio comercial denominado capacidad portadora y en ningún momento fueron reducidos por decisiones de la CMT. Es evidente que si TESAU fijó esos plazos era porque los consideraba perfectamente asumibles, contrariamente a lo indicado ahora por los fabricantes, que no señalan que criticaran los plazos de entrega cuando los fijó en un momento inicial y libremente la propia TESAU.

TESAU sostiene que no podía conocer la planificación anticipada de los operadores con el suficiente grado de detalle para hacer frente a la demanda de forma razonable, y que esa falta de comunicación de la planificación la exonera de responsabilidad por los eventuales y puntuales retrasos sufridos. Asimismo, TESAU considera sorprendente que se diga que la planificación no es esencial cuando la CMT ha aceptado que la planificación es necesaria para el cumplimiento de los plazos, en el expediente de modificación de la OBA, aprobado el 14 de septiembre de 2006. Concluye la operadora al respecto que *“debemos todos coincidir con que la misma resulta absolutamente esencial”*.

La tergiversación que lleva a cabo TESAU de la decisión de esta Comisión sobre la última modificación de la OBA desvela su carencia de argumentos. **Sí es cierto que la Comisión ha decidido incluir en la OBA un sistema de información de planificación y seguimiento. TESAU (y no los operadores que le solicitan servicios) está obligada a informar detalladamente, por medio de dicho sistema, de las actividades internas equivalentes a servicios de la OBA que TESAU ejecuta para sí misma con el fin de prestar sus servicios minoristas, incluyendo su planificación interna equivalente. Es decir, a la hora de precisar las obligaciones de transparencia y no-discriminación, en lugar de imponer a TESAU a una completa separación funcional de la gestión de la red de acceso y de la prestación de servicios sobre dicha red, se le obliga a informar acerca de la planificación y ejecución de las actividades que intervienen en la prestación de los servicios mayoristas y servicios equivalentes de TESAU.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con dicho sistema se establece también un marco para la comunicación de información de planificación por parte de los operadores que solicitan servicios de la OBA. Pero no cabe confundirlo con obligaciones de planificación: se establece un canal de comunicación con mayor grado de formalidad para unas informaciones que ya se venían remitiendo de forma voluntaria y en un marco informal en que hasta el momento no siempre dejaba constancia de la existencia y del contenido de la comunicación. Pero en modo alguno se ha impuesto una obligación de planificación a los operadores, ya que la medida se limita al establecimiento de cauce formal de comunicación, por mucho que se haya querido incentivar su uso distinguiendo a efectos de penalizaciones la demanda planificada de la no planificada. Es decir, la planificación puede ser positiva y por ello se incentiva su comunicación a través del sistema mencionado, pero la OBA aprobada no impone obligaciones de comunicación de previsiones al no ser un requisito esencial. En cualquier caso, la introducción de la planificación resulta correlativa al agravamiento de las obligaciones de TESAU en materia de transparencia y no discriminación.

Además, TESAU recurre a un sofisma insostenible: asegura que la prueba de que no es cierto que los operadores hayan remitido su planificación hasta ahora es que se han opuesto a la modificación citada de la OBA.

Ciertamente los operadores se han manifestado en contra de algunas de las modificaciones aprobadas pero la inferencia hecha por TESAU carece de todo fundamento. Lo que parecen temer los operadores es la utilización manipuladora que puede hacer TESAU de los mecanismos aprobados, de la cual la intencionada tergiversación que lleva a cabo en su escrito es una muestra palpable.

TESAU llega a alegar que no disponía de ninguna información de planificación pero no era obligatoria, y sin embargo, cuando se trataba de la autoprestación de servicios mayoristas para la propia TESAU, no ha existido constancia alguna de comunicación interna de previsiones en TESAU, sin que ello haya supuesto obstáculo alguno para el gran desarrollo de TESAU.

TESAU aduce también que la planificación sólo es válida si se suministra con suficiente grado de detalle (distribución geográfica por central y temporal).

Sin embargo, TESAU nunca respondió a la información de previsiones que le remitían los operadores reclamando ese desglose que le parece crucial sólo ahora en el momento de tener que defender un largo periodo de probados incumplimientos de plazos. Eso demuestra que la cuestión de la planificación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es simplemente un pretexto, un instrumento para la argumentación de una difícil defensa cuando existe una relación de hechos probados que describe de forma tan clara lo sucedido; a saber, que se ha producido un incumplimiento de plazos en la provisión de servicios OBA.

Por último, TESAU critica las conclusiones del Informe de la Dirección de Internacional de esta Comisión sobre las obligaciones de planificación y los plazos de entrega. A estos efectos debe señalarse lo siguiente:

TESAU centra sus alegaciones en dos afirmaciones principales, a saber: (i) *“la planificación es generalizada en Europa” [...] “y esto es así porque la misma resulta esencial para cumplir razonablemente los plazos [de la OBA]”; y (ii) los plazos de ejecución de obra [en los países de nuestro entorno] son más amplios”.*

De modo preliminar destacamos que TESAU basa tales conclusiones en los datos recogidos en el propio Informe de la Dirección de Internacional de la misma Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (documento 40 del expediente administrativo). Es más, la operadora no cuestiona tales datos, salvo en el caso de Bélgica²⁹, y esto sin aportar ninguna referencia en que basar tal discrepancia.

a.- Sobre el carácter esencial y por tanto generalizado de la planificación en Europa.

TESAU discrepa de la conclusión del Informe mencionado³⁰, citando del mismo: “la **notificación** de previsiones de solicitudes no está tan generalizada”. Sin embargo dicha cita no es exacta. El informe (cuyo contenido más relevante se incluye también en el cuerpo de la presente resolución) señala exactamente *“dicha **obligación** [de notificación] no está tan generalizada”*. Como se verá a continuación la diferencia no es una cuestión baladí, ni mucho menos se trata de un simple matiz.

TESAU basa su argumento de generalización principalmente en una evaluación numérica, esto es, en la cantidad de OBAs europeas que recogen la planificación. Haciendo referencia al Informe contabiliza hasta trece OBAs europeas de las veinte analizadas en el mismo que prevén la planificación.

²⁹ Hemos de insistir de nuevo, como ya indicaba el extracto del Informe incluido en la propuesta de resolución, en que la OBA belga no impone una obligación de planificación, únicamente incluye la posibilidad de recabar previamente información sobre la disponibilidad (a modo de estudio de viabilidad) y esto en el caso del servicio de coubicación. Vid. Sección 3.2 del Anexo I de la OBA (“Coubicación – Procedimiento de solicitud”) pg. 9.

³⁰ Incluidas textualmente en la propuesta de resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para ello incluye indefectiblemente en una misma categoría tanto los países donde la notificación es obligatoria como aquéllos donde es voluntaria. Sin embargo, al contrario que el Informe, TESAU obvia el distinto alcance de la obligatoriedad según los casos (i.e. cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la obligatoriedad de planificación, si las hay). TESAU concluye que la alegada generalización (siempre numérica) es la consecuencia directa del carácter esencial de la planificación.

Sin embargo, la operadora deberá coincidir con la Comisión en que ese supuesto carácter esencial, que le otorgarían en su caso los reguladores europeos, para ser tal debería traducirse en una obligación firme, cuyo incumplimiento fuese susceptible de sanción. Este es el caso, por ejemplo, de la propia OBA (cuyo carácter esencial para permitir el acceso al bucle sí está manifiestamente demostrado).

Pues bien, remitiéndonos a los datos que obran en el mismo Informe (y que, recordemos, TESAU no cuestiona), constatamos de nuevo que existe “un total de nueve países identificados que prevén que haya **obligaciones** de previsión”. Además, “sólo [...] tres contemplan **sanciones** en caso de incumplimiento (y de estos, sólo dos establecen obligatoriamente la previsión)”, llegándose así a la circunstancia de que de veinte países analizados, en sólo dos se imponen sanciones por el incumplimiento de la obligación de previsión.

Por lo tanto, en cuanto a la supuesta generalidad numérica, a la vista de las cifras citadas de nuevo aquí, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no puede acoger la alegación de la presunta infractora de que a los operadores de nuestro entorno “*se les impone con carácter general la obligación [ahora sí] de comunicar su planificación*”.

De otro lado TESAU complementa su argumentación numérica mencionando de pasada (ya que no se aducen fuentes ni referencias), un argumento cualitativo: “*la planificación es generalizada en Europa y muy especialmente en aquellos países con mayor desagregación de bucle*”.

Debemos entender que la presunta infractora se refiere al caso de Francia³¹, porque en el caso del Reino Unido, donde también existe una obligación de planificación, son manifiestas las dificultades para el despegue del acceso al bucle desagregado, y ello a pesar de existir tanto una separación funcional del operador dominante como una unidad especial del regulador dedicada

³¹ Éxito de desagregación, que si bien prevé la notificación de una planificación previa de solicitudes de acceso en cambio no estipula un plazo máximo para la prestación del servicio de cubrición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exclusivamente al seguimiento de la desagregación³², no siendo el caso en ningún otro país. Es más, TESAU obvia el caso de Italia, que como también señala el Informe³³, es el segundo país en desagregación de bucle³⁴, donde la previsión es voluntaria.

De lo anterior se deduce, en consonancia con lo concluido en el Informe, la ausencia de nexo causal entre la existencia de obligaciones de planificación previa y el éxito del desarrollo del acceso al bucle. Asimismo, la casuística demuestra que no existe un modelo único de éxito en la combinación de parámetros de regulación del acceso al bucle. Así, al caso francés, con su obligación de planificación, se contrapone el caso italiano, donde no existe tal obligación de comunicar las peticiones de desagregación por adelantado, estando ambos reconocidos (especialmente por la Comisión Europea) como exitosos.

En suma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe rechazar las alegaciones de TESAU en lo tocante a la supuesta generalidad y esencialidad de la obligación de notificación previa por referencia a la regulación en nuestro entorno del acceso al bucle desagregado.

b.- Sobre los plazos de ejecución.

TESAU discrepa también en este punto de las conclusiones establecidas en la propuesta de resolución de esta Comisión, coincidentes con las recogidas en el Informe: *“En términos de comparación relativos, los plazos establecidos en la OBA española no difieren excesivamente de los plazos establecidos para las prestaciones equivalentes en otros estados miembros”*.

Critica especialmente TESAU el uso en esas conclusiones de conceptos (a su parecer) abstractos, tales como *“relativos”*, *“no difieren excesivamente”* o *“equivalentes”*, que para ella ponen de manifiesto una supuesta incongruencia entre las conclusiones del informe y los datos que éste contiene.

³² Extracto del Informe de la Dirección de Internacional (pg. 14): “Reino Unido fue uno de los primeros países en imponer a su operador histórico la obligación de acceso desagregado al bucle local (en noviembre de 1999), estando incluida dicha obligación en la licencia de operatividad del mismo, antes incluso de la existencia del Reglamento. Pues bien, a pesar de contar con un procedimiento de acceso totalmente desagregado al bucle con amplios plazos de notificación previa, la Comisión constata en su 11º informe de implementación que el nivel de desarrollo de este tipo de acceso en el Reino Unido es bajo. Y esto a pesar de que el regulador británico ha previsto la creación de un órgano específico dedicado al seguimiento del proceso de la desagregación del bucle”.

³³ Informe de Internacional (pg. 20).

³⁴ Comisión Europea, 11º Informe de Implementación, Anexo I, pg. 123.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El eje de su argumentación consiste en la comparación numérica entre los plazos aplicables en España al servicio de tendido de cable interno y aquéllos aplicables al mismo servicio en otros países de nuestro entorno³⁵.

TESAU parece querer ignorar los argumentos expuestos en el Informe que explican exactamente el uso de los “*conceptos abstractos*” objeto de crítica, y que la Comisión entiende disipan su posible “abstracción”³⁶.

Ante las alegaciones de la operadora, esta Comisión debe mencionar aquí de nuevo tal explicación, siquiera sucintamente, ya que el grueso de la argumentación se recoge en el cuerpo de la presente resolución, a la que se remite.

TESAU alude a la similitud entre los contenidos de los servicios de acceso en distintos países para justificar la comparación entre plazos a nivel europeo de un único servicio, extraído del conjunto de los que conforman el acceso al bucle local, resultando plazos más rigurosos en España.

En efecto, limitar la comparación a los plazos de un servicio específico no se corresponde ni con la realidad del contexto donde se presta tal servicio ni con la finalidad del mismo. Esta finalidad no es otra que facilitar el acceso al bucle local a otro operador que lo necesita para prestar un servicio a los usuarios, en competencia con la presunta infractora. Tampoco lo justifica la comparación de la suma lineal de tales plazos, planteada por la operadora en su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2005.

Las limitaciones que invalidan la comparación reduccionista propuesta por TESAU se hacen patentes cuando se considera (i) que un operador solicitante de acceso no sólo requiere el servicio de tendido de cable interno, sino que necesita la prestación de una serie completa de servicios; y (ii) que estos varían en cada petición en función de, por ejemplo, cómo esté de avanzada la desagregación en una central específica, de su propia estructura de red, etc.

Así, a pesar de la estandarización técnica de cada uno de los servicios en cuestión, la complejidad de los diversos contextos en los que se da el acceso al bucle de abonado en cada uno de los estados miembros produce variaciones entre las ofertas de referencia aplicables en los mismos. En este sentido, tal y como señala el Informe, “*la regulación (o no) de una multiplicidad de plazos máximos para la planificación previa; los estudios de viabilidad; la entrega*

³⁵ Hay que señalar que las alegaciones no contienen ninguna referencia a la fuente documental sobre la que se basan tales plazos.

³⁶ Y ello a pesar de que la Instructora incluyó con literalidad y amplitud en la propuesta de resolución los extractos relevantes a este respecto del citado Informe



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*efectiva del servicio, etc. aumenta sustancialmente los parámetros de comparación*³⁷.

La Comisión entiende que el Informe emplea exactamente la expresión “*términos de comparación relativos*” en el sentido de lo que se acaba de describir, esto es, que la comparación más ajustada a la realidad es la que contempla el contexto y el elevado número de factores variables que concurren en cada OBA. De ahí que las prestaciones objeto de comparación sean en realidad “equivalentes” y no idénticas (a pesar de su estandarización técnica), como concluye el Informe.

No obstante la constatada limitación de la comparativa propuesta por TESAU, la Comisión no quisiera dejar de realizar algunas puntualizaciones sobre el contenido específico de esa comparativa.

En primer lugar, se constata que tampoco en esta alegación cuestiona TESAU los datos aportados por el Informe. Antes al contrario, aparentemente los considera especialmente sólidos³⁸. Sin embargo, TESAU menciona paradójicamente plazos específicos en su comparación que son contradictorios con los expresados en el Informe, si bien no identifica las fuentes de sus propios datos.

También es necesario recordar aquí que la propuesta de resolución ya rebatía con suficiente detalle una serie de plazos específicos de otras OBAs de nuestro entorno aducidos por TESAU en sus alegaciones a la apertura del presente procedimiento sancionador. Al mismo tiempo señalaba una serie de servicios en los que los plazos de la OBA española eran iguales o mayores que los de otras OBAs europeas, así como plazos de éstas que eran más reducidos que los recogidos en la OBA española. Para mayor detalle se remite a dichas puntualizaciones.

Por estas razones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones coincide con el Informe en que los plazos establecidos en la OBA española no difieren excesivamente de los plazos establecidos para prestaciones equivalentes en otros estados miembros.

³⁷ En este sentido, el Informe constata como algunas OBAs “no señala[n] de forma desagregada los plazos máximos a los que está sujeta la prestación de servicios de acceso para los tendidos de cable o la entrega de señal como tales” mientras que otras “no especifica[n] un plazo concreto para la prestación del servicio de coubicación, y lo deja[n] a la libre negociación entre las partes” (p. 25).

³⁸ Este es el sentido que parece deducirse de la calificación que hace TESAU de los datos del Informe como “*tozudos*” (vid. Escrito de alegaciones, p. 47).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, TESAU sostiene que los plazos de la OBA resultaban de imposible cumplimiento, y especialmente debido al excesivo volumen de demanda, pero los hechos probados demuestran que lo que le resulta a TESAU posible o imposible cumplir se debe a la movilización o no de los recursos necesarios, y ello conforme a decisiones organizativas de TESAU estrictamente internas. TESAU incumplió de forma generalizada los plazos establecidos hasta que decidió dedicar a la OBA los recursos necesarios, precisamente cuando la CMT empezó a estudiar los escritos de los operadores en los que los operadores planteaban conflictos y solicitaban la incoación de un procedimiento sancionador contra TESAU. En ese momento, ante la perspectiva de la adopción de medidas por parte de la CMT y a pesar de que se estaban alcanzando los niveles de demanda más destacados, TESAU sí se mostró capaz de cumplir los plazos que alega reiteradamente que son de imposible cumplimiento.

3.- Supuesta prioridad de los servicios de la OBA sobre las necesidades de TESAU.

TESAU asegura en su escrito de alegaciones que no ha dado prioridad a sus propias necesidades y que en la propuesta existe un error mayúsculo al identificar el volumen de altas netas en el último trimestre (donde por error en la página 58 se decía 33.231 altas en lugar del dato correcto de 332.311, visible en la página 56) con una demanda equivalente a 3.323 TCI.

A este respecto debe señalarse que TESAU aprovecha un minúsculo error tipográfico para pretender desconocer el dato correcto de 332.000 altas netas, equivalente al menos a 3.323 TCI, que disfrutó como operadora, sin retrasos ni incidencias reseñables, en el último trimestre de 2004, y que es innegable que fue precedido durante todo el año por la realización de un volumen ingente de trabajos en centrales para la instalación de las infraestructuras y equipos soporte para hacer posible ese nivel de actividad en sus servicios de banda ancha. Es elocuente el olvido de TESAU de su volumen de actividad, que formula alegaciones como si la demanda de servicios OBA fuera la única o la más importante a que debe hacer frente, cuando, muy al contrario, se trata de una demanda modesta para una empresa de la dimensión de TESAU. **Cuando afecta a su interés, es capaz de entregar servicios de banda ancha del orden de cientos de miles cada trimestre y ello en miles de ubicaciones dispersas por todo el territorio.**

TESAU llega a afirmar lo siguiente: *“Es evidente que las actividades OBA que TESAU ha venido consumiendo para sus propios clientes durante 2004 y 2005 han sido principalmente prolongaciones de bucle.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU³⁹ no lleva a cabo solamente prolongaciones de bucle para sus servicios (aunque las ejecuta en número impresionante, como ya se ha señalado), sino que son igualmente relevantes otras tareas, especialmente en relación con la diferencia de trato dada a sus servicios a diferencia de los servicios de la OBA. En primer lugar, **TESAU ha instalado la tecnología ADSL2+ en miles de ubicaciones durante el periodo de referencia, lo que implica una actividad equivalente a los servicios de la OBA** (coubicación, tendido de cable y entrega de señal) **de una escala inmensa. También ha adaptado su red en cientos de ubicaciones para la prestación de los servicios audiovisuales sobre par de cobre denominados Imagenio, erigiéndose prácticamente en líder mundial del despliegue de estas soluciones técnicas tremendamente complejas y novedosas.** Es decir, TESAÚ, cuando sí decide movilizar los recursos necesarios es capaz de acometer despliegues muy significativos y de mucha mayor entidad por su complejidad y su volumen que el requerido por los operadores que solicitan servicios de la OBA.

La cuestión radica en que se trata simplemente de dedicar los recursos necesarios para atender la demanda en lugar de condenarla a múltiples retrasos por la desidia en la movilización de recursos, especialmente al no tratarse en el caso de servicios OBA de servicios tan complejos como los necesarios para Imagenio.

TESAU considera que afirmar que ha priorizado sus necesidades en detrimento de las de los operadores es *“voluntarista y no se apoya en ninguna prueba.”*

No obstante, el exitoso despliegue de las tecnologías más complejas y avanzadas que necesita el servicio Imagenio es un hecho indiscutible, y lo que ha quedado acreditado es que los retrasos, las dificultades, los impedimentos no han afectado al despliegue de ADSL2+ o a Imagenio, que era la apuesta estratégica de TESAÚ, pero sí a los servicios OBA, en cuya entrega oportuna claramente TESAÚ ha mostrado poco o nulo interés.

4.- Otras circunstancias.

Por último TESAÚ alega que existen otras circunstancias que demuestran su falta de culpabilidad. Así, estima que ha sido proactiva en la prestación de los

³⁹ Así, TESAÚ, de acuerdo con sus propios datos trimestrales tiene 304.353 clientes de Imagenio a 30 de septiembre de 2006 y es la segunda operadora mundial sólo por detrás de PCCW de Honk kong (Fuente: presentación en foro IPTV).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios OBA, realizando un esfuerzo más allá de lo razonablemente exigible, adoptando planes de contingencia y aumentando el número de contratas.

A ello debe contraponerse que las alegaciones de TESAU se refieren a asuntos sólo tangencialmente relacionados con los hechos probados. Dicha relación de hechos probados detalla una extensa lista de incumplimientos de plazos de entrega, perfectamente identificables, que se refieren a solicitudes muy concretas con sus fechas de recepción y la ubicación a la que se refieren. TESAU se limita a extenderse en disgresiones sobre la importancia de la planificación en términos generales, sin aportar ninguna circunstancia específica, acerca de las solicitudes que según los propios datos de TESAU se entregaron con retraso incumpliendo los plazos. Si TESAU considera que ha realizado un gran esfuerzo, sólo cabe concluir que resultó tremendamente insuficiente a la hora de atender las solicitudes de servicios OBA.

Por lo demás, la línea argumental de TESAU sobre su proactividad e ímprobo esfuerzo se ve taxativamente rebatida por los flagrantes incumplimientos relacionados dentro del conjunto de los hechos probados. TESAU no aporta explicación alguna, de las razones para hacer caso omiso de las decisiones de esta Comisión en relación con los repartidores pendientes de ampliación. TESAU era doblemente conocedora de que no le estaba permitida la denegación de solicitudes por esa circunstancia: primeramente porque no se encontraba recogida en la OBA, y adicionalmente porque esta Comisión la había rechazado de forma totalmente explícita mediante resolución.

En relación a la calificación de su conducta como dolosa, TESAU, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución señala que a *“lo largo de este escrito y de la prueba practicada ha quedado acreditado que todas las premisas utilizadas en la propuesta para imputar la conducta de forma dolosa son simple y llanamente inexactas”*

Se hace necesario desestimar la argumentación de TESAU consistente en considerar que esta Comisión ha basado los hechos sancionables en premisas inexactas, ya que constan como probados en el presente expediente los actos concretos que han provocado la conducta tipificada. Además, dichas infracciones se han ido prologando de manera continuada en el tiempo, agravando así su conducta ya que TESAU, persistió en su actuación, aún conociendo que ello suponía el incumplimiento de las resoluciones OBA, constituyendo una conducta dolosa.

A tales efectos es preciso poner de manifiesto que la citada conducta ha sido ampliamente definida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distinguiendo, según i) las formas en que inciden en los hechos el conocimiento de la antijuricidad de los mismos y ii) la voluntariedad en su realización, entre: dolo directo, eventual y culpa consciente. Tal y como establece la citada jurisprudencia⁴⁰ *“a diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa”*.

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, quién conoce suficientemente el resultado que puede provocar su actuación, y aún así persiste en la misma, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado.

En base a lo expuesto a lo largo de la presente Resolución no cabe duda de que la conducta de TESAU supone una actuación culpable en su modalidad de dolo directo. Esto es, **TESAU ha llevado a cabo la conducta objeto de la infracción de forma consciente y voluntaria concurriendo indicios de que perseguía el incumplimiento, ya que, pudiendo haber cumplido el contenido de las Resoluciones de esta Comisión en materia de acceso al bucle de abonado no lo hizo, asumiendo las consecuencias inevitables de dicho incumplimiento.**

Además, en el presente procedimiento sancionador, lo que se sanciona es una infracción continuada por parte de TESAU, infracción que lleva implícita una actuación dolosa. En efecto, la *“infracción continuada se define en términos sustancialmente idénticos a los contenidos en el artículo 74.1 del Código Penal: ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, hallándose implícito el elemento fundamental de esta clase de infracción que es el denominado “dolo unitario”, pues la intención del autor es única, en cuanto se propone conseguir un propósito igualmente único”*.⁴¹

Asimismo, TESAU manifiesta en sus alegaciones que *“la acusación de voluntariedad no llega ni tan siquiera a la calificación de indicio”*.

En atención a lo anterior, **si bien es cierto que no se puede acreditar directamente la voluntariedad de TESAU en las actuaciones objeto de infracción en el presente procedimiento (circunstancia que sólo resultaría en caso de reconocimiento explícito del dolo por parte de TESAU), sí**

⁴⁰ Por todas la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 31 de julio de 2001.

⁴¹ Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real número 59/2001, de 7 de septiembre.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existen indicios suficientes, en base a los hechos probados, que conducen al convencimiento de esta Comisión de considerar dicha voluntariedad. La prueba indiciaria ha sido tratada por la jurisprudencia en innumerables ocasiones estableciéndose los requisitos necesarios para poder ser apreciada. Así, cabe destacar, entre otras, las SSTs de 18 y 24 de enero de 1991 (RJ 1991,152 y RJ 1991, 282) que fijaban la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia:

Sobre ella precisar que la jurisprudencia constitucional y la sala 2ª del TS han perfilado los requisitos necesarios para que la prueba indiciaria pueda ser apreciada como tal y que pueden resumirse en los siguientes extremos:

1º Que el hecho base no sea único, pues uno solo podría inducir a error.

2º Que estos hechos estén directamente acreditados.

3º Que la inferencia no quebrante las reglas de la lógica, de otra disciplina o de la experiencia general”.

Así, y sobre la base de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para observar la voluntariedad de TESAU, **debemos poner de manifiesto que la presente Resolución acredita como hechos probados que TESAU ha incumplido de manera continuada y generalizada los servicios, procedimientos y condiciones incluidos en la OBA durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005, incumplimientos que han afectado a una pluralidad de operadores y centrales en relación con la práctica totalidad de los servicios OBA y prolongándose en el tiempo los retrasos de los diversos servicios en una proporción significativa.**

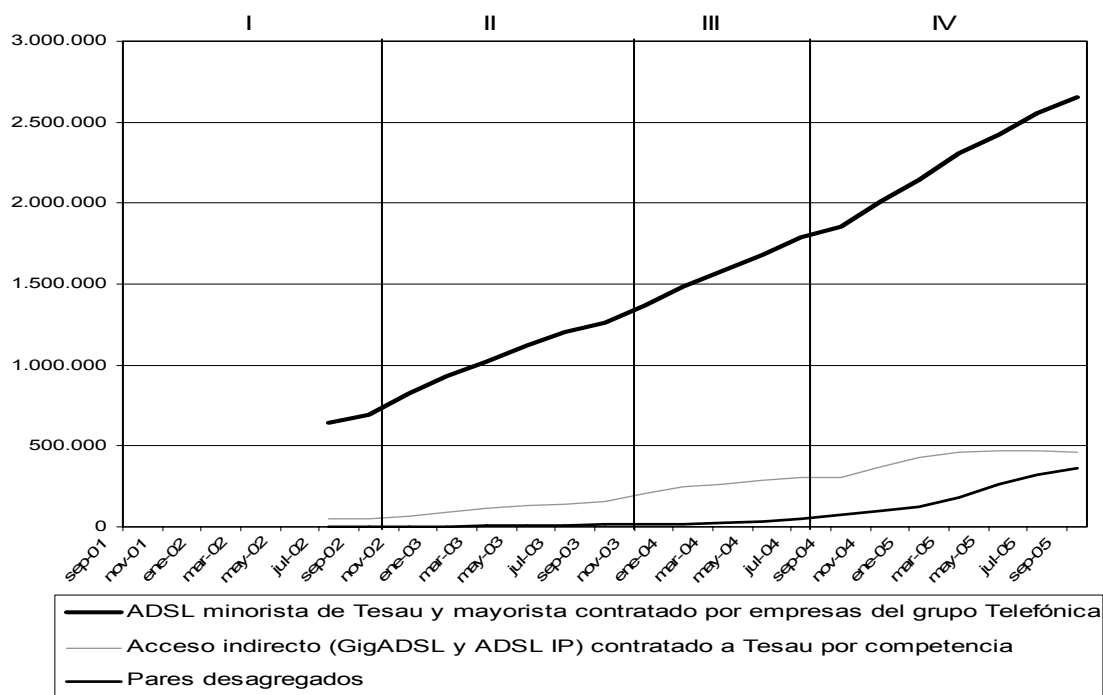
De hecho, como ya se ha hecho referencia en la presente resolución, TESAU consciente del alto grado de incumplimiento de sus obligaciones con multitud de operadores, pretendió que le fuera declarada una situación de contingencia (DT2005/511).

Además, en la misma resolución DT 2005/511, ya se pone de manifiesto la existencia de indicios sobre la voluntariedad de TESAU en el incumplimiento de los servicios OBA a terceros operadores, por la diferencia que existía con respecto a los servicios OBA prestados a empresas de su propio Grupo. Así, en la referida resolución se establece lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“En cuanto a la imposibilidad de dotar de recursos suficientes que sean capaces de proveer los servicios, hay que preguntarse si esta situación afecta únicamente a los servicios mayoristas de acceso desagregado para los competidores o si la propia Tesau sufre estos mismos problemas en los servicios que se presta a sí misma o a empresas dentro del Grupo Telefónica. En el siguiente gráfico se pone de manifiesto la enorme diferencia evidenciada entre los operadores de la competencia y las empresas del Grupo Telefónica. Sobre todo son destacables las diferencias en cuanto al crecimiento del número de líneas ADSL del Grupo Telefónica respecto a las de la competencia o los bucles desagregados. Es obvio que no es trivial identificar los trabajos internos que se presta Tesau a sí misma (líneas ADSL, Imagenio, etc.) con los que dedica a la competencia, y habría que estudiar la forma en que se distribuyen los recursos en ambos casos para distinguir cualquier tipo de discriminación”.



En resumen, concurren todos los elementos para concluir que la conducta infractora de TESAU es plenamente culpable. Queda claro por tanto, que puesto que la infracción administrativa por parte de TESAU ha consistido en el incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002, así como por el incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 (es decir, incumplimiento de una norma por inobservancia de una obligación o trasgresión de una prohibición) a lo largo de un período de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tiempo y, a la vista de los indicios existentes, de manera dolosa, cabe concluir que TESAU es responsable directa de la infracción que se ha calificado como constitutiva de infracción muy grave.

B. Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998 (RJCA 1998\3874), que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“... El elemento de la culpabilidad... presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor, lo que no resulta de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto ninguna causa eximente de responsabilidad.

SEXTO. Calificación de la infracción como continuada

Tal y como dispone el artículo 4.6 del Reglamento de Procedimiento Sancionador “*será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La interpretación de las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada la ha realizado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004, con el siguiente tenor literal (RJ 2005/5402):

“Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

*“a) **La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable**, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.*

*b) **La actuación del responsable con dolo unitario**, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o **con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.***

*Y c) **La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.***”

En relación con esta última condición, el Tribunal Supremo señaló en dicha Sentencia que la acción continuada se produce cuando se fragmenta la realización por los empleados de la sociedad sancionada en una pluralidad de actos conducentes a evitar el cumplimiento de las normas aplicables (y que en el caso de autos se refería a la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de esta Comisión, en materia de preselección).

La consecuencia jurídica de la existencia de una infracción continuada es la posibilidad de la apreciación de la sanción en su mitad superior o incluso en la mitad inferior de la pena superior en su caso, como dispone el artículo 74 del actual Código Penal⁴². La aplicación de este principio al ámbito del Derecho Administrativo sancionador ha sido plenamente confirmada por la

⁴² “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurisprudencia. A título de ejemplo, nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo de 1997 (RJ 1997/2177):

*“(…) Efectivamente dado el carácter de potestad sancionadora, ésta debe regirse por aquellos principios penales que por ausencia de normativa concreta en la materia son de aplicación a las sanciones administrativas, por lo que **debe aplicarse el artículo 69 bis del Código Penal, que determina la forma de penar aquellos actos ejecutados dentro de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones que ofendan a uno o varios sujetos e impugnan el mismo precepto y de la misma forma, se sancionará tal actuar como delito continuado, y en la pena señalada en cualquier de sus grados por la infracción más grave, que podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior.**”⁴³,*

Aplicando los criterios a las circunstancias del presente caso, se concluye que concurre una infracción continuada en relación con la conducta seguida por TESAU.

- En primer lugar, existe pluralidad de actos que en el presente caso se concretan en una serie de omisiones por parte de TESAU a la vista de los incumplimientos en la prestación de servicios OBA. Como se ha señalado en los hechos probados, tales incumplimientos se manifiestan en el rechazo a la firma de contratos tipo con los operadores para la prestación de servicios OBA, así como en los numerosos incumplimientos de plazos a los que TESAU está sujeta en relación con dichos servicios, todo ello en un periodo de tiempo determinado que abarca más de un año.
- En segundo lugar, se da una actuación por parte de TESAU con dolo unitario o, al menos, con dolo continuado. Tal y como se ha indicado en relación con el carácter inexcusable de la conducta, existen indicios de una actitud dolosa en cuanto a la comisión de la infracción. TESAU ha venido realizando la infracción de manera continuada, teniendo en cuenta que los incumplimientos afectan a varios operadores simultáneamente, han quedado acreditados y son injustificados y abarcan desde al menos enero de 2004 hasta abril de 2005, aunque se han producido incumplimientos en fechas anteriores y posteriores a dicho periodo.

De hecho, consciente del alto grado de incumplimiento de sus obligaciones con multitud de operadores, TESAU pretendió que le fuera declarada una situación de contingencia, si bien esta Comisión estimó

⁴³ El artículo 74 corresponde con el artículo 69 a que se refiere la Sentencia reproducida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que no quedaba acreditada. Los incumplimientos de TESAU contrastan con su propia expansión.

- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, que es el artículo 53.r de la LGTel en relación con las Resoluciones de esta Comisión de fechas 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004, por las que se insta y se aprueba la modificación de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. Esta norma tiene su origen en el Reglamento CE 2887/2000, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, cuyos objetivos fundamentales son el de *“aumentar la competencia y fomentar la innovación tecnológica en el mercado de acceso desagregado al bucle local, para que el suministro de una extensa gama de servicios de comunicación electrónica se lleve a cabo en condiciones competitivas”*⁴⁴.

En el presente caso, ha habido una pluralidad de omisiones de cumplimiento de las obligaciones OBA impuestas a TESAU fragmentadas a lo largo de más de un año y sin justificación para ello, como ha quedado acreditado en los hechos probados.

En definitiva, dentro de los límites para sancionar la conducta de TESAU, se concluye que cabe imponerle a TESAU la pena en su mitad superior. Teniendo en cuenta que la sanción que se puede imponer a la infracción de TESAU es la máxima prevista legalmente, y las dudas que en última instancia pueden plantearse acerca de la aplicación de la regla del art. 74 del Código Penal al derecho administrativo sancionador, no cabe aplicar el principio de la mitad inferior de la pena superior que pudiera corresponderle.

SÉPTIMO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

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

Así en el artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta, lo siguiente:

⁴⁴ Asimismo, el Considerando catorce también se refiere a los objetivos perseguidos por la legislación sobre el acceso desagregado al bucle local con el siguiente tenor literal: *“lograr un marco armonizado para el acceso desagregado al bucle local que posibilite el suministro competitivo de una infraestructura de comunicaciones a bajo precio de la mayor calidad mundial y de una amplia gama de servicios para todas las empresas y ciudadanos de la Comunidad”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) *“ La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) *La repercusión social de las infracciones.*
- c) *El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) *El daño causado.”*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

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

1. Circunstancias agravantes.

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, se procede a analizar si concurren en el presente caso alguna causa de agravación de la responsabilidad.

a. Intencionalidad

Para apreciar que existe intencionalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, nos referimos a una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 2005/5402), que señala como requisito *“que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, y que, en este supuesto, no se ha acreditado que se haya producido de modo irracional o arbitrariamente.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que se refiere al incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión, la jurisprudencia ha confirmado que puede existir agravante de intencionalidad cuando quede demostrado que el sujeto infractor mantiene una **conducta clara, persistente y contumaz** en relación con la infracción cometida.

Así, existen varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional confirmándolo en relación con el incumplimiento por parte de TESAU de Resoluciones anteriores de esta Comisión⁴⁵. Por su paralelismo con los hechos enjuiciados en el presente procedimiento, nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005. En la misma se aprecia la intencionalidad de TESAU consistente en el incumplimiento de dos Resoluciones de esta Comisión sobre la misma materia, la OIR -equivalente a la OBA en nuestro caso- y una Resolución adoptando medidas cautelares en un conflicto de interconexión-que en este caso serían las Resoluciones sobre los conflictos de acceso, que se interponen como consecuencia del incumplimiento de la OBA.

El criterio que también tuvo en cuenta dicho Tribunal a la hora de apreciar la intencionalidad en la comisión de la infracción por TESAU fue el de considerar que la entidad de la sociedad sancionada no podía ignorar que su conducta no era ajustada a Derecho, *“ya que disponía, en razón de la entidad de la Corporación sancionada, de los conocimientos jurídicos y económicos para conocer la ilegalidad de la infracción”*.

En el presente caso concurre intencionalidad por cuanto que:

- **TESAU ha reconocido expresamente los incumplimientos en que ha incurrido.** TESAU, en su escrito de alegaciones, se ha escudado en una alegada “falta de culpabilidad” para señalar que no es posible cumplir los plazos de la OBA y que por tal motivo no puede ser sancionada. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente en cuanto a la culpabilidad de la conducta, no es posible acoger esta interpretación de los hechos. Por ello, TESAU es plenamente responsable de los incumplimientos y como tal debe responder.
- **TESAU ha venido incumpliendo de manera reiterada la prestación de servicios OBA y cabe hablar de una conducta clara, persistente y contumaz en el tiempo que infringe las Resoluciones de esta Comisión.** La Resolución de 29 de abril de 2002 que modificó la OBA ha venido siendo infringida en multitud de ocasiones. Prueba de ello es que el primer conflicto resuelto en el contexto del presente expediente tuviera su finalización mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de

⁴⁵ Ver Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 (FJ 11) de 17 de junio de 2005 (FJ 9).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2003 (expediente DT 2003/1534), sin perjuicio de lo cual la conducta infractora ha venido repitiéndose en el tiempo.

Estos incumplimientos contrastan con el despliegue de la red y de los servicios de banda ancha por TESAU en relación con ella misma, como se ha indicado en el Fundamento de Derecho quinto en cuanto a la culpabilidad.

Como prueba de ello, nos referimos a las múltiples Resoluciones posteriores (un total de once en el contexto del presente expediente) en relación con el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios OBA dictadas a lo largo de 2004 y 2005. Resulta muy significativo que al menos en dos conflictos de acceso objeto del presente expediente se haya solicitado el cumplimiento efectivo de la Resolución mediante la interposición de dos nuevos conflictos⁴⁶. Además, cabe recordar que los incumplimientos de los plazos en la provisión de servicios eran tales que tuvieron que imponerse medidas coercitivas, tal y como recogen varias Resoluciones relacionadas con el presente expediente⁴⁷.

TESAU durante los últimos años ha obstruido continuamente en el tiempo la prestación de servicios OBA en multitud de ocasiones⁴⁸. La prueba más clara de ello es el **alto número de conflictos que los operadores han tenido que presentar** para que se declarara el incumplimiento de TESAU en la prestación de servicios OBA. Como se ha indicado anteriormente, esta materia suscita un alto grado de conflictividad entre TESAU y los operadores alternativos (existe un total de 55 conflictos de acceso al bucle de abonado planteados ante esta Comisión), lo que muestra el poco interés de TESAU por el cumplimiento de las obligaciones de acceso al bucle y forzando la intervención del órgano regulador para garantizar dicho cumplimiento⁴⁹. Tal y como se acredita en la tabla que se acompaña al presente escrito, ha quedado demostrado que durante el periodo comprendido entre finales de 2003 hasta el 2005 han existido constantes

⁴⁶ RO 2006/132 y RO 2005/1638.

⁴⁷ Resolución de 14 de julio de 2005 (DT 2005/628), Resolución de 9/06/2005 (DT 2005/259).

⁴⁸ Asimismo, en un primer momento TESAU dilató la firma de contratos para la provisión de servicios OBA con al menos dos operadores (DTI2 e Ibercom).

⁴⁹ Esta interpretación está consolidada jurisprudencialmente. Nos remitimos al tenor literal de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 7 de julio de 200 (RJCA 2000/2290), que señala que *“para apreciar la culpabilidad o no del infractor, no debe atenderse a los hechos posteriores al hecho infractor que si bien sirven para valorar elementos como la falta de reincidencia, la intencionalidad u otros factores que pueden graduar la sanción, no eximen de la existencia de culpabilidad”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimientos por parte de TESAU en multitud de centrales, en uno o varios servicios solicitados por uno o varios operadores.

- **TESAU forma parte del grupo Telefónica, el cual estaba en situación de contar con los recursos económicos y jurídicos para conocer la ilegalidad de su comportamiento y de las consecuencias dañosas para la competencia que del mismo podían derivarse.** Tal y como señala su informe anual para el año 2005 del grupo Telefónica, se sitúa en el cuarto puesto a nivel mundial como grupo de telecomunicaciones en número de clientes, y cuenta con una plantilla de 207.000 empleados⁵⁰, lo que es significativo acerca de la importancia del grupo. Estas cifras son suficientemente significativas de la importancia de la entidad infractora de modo que pudiese conocer y valorar la existencia de sus incumplimientos.

b. Importancia del daño causado

En relación con esta agravante, resulta esencial, en relación con la cuantificación de la sanción, apreciar si debe agravarse la sanción valorando los daños que haya producido la conducta de TESAU en relación con la competencia en el mercado.

Con carácter preliminar, conviene señalar que la jurisprudencia ha confirmado en precedentes casos de recursos contra resoluciones sancionadoras impuestas por esta Comisión que dicha agravante es plenamente aplicable⁵¹.

En su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2005, TESAU alega que no se han producido consecuencias perjudiciales para los operadores o para la competencia, resultante de su actuación. En particular, TESAU hace referencia al carácter puntual y excepcional de los incumplimientos, que, según ella, tienen escasa relevancia porcentual en relación con el total de solicitudes finalizadas. De ello resulta que no se ha obstaculizado la entrada de nuevos operadores o incidido en la estrategia comercial de los mismos. Según TESAU, la OBA ya determina unas consecuencias en forma de cláusula penal e indemnización por daños y perjuicios que los operadores podrían exigir a TESAU en el supuesto de concurrir los presupuestos objetivos y subjetivos, constatando que no se ha iniciado acción alguna contra ella hasta la fecha de

⁵⁰ Ver página 16 del informe anual 2005.

⁵¹ Resolución de 23 de julio de 2002 (AJ 2002/5952), confirmado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 29 de junio de 2004 (ver FJ 12), Resolución de 24 de octubre de 2002 (AJ 2002/6623), confirmado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24 de octubre de 2005, la Resolución de 2 de marzo de 2000, firme al haberse desestimado con fecha 30 de noviembre de 2004-el recurso de casación interpuesto por TESAU ante el Tribunal Supremo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su escrito. TESAU se refiere al Acta de Inspección de 21 de julio de 2005 que adjunta a su escrito, que confirmó que los operadores en general tienen infrautilizada la infraestructura instalada por TESAU, que por tanto debería ser suficiente para dar servicio a cualquier aumento de clientela futura sin problemas. Además, TESAU reitera la referencia a Jazztel y a su comportamiento respecto al volumen de solicitudes realizadas, muchas de las cuales se concentran en periodos temporales muy concretos.

- ***Relevancia del acceso al bucle en el fomento de la competencia en banda ancha***

Ya se ha explicado anteriormente la importancia que tiene el acceso al bucle de abonado de TESAU como operador histórico (ver sección II- contexto jurídico-material). Basta recordar, tal y como señala el informe elaborado por la Dirección de Análisis Económico y Mercados en relación con el presente expediente (Documento 35) que *“el acceso al bucle tiene un carácter fundamental para la competencia en los mercados de banda ancha dada la importancia del despliegue de tecnologías xDSL sobre las redes existentes de pares de cobre metálico”*. El Informe *“EU Information Society Development 2005-2006”* pone de manifiesto la relación entre el acceso al bucle desagregado por los operadores alternativos y el nivel de competencia en la prestación de servicios de banda ancha. Así, según dicho informe, los países con un mayor crecimiento en los niveles de penetración de banda ancha son aquellos que exhiben una mayor competencia en los niveles minoristas. En este sentido, resalta la importancia que en 2005 ha tenido el bucle desagregado en la prestación, por parte de los operadores alternativos, de las líneas de banda ancha.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, queda claro que *“las obligaciones que pesan sobre TESAU en el marco del acceso al bucle del abonado deben entenderse como un elemento esencial para la competencia en los servicios de banda ancha y sus conexos”*. Esta competencia, continúa diciendo el informe, se produce en relación con los precios (nominales y medios en relación la velocidad media de descarga) al ser menores los costes a nivel mayorista-los precios del servicio GigADSL son mucho más elevados que los del acceso al bucle desagregado. Asimismo, la competencia también tiene lugar en función de los servicios que los operadores competidores de TESAU puedan ofrecer.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, TESAU señala que lo afirmado en la citada propuesta relativo a que TESAU ha incumplido la generalidad de la OBA, los operadores no han podido desplegar los bucles, no han podido lanzar nuevos productos, y, que, en paralelo, TESAU al no tener competencia, no ha bajado los precios minoristas, *“no deja de ser (un esquema) teórico porque no existe en todo el expediente administrativo dato alguno ni prueba practicada que permita sostener semejante afirmación”*.

Ahora bien, lo cierto es que la actuación de TESAU, mediante el incumplimiento generalizado de la OBA, ha supuesto un debilitamiento de los operadores alternativos. Este debilitamiento ha implicado, sin género de duda y como se demostrará a continuación, una reducción en la presión competitiva para ese operador que le ha permitido mantener precios más elevados en el mercado español, reservarse la provisión de determinados servicios más avanzados y mantener su cuota de mercado, a pesar de los precios proporcionalmente más altos que ofrecía TESAU en el mercado.

Por otra parte, es importante resaltar que **el esquema descrito en el Informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados no es un modelo teórico, tal como pretende TESAU, sino más bien al contrario**. Así, por ejemplo, las autoridades europeas han adoptado, en los casos de abuso de posición de dominio, un enfoque similar. En el caso Hoffmann-La Roche, el Tribunal de Justicia Europeo estableció que los abusos de posición de dominio pueden afectar a los consumidores finales no sólo directamente sino también de forma indirecta a través de conductas que debiliten la estructura competitiva en el mercado⁵². Por tanto, existe un vínculo directo reconocido por jurisprudencia consolidada entre el debilitamiento de los competidores y el nivel de competencia y, por tanto, el bienestar del consumidor.

⁵² Caso C 85/76 [1979] ECR 461, Párrafo 125 (Article 82 of the Treaty “covers not only abuse which may directly prejudice consumers but also abuse which indirectly prejudices them by impairing the effective competitive structure as envisaged by Article 3 (f) of the Treaty”).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Siguiendo con el razonamiento anterior, en la medida que el acceso al bucle del abonado sea una variable competitiva de gran importancia para los operadores alternativos, la limitación en el acceso al mismo supondrá para los mismos un perjuicio que debilitará su posición de cara a competir con el operador tradicional. En este sentido, parece que la propia TESAU *“coincide en reconocer la importancia del acceso al bucle de abonado para desarrollar la competencia en el mercado, razón por la cual se le han impuesto una serie de obligaciones que aseguran dicho acceso”*.

En realidad, la importancia del acceso al bucle de abonado de forma efectiva para los operadores alternativos no sólo la reconoce TESAU sino que esta Comisión ha establecido esta vinculación reconociendo la especial situación en que se encontraba TESAU con respecto a los alternativos en el nivel mayorista (por todas, ver la citada Resolución de 2 de febrero de 2006⁵³):

“ (...) la especial responsabilidad de suministrar los servicios de acceso al bucle, y no solamente los recogidos en la oferta de referencia. La OBA incluye las condiciones de prestación de los servicios y TESAU no puede degradarla a mera referencia indicativa, sino que debe ponerla en práctica sobre la base de su carácter vinculante, suministrando en tiempo y forma los servicios solicitados por los operadores interesados. En efecto, no puede admitirse que pretenda ser TESAU quien marque el ritmo de avance de los despliegues sus competidores; no es ése su papel y, precisamente porque compite con el resto de los operadores en el mercado minorista, debe ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores.”

Así, **TESAU, como proveedor de los servicios mayoristas, tiene la capacidad de determinar el nivel de competencia que afronta en el nivel minorista en función de la prestación o no de dichos servicios mayoristas.** Por este motivo, y como bien dice TESAU, las condiciones en que debe producirse dicha prestación se encuentran reguladas ex ante. Ahora bien, **el incumplimiento generalizado que ha quedado probado en el marco del presente procedimiento ha impuesto a los operadores alternativos**

⁵³ Resolución sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de colocación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado (OBA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

restricciones en su capacidad de competir, perjudicando en último término a los usuarios.

De nuevo, de forma ilustrativa y con el fin de demostrar que el razonamiento anterior no es teórico, como dice TESAU, sino ampliamente utilizado por diferentes autoridades, se citará el caso Microsoft⁵⁴ analizado por la Comisión Europea. En el párrafo 589 se estableció que la negativa de suministro por parte de Microsoft imponía a sus competidores en una fuerte desventaja competitiva hasta el punto de existir un riesgo de eliminar a la competencia⁵⁵.

Por tanto, el supuesto esquema teórico que, de acuerdo con TESAU, adopta esta Comisión está ampliamente aceptado por la jurisprudencia europea y ha sido utilizado por diferentes autoridades y, en particular, la Comisión Europea. Así, se ha constatado la importancia del acceso desagregado al bucle de forma efectiva y en los términos regulados para que los operadores alternativos puedan competir de forma justa y en igualdad de condiciones con el operador tradicional. También se ha probado que se ha producido un incumplimiento generalizado de las condiciones de prestación impuestas en el marco de la OBA lo que ha supuesto cargas injustificadas a los operadores alternativos, imponiéndoles una desventaja competitiva. Y, finalmente, este debilitamiento de la estructura competitiva supone un daño a los usuarios finales.

Pero es que, no solo el enfoque anterior es el utilizado, como bien conoce TESAU, por diferentes autoridades sino que los datos de mercado corroboran los efectos puestos de manifiesto anteriormente, como se comprobará a continuación.

- ***Impacto competitivo de la conducta de TESAU***

Los incumplimientos de TESAU han causado un doble perjuicio para la competencia y repercuten en última instancia en la oferta de servicios de banda ancha a los usuarios finales. Como señala el informe, el impacto del comportamiento de TESAU incluye el bienestar de los usuarios y los niveles de penetración de la banda ancha en España. De ello se deduce que, a diferencia de lo que alega TESAU, la interferencia en el funcionamiento de la competencia va más allá de los daños cuantificables a operadores específicos.

La importancia de las obligaciones de acceso al bucle, concretadas mediante la Oferta del Bucle del Abonado, han sido destacadas en diferentes ocasiones, tanto por esta Comisión como por las más diversas instancias, como una

⁵⁴ Caso COMP/C-3/37.792, Microsoft.

⁵⁵ "(...) Microsoft's refusal puts Microsoft's competitors at a strong competitive disadvantage in the work group server operating system market, to an extent where there is a risk of elimination of competition".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

herramienta fundamental para el fomento de una competencia sostenible en el largo plazo en los diferentes mercados minoristas conexos al acceso y, en particular, los de banda ancha.

En efecto, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, la banda ancha se constituyó, dentro de la estrategia de la Unión Europea, en herramienta crítica para el desarrollo de la Sociedad de la Información, y se daba la indicación a los Estados miembros y a la Comisión de iniciar el proceso de la apertura del bucle de abonado, que se convirtió en una prioridad a corto plazo. La Comisión Europea aprobó una Recomendación al efecto, de fecha 25 de mayo de 2000, y posteriormente las iniciativas a nivel europeo dieron lugar a un Reglamento comunitario, ya citado anteriormente, que refleja la relevancia de la cuestión. Estas iniciativas no han perdido vigencia como muestra la estrategia “i2010: European Information Society” adoptada por la Comisión Europea con fecha 1 de junio de 2005⁵⁶.

1. Freno a la competencia en precios.

Por un lado, **la situación de incumplimiento de acceso al bucle local desincentiva la realización de inversiones relacionadas con el despliegue de red propia a nivel de bucle desagregado por los operadores alternativos. Y ello por cuanto éstos han afrontado una serie de costes para el servicio de acceso desagregado si bien los incumplimientos por parte de TESAU les obliga a incurrir en un coste por encima del previsto por tener que continuar utilizando el acceso indirecto⁵⁷.** De hecho, varios operadores han manifestado que basan su modelo de negocio en el acceso desagregado al bucle de TESAU. **Unos menores costes de los operadores alternativos se traducen en una bajada de los precios a sus clientes finales, lo que induciría a TESAU a bajar los precios.** Por ello, debería además tenerse en cuenta los beneficios extraordinarios de difícil cuantificación obtenidos por TESAU como resultado de ofrecer precios más altos de lo que sucedería si los alternativos tuvieran acceso efectivo al bucle local.

Así, tal y como señala el informe, **en las zonas en las que los operadores han conseguido acceder de forma efectiva al bucle de abonado de TESAU, la competencia en precios se ha incrementado de forma sensible,**

⁵⁶ En España se consideró que debía regularse con urgencia, por lo que las obligaciones de acceso al bucle se introdujeron ya por medio del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio de 2000, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, y fueron desarrolladas por el ya mencionado Reglamento nacional de acceso al bucle.

⁵⁷ De hecho, como señala el informe de referencia, esta Comisión excluyó la orientación de costes del precio del servicio de acceso indirecto por considerarlo contrario a los incentivos que deberían darse al desarrollo de redes alternativas, como señala el informe refiriéndose a la Resolución de 31 de marzo de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con ofertas de mayor ancho de banda a precios hasta un 50% inferiores. La relación de causa-efecto entre el correcto funcionamiento del acceso al bucle desagregado y la competencia a nivel minorista en la prestación de servicios de banda ancha se manifiesta en la actualidad en que, como señala el informe, los productos de acceso a Internet de menor precio están siendo comercializados por operadores a través de la desagregación del bucle. Sin embargo, **a falta de acceso efectivo al bucle, las ofertas de los operadores alternativos se limitan a zonas geográficas específicas y su lanzamiento, además, se ha retrasado en el tiempo.**

A título de ejemplo, **el informe cita el caso de Wanadoo, que ofrece ADSL 1M y llamadas nacionales a 20 €/mes en zonas de desagregación de bucle, y a 36 €/mes en zonas cubiertas mediante acceso indirecto. Por su parte, Jazztel ofrece ADSL 1M y llamadas gratis los fines de semana a 17,95€/mes. Un producto inferior consistente en ADSL 1M sin llamadas se ofrece a 37,95€/mes en las zonas en las que no se ha dado acceso al bucle desagregado.** Asimismo, es significativo que TESAU no haya bajado los precios de los servicios minoristas de la modalidad ADSL más comercializada, sino que ha optado por aumentar la velocidad de descarga, empaquetar servicios o comercializar modalidades de descarga o tiempo. Tal y como concluye el informe, TESAU (y como reacción a ello, los operadores de cable) habría tenido el incentivo de bajar sus precios minoristas si sus competidores hubieran podido ofrecer servicios basados en la desagregación del bucle en iguales condiciones. **Sin embargo, sin acceso al bucle, los alternativos no podían ofrecer determinados servicios, por lo que TESAU no ha sufrido presión para reducir el precio de los servicios de banda ancha.**

En relación a las alegaciones de TESAU a la propuesta de resolución, esta Comisión estima lo siguiente:

A. Respecto al nexo de unión entre la conducta de TESAU y los costes mayores de los operadores alternativos

TESAU alega que el efecto sobre la matriz de decisión de los operadores del mayor coste del acceso indirecto es neutral y *“no del todo negativo como pretende hacer creer esta CMT”* dado que *“si acaso genera costes se trata de costes variables, que no fijos, los cuales entrañan menor riesgo ya que son función de la demanda”*. Continúa TESAU alegando que *“desde el momento que el precio de la cuota mensual del acceso indirecto (mayor que la del acceso desagregado) resulta de la propia regulación, es evidente que faltaría el nexo de causalidad entre la conducta de TESAU y los costes mayores de los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores alternativos como para imputar exclusivamente a mi representada la responsabilidad de un supuesto daño”.

En primer lugar, no hay duda que la conducta de TESAU ha impactado directamente en los costes de los operadores alternativos. Tal y como se ha justificado en el Informe de la Dirección de Análisis Económico y se detallará a continuación, los operadores han debido acudir al servicio de acceso indirecto al bucle a pesar de contar con las infraestructuras necesarias para acceder a la oferta desagregada. Por lo tanto, y al contrario de lo expuesto por TESAU, los operadores han debido desplegar la red suficiente para tener un determinado grado de cobertura, a la vez que debían hacer frente al pago variable del acceso indirecto, como consecuencia de la actuación de TESAU.

De esta forma, y sin entrar a valorar cómo ha sido fijada la cuota de abono mensual del acceso indirecto, el hecho es que los operadores alternativos han debido incurrir en los dos tipos de costes que expone TESAU, esto es, una mayor cuota variable consecuencia de los pagos realizados por la utilización del servicio de acceso indirecto y unos costes fijos derivados de las inversiones necesarias para desplegar sus propias redes hasta la central de TESAU para desagregar los bucles del abonado. Como consecuencia de lo anterior, cabe resaltar que los costes fijos derivados de las inversiones en red de acceso, implican un mayor riesgo financiero y tecnológico para el operador, así como un mayor coste de oportunidad de los fondos invertidos en los activos necesarios para el desarrollo de dicha red, pudiendo afectar al grado de apalancamiento óptimo que la empresa que minimizaría sus costes de capital y por tanto afectando de manera sensible a los costes reales de producción de los servicios.

De acuerdo con TESAU, cabría destacar que *“la propia CMT ha considerado que los “beneficios directos” supuestamente obtenidos por TESAU tienen una importancia relativa. Por todo ello, no debieran tomarse en consideración los supuestos beneficios directos obtenidos por TESAU”*. La propuesta consideró, efectivamente y en el apartado del cálculo de la sanción, que los beneficios anteriores (denominados directos) eran inferiores a los beneficios obtenidos por TESAU como consecuencia de las distorsiones en la competencia que habrían producido sus acciones. Por tanto, la importancia relativa se refería a los beneficios obtenidos por TESAU y no a la importancia que dicho incremento de costes suponía para cada operador en particular.

Con respecto a la cuota de abono del acceso indirecto, si bien TESAU no tiene ninguna responsabilidad en su nivel que efectivamente viene fijada por decisión regulatoria, sí tiene responsabilidad en el cumplimiento del servicio mayorista



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sustitutivo, esto es, el acceso desagregado. Así, esta Comisión decidió fijar los precios mayoristas mediante una metodología Retail Minus con el fin de incentivar el desarrollo de las redes alternativas. Dentro de estas posibles redes se encuentran las infraestructuras necesarias para desagregar el bucle del abonado. Por tanto, de forma coherente con la teoría de la inversión, los mayores costes del acceso indirecto habrían incentivado a los operadores alternativos a desarrollar sus propias redes o desplegar su red hasta las centrales de TESAU para desagregar bucles del abonado.

En el anterior entorno regulatorio, el incumplimiento de las condiciones de provisión del acceso desagregado por parte de TESAU suponen un doble perjuicio para los competidores. Por un lado, como se ha justificado anteriormente, les impone un doble desembolso en tanto que deben acudir simultáneamente al acceso indirecto y desagregado con los sobrecostes que esta duplicación supone. Por otro lado, deben seguir abonando el margen que sobre los costes de TESAU que decidió esta Comisión a la hora de fijar los precios del acceso indirecto, a pesar de haber desarrollado sus infraestructuras.

En conclusión, TESAU, **a través del incumplimiento de las condiciones reguladas impuestas en el marco de la OBA sí ha provocado un coste adicional para sus competidores, en tanto que les habría obligado a duplicar determinadas infraestructuras para suplir las deficiencias en el suministro del acceso desagregado mediante el indirecto. Adicionalmente, es necesario recordar que los precios de éste último no estaban orientados a los costes con el fin de incentivar el desarrollo de las redes alternativas con lo que, al tener que utilizar dicho servicio, los operadores debieron de abonar un sobre coste a TESAU debido a sus incumplimientos.**

B. Respecto al nivel de precios

De acuerdo con TESAU, los informes citados por la propuesta no son concluyentes en tanto que *“no han tenido en cuenta variables como los costes, la evolución y el tipo de demanda, y otros factores (como el grado de penetración de ordenadores personales y de Internet) que se dan en España y no en otros países y que explican el distinto nivel de precios”*. Según TESAU, en caso de tener en cuenta las anteriores variables se observaría *“que los precios tanto en el segmento residencial como empresarial se sitúan por debajo de la media de los Estados miembros”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, al contrario de lo que estima TESAU, esta Comisión considera que todas las comparativas internacionales respecto al precio de los servicios de banda ancha muestran que los precios en España son sensiblemente superiores a los de la media europea.

Estos precios más altos han frenado la penetración de la banda ancha en España, en relación con otros países europeos. En el citado informe “EU Information Society Development 2005-2006”, la Comisión Europea concluyó que mayor competencia suponía menores precios y éstos, a su vez, mayor número de usuarios⁵⁸. De forma contraria, cabe afirmar que una menor penetración es consecuencia de unos mayores precios, postura que sostiene esta Comisión al contrario de TESAU.

El hecho de que la penetración de la banda ancha en España es inferior a la media europea es un hecho incontestable como muestran diferentes informes y datos comparados. Así, por ejemplo, de acuerdo con el Informe de la Comisión Europea sobre el acceso de banda ancha en la UE en enero de 2006, **la penetración de la banda ancha en España se situaba en torno al 11,66% de la población, dato sensiblemente inferior a la media de los quince (14,46%) y de los veinticinco (12,84%). A modo de ejemplo, países del entorno, como Reino Unido (16,47%), Francia (16,43%) cuentan con cifras superiores (ver gráfico 6 del Informe).**

Otro dato que refleja el impacto de los altos precios sobre la penetración es el número de nuevas altas en el mercado. Así, en términos de nuevos usuarios, el mercado español logra captar un número de altas inferior a los países citados anteriormente (ver gráfico 5 del Informe). De esta forma, se prevé que las diferencias anteriores se verán incrementadas en el futuro.

También el informe Cocom del año 2006, en relación con la penetración de la banda ancha, contiene datos que corroboran los anteriores, como se muestra en el gráfico siguiente:

| [¡Error! Vínculo no válido.](#)

Alega también TESAU que *“contrariamente a lo que considera esta CMT, menores costes para los competidores no se traducen necesariamente en una bajada de precios –en todo caso a largo plazo- ya que estos operadores*

⁵⁸ Ver página 13: “Competition lowers prices and lower prices attract more users. Figure 9 shows the final link in the policy chain, a correlation between price and penetration of -0.75.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueden optar por reservarse mayores beneficios o pueden ser menos eficientes". A este respecto, esta Comisión considera que no es necesario probar que mayor competencia induce a reducciones de precios. Por una parte, todos los modelos teóricos de Economía predicen que los precios, en un contexto competitivo, tenderán a los costes, cualquiera que ellos sean. Pero es que, tanto la experiencia española como internacional han demostrado que dicha tendencia es cierta. Finalmente, esta Comisión no puede compartir las afirmaciones de TESAU sobre que los operadores alternativos presentes en el mercado español son especialmente ineficientes dado que, como se ha visto, estos mismos operadores están en otros países europeos (en general son filiales de grandes grupos europeos).

2. Freno a la competencia en oferta de servicios

Además, como destaca el informe, los incumplimientos también han tenido un impacto en los servicios que pueden ofrecer los operadores alternativos por no tener acceso al bucle, limitando el crecimiento y expansión de servicios que compitan con los que ofrece TESAU a sus clientes finales. **Existe una serie de servicios cuyas características técnicas hacen inviable su prestación a través de servicios de acceso indirecto, como es el caso de la televisión de pago y el vídeo bajo demanda.**

Entre los servicios que requieren acceso desagregado al bucle, se incluyen el ADSL a 20 Mbps que comercializa Jazztel⁵⁹, o la televisión por xDSL. Actualmente Jazztel y Wanadoo están comenzando a ofrecer este último servicio de televisión, si bien con una cobertura geográfica muy restringida.

Tampoco pueden los operadores alternativos replicar el empaquetamiento de servicios cuando algunos de ellos sólo puede ofrecerlos TESAU. A título de ejemplo, el informe cita el servicio de Imagenio ofrecido por TESAU, que incluye el servicio de ADSL, vídeo bajo demanda y TV y que en diciembre de 2005 contaba con 200.000 líneas en las 140 ciudades españolas con más habitantes y en cuatro millones de hogares. En abril de 2006, dicho servicio contaba con más de 250.000 líneas⁶⁰.

Además, **es significativo verificar que TESAU se expande en la creación de infraestructuras sin problema alguno, mientras que los operadores alternativos experimentan continuos retrasos. Como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Segundo, es destacable que en el periodo correspondiente al último trimestre de 2004 TESAU contara con**

⁵⁹ Este servicio también lo comercializan Wanadoo o Ya.com.

⁶⁰ Fuente: TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un crecimiento significativo de altas de líneas ADSL. Teniendo en cuenta que era necesario desplegar una importante infraestructura previa, este dato muestra que durante todo el año 2004 TESAU se prestó servicios a sí misma en todo el ámbito nacional en diferentes condiciones de las que los prestó a los demás operadores, que, como también ha quedado acreditado, sufrieron retrasos durante este periodo.

En segundo lugar, TESAU contaba con desplegar los servicios Imagenio para contar con una cifra de 200.000 clientes a finales de 2005, objetivo que consiguió cumplir. TESAU tenía un grado de seguridad suficientemente alto en cuanto al despliegue de su propia infraestructura para asegurar el cumplimiento de su estrategia comercial. Sus competidores, al depender de la prestación de servicios por parte de TESAU, cuyo cumplimiento era y es incierto, carecían de este grado de seguridad.

En tercer lugar, la capacidad de expansión territorial de Imagenio es altísima, ya que este servicio estuvo disponible en la totalidad del territorio en seis meses desde su lanzamiento inicial a finales de 2004. La capacidad de TESAU para prestarse a sí misma servicios idénticos a los requeridos para la desagregación del bucle, necesarios para el despliegue de Imagenio a nivel nacional durante el año 2005, contrasta con los incumplimientos observados en este mismo periodo respecto a los operadores que solicitaron servicios OBA.

En respuesta a las alegaciones de TESAU a la propuesta de Resolución, debe señalarse lo siguiente:

A. Respecto al mercado de la televisión de pago

TESAU alega que *“la supuesta restricción a la expansión de la TV de pago que supuestamente provocaría la conducta de TESAU debe examinarse en el marco del “Mercado de la TV de pago” que la propia CMT ha definido como tal y que incluye todos los canales de distribución que existen (es decir terrestre, digital o por satélite)⁶¹ y no sólo las TV de pago ofrecidas mediante el bucle desagregado de TESAU como parece pretender ahora esta CMT”*.

Por otra parte, la propuesta consideraba que TESAU se había reservado la prestación de diferentes servicios para sí, con los beneficios que ello ha podido conllevar. Ahora bien, como reconoció esta Comisión en la Resolución de 23 de febrero de 2006, el impacto de este servicio sobre la cuota de TESAU no ha sido relevante. Por tanto, el daño de la conducta de TESAU sobre la situación

⁶¹ También la Comisión europea ha definido el mercado de la TV de pago de esta manera.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competitiva en este mercado no es relevante y no debe ser considerada en la agravación de la sanción..

B. Respecto a los efectos anticompetitivos del servicio Imagenio

TESAU cita diferentes Resoluciones de esta Comisión en las que se determinó que la oferta Imagenio de TESAU no era anticompetitiva en términos de derecho de competencia.

Ahora bien, esta Comisión no ha considerado, en el marco del presente procedimiento, que el servicio Imagenio sea una oferta abusiva sino que los operadores alternativos no la han podido emular, otorgando a TESAU una ventaja competitiva sobre el resto.

La anterior afirmación es coherente con la práctica de esta Comisión. Así, en una de las Resoluciones que la propia TESAU cita⁶², esta Comisión estimó que la OBA era el instrumento mayorista que permitía la replicabilidad de dicho servicio:

“TESAU no cuenta con elementos cuya duplicación no sea factible por parte de terceros. Por una parte, los operadores alternativos cuentan con los elementos mayoristas de red, incluidos en la OBA, para replicar el canal utilizado por TESAU para comercializar en servicio Línea Imagenio”

El anterior párrafo ilustra bien el argumento que se exponía en la propuesta, esto es, que el servicio de acceso desagregado al bucle es el servicio mayorista que permite la replicabilidad del servicio Imagenio. Por tanto, el hecho de que la OBA haya sido incumplida, como se ha probado anteriormente, ha implicado que los operadores alternativos han partido de una situación de desventaja competitiva con respecto a TESAU. **Con ello se ha inhibido el impulso que los operadores alternativos hubieran podido representar, en forma de dinamismo de la oferta, para este mercado. No debe olvidarse que en los planes de Jazztel y UNI2, la TV sobre ADSL aparece como pieza esencial del atractivo de su oferta de servicios capaz, por otra parte de competir con la que representan las de los operadores de cable.**

La experiencia pone de manifiesto cómo las ofertas en competencia permiten dinamizar los mercados optimizando su desarrollo lo que, en este caso ha quedado a la iniciativa exclusiva de TESAU.

⁶² Resolución de la CMT de 23.02.06 AEM 2005/1058.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C. Respecto a la seguridad de los competidores de TESAU sobre la provisión de los servicios de acceso desagregado al bucle

De acuerdo con TESAU, esta Comisión no podría utilizar como argumento el *“grado de seguridad del que supuestamente disfrutaría TESAU y no sus competidores en relación con el conocimiento cierto de las condiciones y plazos de la provisión de accesos al bucle (pág. 104 de la propuesta de resolución), es un elemento que si acaso podría tomarse en consideración para definir la posición de dominio de TESAU en el mercado (el grado de independencia de actuación del que puede disfrutar) pero nunca para analizar el carácter y efectos anticompetitivos o no de su conducta”*.

Ahora bien, esta Comisión no analiza en el presente procedimiento una conducta abusiva por parte de un operador dominante sino el incumplimiento generalizado de un conjunto de obligaciones regulatorias que, de acuerdo con la normativa vigente, este operador tiene impuestas.

Así, la regulación sectorial, dadas las asimetrías entre los operadores alternativos y el operador establecido, ha impuesto determinadas obligaciones a éste último con el fin de permitir la entrada al mercado. En este sentido, las diferentes ofertas de referencia aprobadas por esta Comisión tienen el objetivo de favorecer las negociaciones entre partes cuyos poderes de negociación son sustancialmente asimétricos. De esta forma, los operadores que demandan los servicios mayoristas regulados del operador establecido saben a priori las condiciones de prestación, dada la importancia de los mismos para su actividad.

La propia TESAU parece reconocer este aspecto en sus alegaciones al asegurar que *“esa presunta inseguridad viene anulada totalmente por efecto de la regulación sectorial, desde el momento que sobre mi representada existen obligaciones mayoristas de acceso”*. Precisamente esa es la tesis de esta Comisión en este procedimiento: **el incumplimiento generalizado de las condiciones reguladas en la prestación de los servicios de acceso al bucle ha provocado una inseguridad en los operadores alternativos que no han podido desarrollar su actividad comercial en igualdad de condiciones con TESAU, lo que les ha impuesto una desventaja competitiva con respecto a ese operador. Finalmente, y de acuerdo con los argumentos anteriores, esta desventaja competitiva ha supuesto que TESAU haya podido mantener sus precios de los servicios de banda ancha en un nivel superior y que determinados servicios se hayan reservado en exclusiva, durante un periodo de tiempo, a TESAU.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. *Daños intangibles causados a los competidores de TESAU*

Por último, es importante destacar que **el comportamiento de TESAU daña el prestigio de sus competidores, como no podría ser de otro modo. Los operadores alternativos topan con una imagen de eficacia de TESAU en el mercado, que despliega sus redes con máxima celeridad y sin obstáculos, que no se reproduce en su caso, puesto que TESAU no permite el cumplimiento de sus planes de negocio, y traspasa formalmente al operador alternativo su responsabilidad ante el cliente por los retrasos en la provisión de sus servicios.** Esta pérdida de prestigio se produce en relación con todos los servicios requeridos para que se complete la desagregación del bucle, cada uno de los cuales es consecutivo al anterior.

En relación a las alegaciones de TESAU a la propuesta de Resolución, esta Comisión considera **que el incumplimiento generalizado de las condiciones de acceso al bucle del abonado ha causado un daño al prestigio de los operadores alternativos al suponer retrasos en la prestación de los servicios y en su provisión, indisponibilidad de los mismos e inseguridad a la hora de adoptar compromisos con los usuarios finales.**

TESAU parece no poner en duda la existencia de dichos retrasos y demás incumplimientos sino que pone en duda la *“causalidad entre los presuntos retrasos o rechazos de acceso por parte de TESAU y el daño al prestigio a los competidores”*. Ahora bien, esta Comisión ha analizado esa relación en una situación muy similar: la preselección de operador. El informe de necesidad realizado con relación a la Circular 2/2002, informe que, de acuerdo al artículo 26.3 del Reglamento de régimen interior de la CMT (aprobado por Orden Ministerial de 9 de abril de 1997), ha de elaborarse en el seno del procedimiento de elaboración de las Circulares, recoge estas consideraciones:

“A este respecto, se considera que el plazo en el que se impide al operador de acceso llevar a cabo prácticas de recuperación de abonado debe ser suficiente para que el cliente conozca los servicios del operador preseleccionado, sin interferencias del operador de acceso en esta relación.

Ha de tenerse en cuenta la excepcionalidad de esta medida, justificada principalmente en la necesidad de impedir situaciones en las que se combine una preselección de un abonado en la que se haya dado alguna irregularidad, con una inmediata labor de recuperación por el operador de acceso que se pudiera ver acogida favorablemente debido precisamente a esas irregularidades en la activación de esta facilidad. (...)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al igual que en el caso de la preselección, **las irregularidades en la provisión de los servicios de acceso crean inseguridad en el usuario final respecto a la fiabilidad del operador alternativo, cuando éste no tiene ninguna responsabilidad en las acciones necesarias para la provisión del servicio.** Y esto es así porque, como se estimó en la Resolución de esta Comisión de 2 de octubre de 2003⁶³, “[C]on carácter general, el usuario desconoce cómo funcionan estos procedimientos, que son complejos, y desconoce las responsabilidades que se establecen en los mismos acerca de la ejecución de actuaciones (esto es, a quién le corresponde realizar una concreta operación)”.

En conclusión, esta Comisión considera que las acciones del operador de acceso en el nivel mayorista afectan a la percepción que de la fiabilidad del operador alternativo tiene el usuario final, dado que éste no conoce la responsabilidad con que cuenta cada operador en los diferentes procedimientos. El impacto del retraso de TESAU en la prestación de los servicios de la OBA es muy pernicioso, en tanto que los clientes finales no reparan en si la responsabilidad del retraso es del operador alternativo o de TESAU; antes al contrario, consideran responsable al operador alternativo. Y si a ello se une la percepción del cliente final acerca de la agilidad y celeridad con que TESAU dimensiona y ejecuta sus propios servicios, que no aparece perjudicada por los retrasos, el efecto en el mercado es demoledor. En una competencia desigual, un cliente final que abandona al operador alternativo por problemas en la contratación de un servicio, será difícilmente recuperable por ése u otro operador alternativo en el futuro, por la desconfianza en la contratación de los servicios de un operador distinto a TESAU.

1. Datos sobre la evolución de la situación competitiva

El efecto global de los incumplimientos de TESAU se aprecia en las gráficas contenidas en el informe y que miden la evolución de las cuotas de mercado de los diversos grupos de operadores que ofrecen servicios de banda ancha mediante tecnología xDSL⁶⁴, y en la explicación que a las mismas se acompaña:

⁶³ Resolución relativa a la solicitud presentada por Telefónica de España, S.A.U. para modificar la Circular de la CMT 2/2002, de 18 de julio, al objeto de suprimir la prohibición de realizar prácticas de recuperación de abonados.

⁶⁴ A este respecto conviene también tener en cuenta que la tecnología cablemódem, que también se utiliza en la prestación de servicios de banda ancha, representa una parte limitada de los clientes y en los tres últimos años ha experimentado un retroceso (en 2003 representaba el 25,99% de los clientes y en 2005 el 23,4%-en el primer trimestre de 2005 el porcentaje fue de 24,4%, como consta en los informes anuales de esta Comisión de 2004 y 2005).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

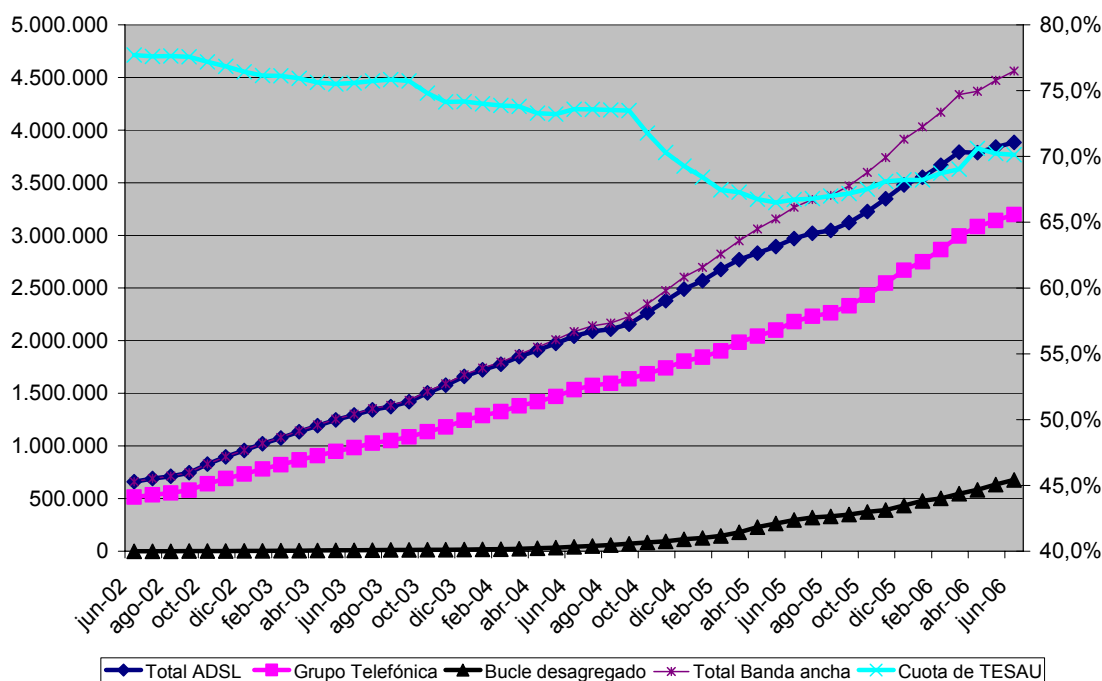


Tabla 7: Evolución de las cuotas de banda ancha basados en tecnologías xDSL
Fuente: Elaboración propia a partir de datos OBA (TESAU)

De los datos anteriores se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, a partir del tercer trimestre de 2004 aparecieron ofertas comerciales que empaquetaban distintos servicios, donde los operadores alternativos ofrecían acceso a banda ancha y servicios de voz (local y/o nacional) por un pago fijo mensual, donde desaparece el pago por minuto de servicios de voz⁶⁵. A partir de este momento la cuota de TESAU experimentó una progresiva reducción a favor de sus competidores hasta alcanzar el 66,5% del mercado en mayo de 2005, debido a que TESAU no podía realizar este tipo de productos salvo en promociones puntuales y donde se regalaba una cantidad fija de minutos de tráfico, pero nunca tarifas planas de voz. Tras la aprobación por parte del Consejo de esta Comisión de la Resolución de 6 de mayo de 2005⁶⁶, se autorizó a TESAU la venta empaquetada de los servicios de voz y banda ancha, lo que se tradujo en una recuperación de su cuota de mercado.

Además, **cabe destacar que TESAU ha podido mantener unos precios excepcionalmente altos en los mercados minoristas de banda ancha**, aspecto que ha sido corroborado por diversos informes. El informe de

⁶⁵ Fuente: Informe Anual 2004, CMT.

⁶⁶ Por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por TESAU de ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a Internet a través de ADSL (MTZ 2005/589).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Forrester⁶⁷ de 28 de marzo de 2006 indica que España es uno de los países en el que la banda ancha es más cara, factor que explicaría la baja penetración de la misma. También la OCDE y la OCU⁶⁸ han puesto de manifiesto el alto nivel de las tarifas mensuales de conexión a Internet de banda ancha en España en comparación con los demás países europeos.

Como conclusión de todo lo anterior y reiterando que durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y una parte significativa de 2005, los incumplimientos de TESAU afectaron a una pluralidad de servicios, de operadores y de centrales, y en muchos casos el incumplimiento generó retrasos de varios meses de manera totalmente injustificada, estimamos plenamente concurrente una agravante por la importancia del daño causado, teniendo en cuenta el efecto que la conducta de TESAU ha tenido en el sector. A diferencia de lo alegado por TESAU, como ha quedado acreditado, los incumplimientos no han sido puntuales y aislados, sino que han afectado a una proporción no insignificante de las solicitudes de varios operadores.

Ello se ha traducido en una menor competencia a nivel de la prestación de servicios de banda ancha en España que ha afectado a varios operadores de ámbito nacional⁶⁹, desanimando o ralentizando la entrada o la posterior consolidación de operadores alternativos, o bien limitando los servicios que éstos podrían haber ofrecido si el acceso al bucle hubiera sido efectivo. TESAU mantuvo su cuota de mercado hasta finales de 2004, a pesar de que durante todo ese año los operadores alternativos solicitaron numerosos accesos. **Tras un periodo de pérdida de cuota en XDSL, TESAU fue recuperando posiciones en 2005 tras el lanzamiento de algunas ofertas que combinaban diversos servicios, a pesar de que algunos de éstos no son replicables (ni siquiera a día de hoy) por ningún operador como consecuencia de los incumplimientos de las obligaciones OBA. Ello le ha permitido, en sus propias palabras, “un récord de crecimiento de accesos de banda ancha en el cuarto trimestre [de 2005]”⁷⁰.**

En efecto, si comparamos la Figura nº 3 (de la pág. 51) que se vuelve a reproducir a continuación, con la evolución de las solicitudes de TCI

⁶⁷ Forrester, estudio “Price cuts and broadband competition drive European Broadband growth”, 28 de marzo de 2006.

⁶⁸ OCDE, estudio “Benchmarking broadband prices in the OECD working Party on Telecommunications and Information Services Policies”, 18 de junio de 2004.

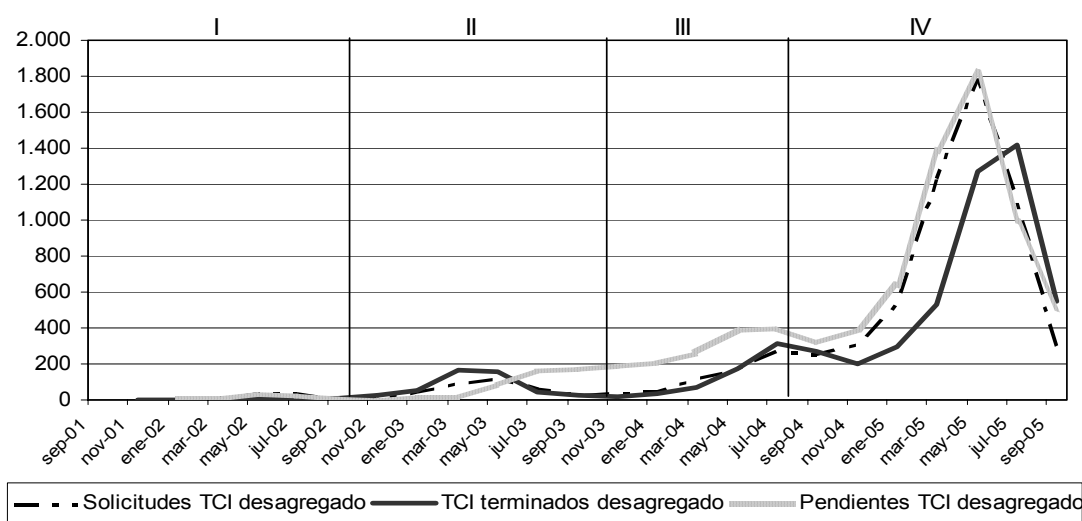
⁶⁹ A título de ejemplo, citamos a JAZZTEL, FTES e IBERCOM, quienes prestan sus servicios a nivel nacional. Dragonet y DTI2 tienen un ámbito de prestación de servicios que no abarca la totalidad del territorio nacional. Sin embargo ello no es obstáculo para que los retrasos de TESAU hayan retrasado bien en el despliegue de la red bien en la comercialización de los servicios a los usuarios finales, como ha quedado acreditado más arriba en esta sección.

⁷⁰ Fuente: cuarto informe trimestral de 2005, citado en el informe de Análisis Económico y Mercados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

completamente desagregado, y la Tabla 7 anteriormente comentada, sobre la evolución de las cuotas de TESAU en XDSL, se aprecia claramente que TESAU mantuvo su cuota de mercado hasta finales de 2004, y la fue incrementando a lo largo de 2005, justamente –y casualmente- en el momento en que se producía un mayor nivel de solicitudes de TCI no atendidas.



Tomando la conclusión del informe sobre los efectos negativos que ha producido el comportamiento de TESAU en relación con la competencia es significativa: *“un funcionamiento adecuado de la desagregación del bucle desde sus inicios posiblemente hubiera conducido a un escenario actual con mayor competencia en el mercado de banda ancha, lo que implica una mayor cuota de mercado de los operadores alternativos, los precios de banda ancha más reducidos y con operadores alternativos adicionales a los operadores de cable compitiendo en el mercado de la televisión de pago”*.

Ante las alegaciones presentadas por TESAU a la propuesta de resolución, esta Comisión pone de manifiesto lo siguiente:

A. Respecto a la evolución de las cuotas de mercado

De acuerdo con TESAU, la evolución descrita en el presente procedimiento no se ajusta con la existente en el mercado en tanto que “[L]a cuota de mercado de Telefónica ha ido disminuyendo frente al aumento de la de sus competidores. Igualmente, debe destacarse la elevada cuota de penetración de los operadores alternativos de banda ancha en España que es de un 48,8% en comparación con la de otros países así como señalar que la cuota de acceso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

directo es del 11% situándose por encima de la media europea que es del 7,8%⁷¹”.

En primer lugar, TESAU parece no rebatir los datos expuestos anteriormente por esta Comisión dado que, los datos que aporta sobre la evolución de su cuota de mercado terminan en julio de 2005. En la Tabla 7 anterior (“Evolución de las cuotas de banda ancha basados en tecnologías xDSL”), se observa claramente como la recuperación de cuota empieza a partir de dicho periodo.

Pero no sólo los datos de esta Comisión apuntan a la consolidación de la posición de TESAU en el mercado español. En el citado Informe de la Comisión Europea las estadísticas presentadas concluyen que:

- La cuota del operador tradicional (TESAU) en el mercado español es superior a la media europea (tanto de los 15 como de los 25). Así, mientras que dichas medias se sitúan en torno al 50%, la cuota de TESAU está en torno al 53% (ver gráfico de la página 26 del citado Informe). Por tanto, la elevada cuota a que se refiere TESAU es inferior a la media europea y no tan superior como pretende ese operador;
- La misma tendencia muestra la evolución de la cuota de TESAU en términos de accesos de banda ancha mediante xDSL (ver gráfico página 28). Así, la media europea se sitúa por debajo del 60% mientras que en España, TESAU cuenta con una cuota del 68%, dato coherente con el presentado por esta Comisión en la citada Tabla 7;
- Finalmente, en comparación con otros periodos, TESAU ha incrementado su cuota de mercado al contrario de lo ocurrido en otros países como Reino Unido, Alemania, Francia o Italia (ver gráfico página 30).

De todo lo anterior, cabe concluir que TESAU ha mejorado, al contrario de lo alegado en su escrito, su situación competitiva en el mercado. Y esto es especialmente sorprendente dada la actuación de los operadores alternativos que, lejos de permanecer pasivos, han iniciado campañas comerciales agresivas, tal y como la propia TESAU reconoce. En el Documento 13 aportado por ese operador, existen ofertas de operadores alternativos que rebajan los precios de la propia TESAU hasta en un 50%. Dichos descuentos se han ido incrementado, de acuerdo con las comparativas aportadas por TESAU, desde el 2001 hasta el 2005, evolución que demuestra cómo el progresivo acceso al

⁷¹ Informe de implementación de la Comisión para el 2005, anexo 2, p.23, cuadro 19.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bucle del abonado ha permitido a los operadores contar con mejores condiciones de prestación mayorista.

Dada la anterior situación, esta Comisión considera que han sido, precisamente las actuaciones de TESAU en el nivel mayorista lo que ha impedido a los operadores alternativos captar un mayor nivel de cuota de mercado a pesar de contar con ofertas minoristas más atractivas y haber lanzado campañas agresivas de publicidad.

B. Respecto a la infrautilización de las infraestructuras

TESAU alega que en tanto que los operadores contaban con infraestructuras ociosas, la actuación de TESAU no ha podido afectar a la competencia. Se cita el caso particular de Jazztel, para el que TESAU considera que *“a la luz de los datos de capacidad de acceso directo en servicio de Jazztel, medida en pares accesibles mediante acceso directo, existen evidencias claras de que Jazztel no ha experimentado en ningún momento problemas de capacidad, pues siempre su capacidad para acceder a los bucles ha estado muy por encima de lo que realmente necesitaba para cumplir su plan de aperturas; en octubre de 2005 este exceso de capacidad de proveer servicios ha sido de 2,9 veces las previsiones de su plan de aperturas y de 6,3 veces de la demanda real”*.

En primer lugar, **esta Comisión considera inaceptable que TESAU pretenda decidir qué nivel de peticiones debe proveer a los operadores alternativos de total de peticiones por ser suficiente para cumplir sus previsiones de demanda**. Cabe recordar de nuevo la citada Resolución de 2 de febrero de 2006, en la que esta Comisión consideró que TESAU *“debe ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores”*.

En segundo lugar, **es evidente que los problemas en el nivel mayorista imponen a los operadores alternativos desventajas competitivas derivadas de las pérdidas de economías de escala en la acción comercial dadas las discontinuidades geográficas impuestas por el operador de acceso**. En este sentido, es ilustrativa la actuación de la propia TESAU en lo que respecto al lanzamiento del servicio Imagenio. Si bien este servicio se comunicó a esta Comisión en julio de 2003, pudiéndose comercializar ya en enero de 2004, la limitación de su cobertura hizo que hasta mediados de 2005 no se produjera su lanzamiento comercial masivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, TESAU no puede requerir niveles de eficiencia que ni ella misma puede cumplir a pesar de la cobertura de la red de TESAU y las eficiencias en la comercialización que dicha ubicuidad conlleva. Así, el exceso de capacidad con que contaba ese operador en octubre de 2005 era de 6,5 veces. En el gráfico siguiente se compara el porcentaje de líneas de banda ancha efectivamente captadas entre el total de acceso disponibles para cada operador⁷². Se observa que el nivel de captaciones de TESAU y Jazztel es similar en términos reales con lo que, para que Jazztel hubiera podido cumplir con sus previsiones aplicando la misma eficiencia de TESAU, debería haber contado con una capacidad de acceso superior a la que efectivamente TESAU le aprovisionó.

[Confidencial]

Por otro lado, la CMT desconoce las planificaciones internas que realiza TESAU, así como si esta operadora es tan eficiente en la ocupación de sus centrales (por tiempo y por volumen) como exige a sus competidores. Teniendo en cuenta, además, que el acceso al bucle de abonado y en particular, el servicio de colocación, requiere tener una cobertura geográfica y una disponibilidad mínimas, que implican para los alternativos (y no para TESAU) la necesidad de la necesidad de requerir estos servicios por lotes, antes de sus lanzamientos comerciales.

En definitiva, la actuación de TESAU en el nivel mayorista sí ha afectado a la capacidad de competir de los operadores alternativos dado que les impuso, por una parte, una desventaja competitiva al restringirles su cobertura geográfica, limitando las ganancias de eficiencia en la comercialización de sus servicios minoristas. Por otra parte, la capacidad de acceso fue claramente insuficiente para cumplir sus objetivos aplicando la misma eficiencia en dicha comercialización que TESAU.

C. Sobre los perjuicios generados a Jazztel

TESAU centra su atención especialmente en la inexistencia de perjuicios a JAZZTEL, como si éste operador fuera el único competidor en el mercado

⁷² En el caso de Jazztel se han utilizado los datos aportados por TESAU en sus alegaciones (página 97) y para TESAU la planta que aporta en la información suministrada mensualmente en el marco de las obligaciones de la OBA, esto es, 15.707.597 bucles



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU se refiere a la ausencia de perjuicios causados a Jazztel en relación con los incumplimientos imputados, resultantes de una demanda imprevisible por parte de Jazztel y además ajena a sus previsiones. Menciona también las actas notariales incluidas en el ramo de prueba de TESAU que demostrarían la inexistencia de la instalación de equipos con posterioridad a la entrega de tendidos de cable interno, y ello aunque cronológicamente podría haberse hecho antes. Además, TESAU indica que el ritmo de instalación de tendidos de cable interno a Jazztel es muy superior al doble de la actividad que TESAU dedica a la provisión de líneas ADSL. Para llegar a esta conclusión indica que el volumen medio de sus propias altas por semana (aproximadamente 19.000) es equivalente a los recursos necesarios para proveer 760 tendidos de cable interno desagregados al mes, y que el pico de actividades se ha situado en 853 tendidos por semana.

Si bien es cierto que, de la información contenida en las alegaciones de TESAU, resultan inconsistencias entre las previsiones y/o solicitudes de Jazztel y su efectiva utilización por ésta (cuyo impacto en los perjuicios invocados por esta operadora no corresponde evaluar a esta Comisión), es necesario tener en cuenta el contexto general del acceso al bucle a la hora de evaluar el impacto negativo resultante del incumplimiento de las condiciones de la OBA por parte de TESAU.

Es significativo que **del análisis del 11º informe de implementación de la Comisión Europea correspondiente al 2005⁷³ realizado en el informe de la Dirección de Internacional se destaque en lo referente a España que lo que más preocupa a los nuevos entrantes es la aplicación defectuosa de la OBA.** Se afirma que esta circunstancia está obstruyendo la puesta en el mercado de nuevos servicios por parte de los operadores alternativos, y que además puede ser una de las razones del retraso en el despegue del acceso al bucle desagregado. De hecho, la Comisión llama la atención sobre el hecho de que el sector reclama con urgencia un seguimiento intensivo de la aplicación de la OBA. Se constata también la resolución de las quejas presentadas por los operadores alternativos y resueltas por esta Comisión, así como de la desestimación de las quejas de TESAU en relación con el número excesivo de peticiones de desagregación.

Así pues, en la medida en que la efectividad de la competencia en el mercado de los operadores alternativos depende de cómo TESAU facilite

⁷³ Comunicación de la Comisión al consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones "Regulación y Mercados de Comunicaciones Electrónicas en Europa 2005".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el acceso al bucle y a sus recursos asociados a dichos operadores, un eventual retraso o perturbación en dicho acceso a bucle impone un correlativo retraso en el posicionamiento de los operadores, en el desarrollo de sus prácticas comerciales, un incremento de sus costes –en la medida que si quiere prestar un servicio parecido, requiere del acceso indirecto, mucho más caro que el acceso desagregado- y un menoscabo de su imagen pública y del incipiente grado de confianza que en un esquema de competencia aún imperfecta pueda haberse ganado el operador alternativo.

En definitiva, queda acreditado que existieron daños que se causaron a los operadores, incluido Jazztel, como consecuencia del incumplimiento por TESAU de las condiciones de provisión de los servicios OBA.

En relación con los perjuicios derivados del comportamiento de TESAU en el cumplimiento de sus obligaciones OBA **es indiscutible, por tanto**, que se han producido consecuencias negativas, algunas de ellas en forma de pérdidas y retraso en el despliegue frente a clientes, así como otras de carácter no evaluable económicamente relacionadas con su desprestigio frente a sus clientes o los recursos humanos requeridos para la solución de los incumplimientos de TESAU, lo cual no requiere de una prueba excepcional, puesto que el retraso de TESAU en el cumplimiento de los servicios de la OBA afecta automáticamente al despliegue operativo de los operadores alternativos, que queda indefinidamente retrasado a resultas del cumplimiento de TESAU. Con ello no sólo queda acreditada la existencia de una serie de perjuicios a Jazztel, sino a todos los operadores cuestionados sobre el impacto de los incumplimientos que ha incurrido TESAU en la prestación de servicios OBA.

En cuanto a las alegaciones realizadas por TESAU en algunos de los expedientes, simplemente destacamos que TESAU no pone en duda los incumplimientos producidos.

En definitiva, puede concluirse que **el incumplimiento generalizado de TESAU en sus obligaciones de apertura a la competencia en el mercado de acceso desagregado, consignadas específicamente en la OBA, ha afectado directamente a sus competidores. Dicha afectación puede apreciarse de forma deductiva, lógica, en la medida que si TESAU no coloca a sus rivales en las condiciones exigibles de acceso al bucle, a las que se encuentra obligada como operador dominante, está predeterminando y configurando a su albedrío el desarrollo de la competencia en el mercado, generando mayores costes y un menoscabo en la imagen de los operadores alternativos. Sin embargo, esta conclusión lógica se confirma**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empíricamente, de manera adicional, por la información recogida de los operadores en el curso del expediente sancionador.

c. Situación económica del infractor

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

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

Esta circunstancia se recoge en la propia LGTel, con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el campo del Derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir una correspondencia entre la gravedad de 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 correspondiente a 2004 y 2005 del grupo Telefónica, el margen OIBDA⁷⁴ DE Telefónica de España matriz alcanza 4.716,4 millones de euros, con un crecimiento anual del 4,1%.

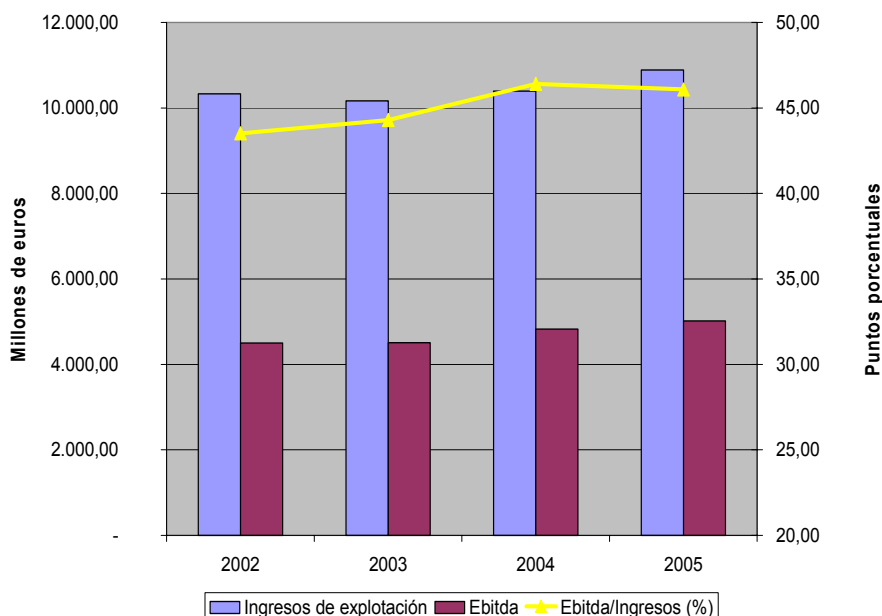
También cabe referirse al índice EBITDA⁷⁵, que corresponde al margen o resultado bruto de explotación de la empresa antes de deducir los intereses (carga financiera), las amortizaciones y el impuesto sobre sociedades. El ratio entre los ingresos y el referido índice EBITDA se sitúa en entre el 45% y 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:

⁷⁴ Operating Income Before Depreciation And Amortization

⁷⁵ EBITDA corresponde a las siglas en inglés de Earnings Before Interests, Tax, Depreciation and Amortization.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Fuente: Informe anual Grupo Telefónica, años 2002-2005.
Tabla 8 Ingresos y ratio EBITDA, Grupo Telefónica

TESAU pertenece al grupo Telefónica, cuyo informe anual de 2005 destaca⁷⁶ que el grupo Telefónica de España ha crecido en su resultado operativo de 2005 un 19,9% con respecto a 2004. Además, su resultado neto también crece un 34,2% con respecto al año anterior.

En definitiva, existen varios indicadores que confirman la bonanza económica de Telefónica de España, tanto a nivel de grupo como de la matriz, hecho que influye de forma clara y evidente en el presente procedimiento y que se debe de tener en cuenta a la hora de graduar la cuantía de la sanción aplicable, dentro de los límites marcados por la normativa sectorial, y ello en base a la posición que como acabamos de ver, TESAÚ ostenta en el mercado de las comunicaciones electrónicas que lo hace situarse en una posición claramente diferenciada y superior al resto de operadores alternativos que pretenden penetrar en dicho mercado y en concreto en el del acceso al bucle.

2. 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, se considera que no concurren en el presente caso circunstancias atenuantes de la responsabilidad.

⁷⁶ Página 151.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO. Contestación a la alegación relativa al presunto incumplimiento de un contrato privado cuyo objeto es indeterminado y de imposible cumplimiento.

En su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2005, TESAU señala que se le está imputando *“responsabilidad administrativa por un presunto incumplimiento de un contrato privado cuyo objeto es indeterminado y de imposible cumplimiento”*.

Esta alegación parece olvidar que lo que se le imputa a TESAU en el presente procedimiento sancionador es el incumplimiento de varias Resoluciones de esta Comisión, conducta tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel. Así, es evidente que **la naturaleza jurídica de la OBA o la validez de los contratos no es objeto que deba dilucidarse en el marco del presente expediente**, que lo que trata de verificar es si se ha producido una conducta infractora a la que le corresponde la imposición de una sanción en aplicación de la LGTel.

No obstante, en cuanto a los contratos de acceso al bucle y como ya ha indicado esta Comisión en anteriores ocasiones, constituyen contratos forzosos para TESAU y, habiéndose definido los elementos esenciales por esta Comisión en la OBA, está claro que el incumplimiento de determinados aspectos de dichos contratos, cuyos perjuicios a la competencia tratan de evitarse precisamente obligando a TESAU a dar acceso, entran dentro del ámbito de materias cuyo conocimiento corresponde a esta Comisión.

Tal y como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de diciembre de 2005 en el ámbito de intervención de esta Comisión en materia de acceso e interconexión:

“[...] Es adecuado puntualizar que sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. Por tanto, si bien a priori no se puede descartar la competencia de la Comisión para conocer de los conflictos relativos a la ejecución de los acuerdos de interconexión y de sus anexos, el Organismo Regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses públicos implicados”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, esta Comisión no puede intervenir en aquellas cuestiones que afectan exclusivamente a los intereses particulares de los operadores y sobre los que éstos tienen total libertad de actuación. No obstante, sí puede actuar sobre aquellas otras materias que “afecten a principios de trascendencia jurídico pública”. No se puede entender, como pretende TESAU, que los incumplimientos objeto del presente procedimiento sancionador se enmarquen dentro de la esfera privada de los contratos entre TESAU y los operadores alternativos. La conducta de TESAU que se analiza en el presente procedimiento trasciende claramente de esa esfera privada y, por tanto, sometidos a la potestad sancionadora de esta Comisión.

Habiendo delimitado la instrucción de este procedimiento el tipo imputado al incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión, es cuando menos sorprendente la alegación de nulidad de los contratos, que reiteramos excede del ámbito del presente procedimiento. Por lo demás, carece de todo fundamento. TESAU parte de una premisa errónea y es fácilmente colegible que el contrato tipo de la OBA tiene por objeto el suministro conforme a los plazos y condiciones establecidos de los servicios de acceso al bucle recogido en la OBA.

Teniendo en cuenta que todos los argumentos de TESAU ya fueron contestados en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 que desestimó el recurso de reposición a la Resolución de 9 de junio de 2005 (AJ 2005/1074), los damos por reproducidos, transcribiéndose los aspectos relativos a la imposibilidad de cumplimiento:

“En una extensa disquisición, TESAU señala que el contrato-tipo incluido en la OBA es “nulo de pleno Derecho” puesto que considera TESAU que el objeto del contrato es “indeterminado” al no especificar la cantidad, el momento y la localización de los servicios a suministrar. Añade TESAU que los plazos de la OBA son de imposible cumplimiento.

Con respecto a esta última alegación, es preciso tener en cuenta que la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones que invoca TESAU ha sido profundamente abordada por la jurisprudencia que aboga por una interpretación restrictiva del concepto, que ha ido delimitando paulatinamente. Así, ha establecido que su aplicación exige “una imposibilidad o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor” (Sentencias de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994). Por su parte, también ha sentado que la imposibilidad se equipara con la dificultad extraordinaria (Sentencia 6 de octubre de 1994), pero que no cabe confundir dificultad con imposibilidad (Sentencias de 8 de junio de 1906, 5 de mayo de 1986 o 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (Sentencia de 6 octubre de 1994).

Teniendo en cuenta lo anterior, debe reconocerse que ciertamente, si TESAU no se dota de los medios necesarios, el cumplimiento de su oferta de referencia puede llegar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a resultar imposible. Pero precisamente la situación que se ha puesto de manifiesto es que TESAU sí establece recursos para atender la demanda de sus propios servicios, estando entonces en perfectas condiciones de absorber importantes volúmenes de demanda si se han dispuesto recursos con la diligencia necesaria.

Cabe concluir, por tanto, que lo que TESAU denomina "imposibilidad" de cumplir los plazos de provisión, se basa en una apreciación subjetiva, no refrendada en ningún caso por la realidad de lo demostrado por la propia operadora en su actuación y por tanto, al margen de su amparo en el artículo 1184 Cc."

NOVENO. Contestación a otras alegaciones de Telefónica presentadas a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión el 27 del mismo mes y año, Telefónica presenta un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución sancionadora notificada por el Instructor, en virtud del cual se opone a la misma y solicita la declaración de nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente, el archivo del expediente. Además de las ya contestadas, presenta TESAU las siguientes:

1.- Contestación a la alegación PREVIA de los fundamentos de derecho del escrito de alegaciones de TESAU de 20 de Octubre de 2006.

En su escrito de fecha 20 de octubre de 2006, TESAU presenta escrito de alegaciones a la propuesta de resolución sancionadora, planteando, con carácter previo, las siguientes consideraciones:

- Que los hechos descritos y declarados probados en la propuesta de resolución no se ajustan a la realidad y ello debido a que la propuesta presenta una falsa apariencia de incumplimiento generalizado apoyándose exclusivamente en 12 conflictos de acceso al bucle de abonado.
- Que los conflictos de acceso en los que se sustenta la propuesta de resolución se circunscriben a 5 operadores: Jazztel, UNI2, Dragonet, DTI2 e Ibercom, no encontrándose entre los mismos los competidores directos y más importantes contra TESAU, no pareciendo lógico la atribución que se le otorga de ejercer una estrategia deliberada para frenar el despliegue del bucle.
- Afirma TESAU que de los 55 conflictos, 14 están pendientes de tramitación y 41 resueltos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que no existe una conflictividad generalizada sino sólo un conflicto con el operador Jazztel.
- Que ha existido desde finales del 2004 un cambio estructural en la demanda de servicios OBA que junto con la imposibilidad de conocer las planificaciones de los operadores y los exigentes plazos regulatorios, conllevan un impacto negativo en el cumplimiento de la provisión de los servicios.
- En conclusión, afirma TESAU que ni ha existido un incumplimiento generalizado ni ha existido una estrategia deliberada para desarrollar el bucle, sino que han concurrido una serie de circunstancias que tras el correspondiente aprendizaje han permitido actualmente llegar a unos ratios de cumplimiento más que razonables.

Con respecto al **primer argumento** según el cual la propuesta de resolución no se ajusta a la realidad y ello debido a que la misma presenta una falsa apariencia del incumplimiento generalizado apoyándose exclusivamente en 12 conflictos de acceso al bucle de abonado, es necesario recalcar el hecho de que el presente procedimiento sancionador trae causa en el incumplimiento de las obligaciones establecidas para TESAU en las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004 por las que se insta la modificación de la Oferta del Bucle de Abonado. Es decir, en la presente resolución se han determinado unos hechos probados que a lo largo de un periodo de tiempo delimitado han demostrado la existencia de unos incumplimientos por parte de TESAU en cuanto a sus obligaciones derivadas de su Oferta vinculante, por lo que no se puede hablar, como señala TESAU, de una falsa apariencia de un incumplimiento generalizado.

A estos efectos, hay que destacar que los diferentes conflictos analizados en este procedimiento se iniciaron hace bastante tiempo, con lo que no nos encontramos ante unos incumplimientos puntuales sin más, sino de un periodo de tiempo prolongado en el cual TESAU ha incumplido de forma continuada su Oferta.

Lo anterior, se reafirma, teniendo en cuenta lo señalado en la Resolución de esta Comisión de fecha 27 de octubre de 2005 que obra en el presente expediente como apartado 11 del Hecho Probado Primero (DT2005/511), relativa a la solicitud de declaración de contingencia por parte de TESAU en relación con la prestación de servicios OBA, por lo que no se trata de un conflicto específico como tal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicho expediente, la propia TESAU en base a su petición de no aplicación de penalizaciones por retrasos en la provisión de determinados servicios de su Oferta, **reconoce la existencia de retrasos considerables con carácter generalizado y continuado y ello de forma agravada desde verano de 2004.**

Así, como se desprende del propio expediente (página 11 de la Resolución DT2005/511), TESAU señala estar demorando la provisión de los servicios más allá de los plazos determinados para los servicios de la OBA, solicitando por ello que se le reconozca la circunstancia de exceso de pedidos con el fin de que no le sean aplicables las penalizaciones asociadas a los retrasos de provisión de servicios.

La propia TESAU reconoce (página 11 de la Resolución DT2005/511) que “a pesar del aumento de los recursos dedicados a la provisión de los servicios de la OBA, está teniendo múltiples problemas para cumplir los plazos de provisión como consecuencia del creciente volumen de peticiones.”

De los datos que se aportaron al expediente en cuestión, se pudieron extraer las siguientes conclusiones (página 11 de la Resolución DT2005/511):

- En cuanto al servicio de coubicación, los plazos necesarios para dar provisión de dicho servicio, por término medio, son muy inferiores a los plazos máximos definidos, sin embargo, desde mediados de 2004 se observó una tendencia al alza de las solicitudes pendientes, con independencia de la cantidad de solicitudes mensuales de los operadores, lo que parece evidenciar que el problema no es debido a una mala planificación de los operadores sino a la forma en que TESAU gestiona sus recursos.
- En cuanto al servicio de entrega de señal, se observó también una suave tendencia de crecimiento.
- En cuanto al servicio de tendido de cable interno, al igual que ocurría con la coubicación, las solicitudes pendientes fueron aumentando con el paso del tiempo con independencia de las cantidades solicitadas por los operadores.

Con estos datos, resulta claro que no nos encontramos ante una demanda puntual como sugiere de forma continuada TESAU, sino que desde el verano



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2004 los datos muestran una etapa de crecimiento del mercado de acceso al bucle. Con este escenario, no es por tanto razonable reconocer una situación de exceso puntual de pedidos sin más bien un período continuado en el cual se ha ido produciendo cada vez una mayor demanda de servicios por parte de operadores alternativos que TESAU no ha gestionado.

Como ya se determinó en dicho Hecho Probado (página 14 de la Resolución DT2005/511), aunque TESAU debía estar preparada para atender las solicitudes de operadores, se observó un crecimiento continuado de solicitudes pendientes que desde hacía más de un año TESAU venía acumulando, lo cual se tradujo en una persistente ralentización del acceso desagregado al bucle. Especial mención mereció en esta Resolución la provisión de los servicios de prolongación de par que, casi desde su inicio, han estado sufriendo grandes retrasos.

En esta misma Resolución, se adjuntó la tabla que mostraba el hecho de que durante el año 2004 la mayoría de plazos medios de provisión superaron el máximo permitido (dicha tabla se encuentra reproducida en el apartado 11 del Hecho Probado Primero de la presente Resolución a la cual nos remitimos) y de la misma se pueden extraer datos de porcentajes de retraso que alcanzan hasta un 388 % en SdO habilitada, un 210,14% en SdT habilitada, un 132,93% en SdT nueva (o ampliación) o incluso un 95,30% en el servicio de tendido de cable interno.

En dicha tabla se puede observar que independientemente de la fase definida por TESAU (antes y después de octubre de 2004) y por tanto de la cantidad de solicitudes cursadas, TESAU ha venido superando los plazos máximos de los servicios, con lo que no tiene sentido hablar de una situación de contingencia por exceso de peticiones sino más bien por falta de dedicación de recursos de TESAU.

Por lo tanto, analizando los retrasos continuados, resulta evidente que con las modificaciones sucesivas de la OBA y teniendo en cuenta el claro repunte del sector ya en el año 2004, TESAU debía haber sido consciente de que el acceso desagregado al bucle de abonado iba a tener un importante incremento de la demanda, y debería haber puesto los medios (gestión y recursos) para ello, ya que no se tiene constancia de que en la provisión de servicios equivalentes de la propia TESAU hubieran existido los mismos retrasos.

Por ello, cabe señalar que mediante la actuación llevada a cabo por TESAU incumpliendo de forma generalizada la OBA mediante esta serie de considerables retrasos en la provisión de los servicios solicitados, se ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

generado un debilitamiento de los operadores alternativos a la hora de competir con TESAU en el mercado de acceso al bucle, produciendo a dichos operadores un claro perjuicio a la hora de potenciar su desarrollo en el mismo.

A mayor abundamiento, en el mismo expediente de referencia, en el período de alegaciones, TESAU expone (página 16 de la Resolución DT 2005/511) que la demanda de servicios OBA ha sufrido un cambio estructural desde el mes de noviembre de 2004 que no ha podido ser anticipado en toda su magnitud y alcance y ello debido entre otras causas a la falta de obligación de previsiones a los operadores, la existencia de numerosos casos de peticiones puntuales de gran volumen en fechas problemáticas o la realización de peticiones de cubricación por encima de las necesidades reales de los operadores, es decir una vez más TESAU confirma la existencia de retrasos generalizados en la provisión de servicios establecidos en su Oferta y por ello su solicitud de no aplicación de penalizaciones por los mismos.

Cabe indicar que **lo señalado en el expediente DT 2005/511 se predica respecto de una diversidad de operadores, donde por parte de TESAU no se especifica respecto a qué sujetos se aplican los retrasos en la provisión de servicios de la OBA, es decir, se trata de una serie de datos que aporta TESAU a esta Comisión, según le obliga la propia OBA, con carácter global y que demuestran el incumplimiento generalizado de entrega en plazo por parte de TESAU de una diversidad de servicios frente a una diversidad de operadores, no encontrándonos en el marco de un conflicto en particular, hecho que demuestra claramente el indudable incumplimiento generalizado por parte de TESAU.**

En el caso de JAZZTEL, la propia TESAU ha reconocido y así ha quedado acreditado en los hechos probados, que se han producido retrasos continuados y generalizados a los largo del periodo aludido. Así cabe destacar el conflicto DT2005/259 (apartado 10 del Hecho Probado Primero), en el que se verifica que respecto del servicio TCI existió un retraso en la provisión del mismo de un 64% (de 2.845 solicitudes, se reconocen entregadas fuera de plazo 1.589) y respecto del servicio de prolongación de par, en el caso del completamente desagregado existió un retraso de un 57 % (de 2.817 se reconocen entregadas fuera de plazo 1.607) y en el caso del acceso indirecto de un 97% (de 2.991 fueron entregados fuera de plazo 2.913 solicitudes).

A lo dicho, es necesario añadir que de las alegaciones presentadas por la imputada a la propuesta de Resolución del presente procedimiento, en ningún momento se acredita fehacientemente por TESAU que ha cumplido con las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligaciones que le han venido impuestas y que le han llevado a la apertura del procedimiento que trae causa.

Queda claro, por tanto, que el objeto de este procedimiento no es el de crear *“una falsa apariencia de incumplimiento generalizado”* fundamentada en un número de conflictos de acceso mayor o menor para reforzar el incumplimiento por parte de la imputada, sino el de acreditar el incumplimiento generalizado y continuado de las obligaciones en materia de OBA, a través de los innumerables retrasos descritos en los hechos probados.

En segundo lugar, TESAU señala que los conflictos de acceso en los que se sustenta la propuesta de resolución se circunscriben a 5 operadores: Jazztel, UNI2, Dragonet, DTI2 e Ibercom, no encontrándose entre los mismos los competidores directos y más importantes operadores que compiten con TESAU. A su juicio, no parece lógico la atribución que se le otorga de ejercer una estrategia deliberada para frenar el despliegue del bucle.

Resulta evidente que TESAU está obligado a poner su red a disposición de los operadores entrantes indistintamente de cual sea su posición en el mercado y ello con el objetivo de que los operadores alternativos que deseen prestar servicios puedan hacerlo alquilando el uso de la red de TESAU, desplegando en la medida de lo posible sus propias redes troncales, o combinando ambas opciones.

En este sentido, esta Comisión ha procedido, en el ámbito de sus competencias, a resolver cada uno de los conflictos presentados por los diferentes operadores que actúan en el mercado sin influirle el sujeto que lo plantea a la hora de determinar la existencia o no de incumplimientos por parte de TESAU. Y ello puesto que la operadora debe cumplir con sus obligaciones ante cualquiera de los operadores alternativos que estén en situación de demandar determinados servicios de su Oferta, sea cual sea su posición en el mercado.

Pero es que, además, no es cierto que, como alega TESAU, los operadores afectados sean, cuantitativa y cualitativamente, poco representativos. Antes al contrario, tanto por el número que representan respecto del total de los que, en el período considerado, estaban en procesos de coubicación y desagregación, como por el volumen que algunos de ellos representaban, y representan, en los globales del proceso, no cabe sino confirmar la generalidad de la conducta atribuida a TESAU para el período objeto de este expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En **tercer lugar**, en lo relativo al intento de TESAU de hacer creer que actualmente no existe un alto grado de conflictividad en cuanto al acceso al bucle y que incluso puede reducirse todo ello al conflicto latente con un operador en concreto como es Jazztel, esta Comisión, teniendo en cuenta la tabla que se anexa debe remarcar lo insostenible de dicha alegación y ello en base a lo siguiente:

Expediente	Fecha inicio	Interesado	Estado
2002/6534	08/04/2002	COLT TELECOM	Resuelto
2002/7001	20/06/2002	DTI2	Resuelto
2002/7173	11/07/2002	COMUNITEL	Resuelto
2002/7659	21/10/2002	DTI2	Resuelto
2003/50	14/01/2003	ORANGE WEB	Resuelto
2003/316	24/02/2003	ORANGE WEB	Resuelto
2003/700	28/04/2003	DTI2	Resuelto
2003/701	28/04/2003	DTI2	Resuelto
2003/792	13/05/2003	DTI2	Resuelto
2003/1531	27/10/2003	UNI2	Resuelto
2003/1534	27/10/2003	UNI2	Resuelto
2004/928	27/05/2004	DRAGONET	Resuelto
2004/1009	07/06/2004	DTI2	Resuelto
2004/1367	12/08/2004	IBERCOM	Resuelto
2004/1665	26/10/2004	SARENET	Resuelto
2004/1697	03/11/2004	GRUPALIA	Resuelto
2004/1713	04/11/2004	GRUPALIA	Resuelto
2004/1829	24/11/2004	GRUPALIA	Resuelto
2005/38	11/01/2005	EUSKALTEL	Resuelto
2005/348	14/03/2005	DRAGONET	Resuelto
2005/415	18/03/2005	AUNA	Resuelto
2005/1025	07/07/2005	IBERCOM	En trámite
2005/1069	18/07/2005	ASTEL	Resuelto
2005/1193	11/08/2005	GRUPALIA	Resuelto
2005/1516	27/10/2005	FRANCE TELECOM	Resuelto
2005/259	21/02/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/543	12/04/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/628	27/04/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/658	04/05/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/791	25/05/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/1328	29/07/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/1447	11/10/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/811	25/05/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/992	23/06/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/1327	26/07/2005	JAZZTEL	En trámite
2005/1444	29/09/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/1693	28/11/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/346	14/03/2005	JAZZTEL	Resuelto
2005/1404	04/10/2005	JAZZTEL	En trámite
2005/1405	04/10/2005	JAZZTEL	En trámite
2005/1449	13/10/2005	JAZZTEL	Resuelto
2006/48	28/12/2005	GRUPALIA	Resuelto
2006/76	30/12/2005	GRUPALIA	Resuelto
2006/103	28/12/2005	FRANCE TELECOM	Resuelto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2006/204	16/02/2006	YACOM	En trámite
2006/209	13/02/2006	COMUNITEL	Resuelto
2006/218	16/02/2006	IBERCOM	En trámite
2006/393	07/03/2006	GRUPALIA	Resuelto
2006/445	16/03/2006	GRUPALIA	Resuelto
2006/75	19/12//2005	JAZZTEL	En trámite
2006/446	29/03/2006	GRUPALIA	En trámite
2006/167	02/02/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/208	08/02/2006	COMUNITEL	En trámite
2006/327	03/03/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/554	11/04/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/588	27/04/2006	JAZZTEL	Resuelto
2006/728	26/05/2006	COMUNITEL	Resuelto
2006/1004	20/07/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/1291	26/09/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/285	22/02/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/997	19/07/2006	COMUNITEL	En trámite
2006/1274	16/10/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/1275	16/10/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/289	08/03/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/513	06/04/2006	JAZZTEL, ALBURA, COMUNITEL	En trámite
Ejecuciones:			
20006/131		JAZZTEL	En trámite
2006/132		JAZZTEL	En trámite
2006/135		JAZZTEL	En trámite
2006/136		JAZZTEL	En trámite
Sancionadores:			
2005/1053	23/02/2006	TESAU	En trámite
2005/1406	11/10/2006	JAZZTEL	En trámite
2005/1407	19/10/2006	JAZZTEL	En trámite
2006/12	18/01/2006	TESAU	En trámite
2006/996	20/07/2006	TESAU	En trámite
Previos:			
2005/1638	23/11/2005	DTI2	En trámite
2006/286	22/02/2006	JAZZTEL	En trámite

- Desde el año 2002, se han planteado 65 conflictos relacionados con el acceso al bucle.
- Los operadores que han actuado como interesados en los conflictos planteados ante esta Comisión han sido una diversos: Colt Telecom, DTI2, Comunitel, Orange Web, Dragonet, Ibercom, Sarenet, Grupalia, Euskaltel, Auna, Astel, France Telecom, Yacom o Albura. No sólo aparece Jazztel como denunciante de las actuaciones de TESAU.
- Se han solicitado por parte de operadores alternativos ejecuciones forzosas de Resoluciones relativas al abono de penalizaciones devengadas y de adopción de medidas pertinentes para el efectivo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumplimiento de la prestación del servicio dentro de los plazos debidamente establecidos.

- En la actualidad están tramitándose, además de los conflictos pendientes de resolución, procedimientos sancionadores relacionados con el acceso al bucle por incumplimientos concretos de conflictos resueltos por esta Comisión y que presuntamente no han sido cumplidos por parte de TESAU cuando en dichas Resoluciones se les instaba a ello.
- Se está tramitando por esta Comisión un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento por parte de TESAU de las bases de datos de información sobre el acceso al bucle y la interfaz mediante sistema Web vía Internet soporte de los procedimientos administrativos contemplados en la OBA.
- Se están tramitando en esta Comisión informaciones previas a posibles procedimientos sancionadores contra TESAU en relación a posibles incumplimientos de Resoluciones aprobadas en conflictos resueltos con anterioridad.

Visto todo lo anterior, resulta evidente la conflictividad que ha existido desde la aprobación de la primera OBA, en enero de 2001, y cómo aún, cinco años después, esta Comisión continúa resolviendo toda una serie de procedimientos que se incoan de oficio o a consecuencia de denuncias planteadas por los operadores.

En cuarto lugar, en lo relativo a la existencia de un cambio estructural en la demanda de servicios OBA que junto con la imposibilidad de conocer las planificaciones de los operadores y los exigentes plazos regulatorios, hemos de remitirnos al Fundamento de Derecho Quinto relativo a la culpabilidad en la comisión de la infracción.

Por todo ello, conocida la situación existente por TESAU, se puede entender que sí ha existido una estrategia con el fin de obstaculizar el desarrollo del bucle en beneficio propio y que no se trata en el presente procedimiento de permitir o no un aprendizaje a la imputada para *“llegar a unos cumplimientos más que razonables”* como señala en sus alegaciones, sino de resolver si efectivamente ha existido o no un incumplimiento de los hechos que se le imputan y si existen en su caso posibles circunstancias agravantes o atenuantes a tener en cuenta en la sanción que recaiga en el presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Respecto a la presunta vulneración por parte de la Comisión del principio “Non Bis in idem” postulado en el artículo 133 de la LRJPAC.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, TESAU declara la nulidad de pleno derecho de la Resolución que se dicte por considerar vulnerado el principio non bis in idem, postulado en el artículo 133 de la LRJPAC y proscrito en el artículo 25 de nuestra Carta Magna.

Dicha vulneración deriva, a juicio interpretativo de TESAU, de la tramitación en curso de dos procedimientos con identidad de sujetos, hechos y fundamentos, por dos órganos administrativos de distinto orden, cuales son la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC).

En efecto, TESAU manifiesta que *“tanto el SDC (Servicio de Defensa de la Competencia) como la CMT están siguiendo, como se expone en esta alegación, cada una de ellas, un procedimiento sancionador por los mismos hechos y fundamento frente a TESAU”* pudiendo suponer dos resoluciones sancionadoras, vulnerando, según TESAU, *“el artículo 25.1 de la Constitución, y en sede legal por el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativos Común, lo que vicia de nulidad de pleno derecho la resolución que se dicte en el seno de este expediente”*.

El artículo 133 de la LRJPAC establece lo siguiente:

“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”.

Dejando al margen la identidad del sujeto, que resulta evidente, en tanto que es TESAU el presunto infractor de las conductas susceptibles de ser sancionadas, se hace necesario hacer un análisis de los dos requisitos restantes, a efectos de determinar si efectivamente, tal y como alega TESAU, se estarían tramitando dos procedimientos con identidad de hechos y fundamentos.

1.- Sobre la identidad de los hechos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sostiene TESAU en su escrito de Alegaciones a la propuesta de Resolución, que el SDC está instruyendo un procedimiento sancionador frente a TESAU iniciado en virtud de denuncia formulada por JAZZTEL, por los eventuales retrasos sufridos en la provisión de servicio OBA.

Añade además que, *“los hechos imputados por la CMT a TESAU respecto de Jazztel son idénticos: i) incumplimiento continuado y generalizado de la OBA, ii) que no ha afectado al despliegue por TESAU de sus propios servicios, iii) que se ha llevado a cabo en ejecución de un plan preconcebido y iv) que han causado un doble perjuicio para la competencia y repercuten en última instancia en la oferta de servicios de banda ancha a usuarios finales”*.

Sobre la base de lo anterior, se hace necesario poner de manifiesto que si bien es cierto que parte de los hechos, al menos los que afectan a TESAU en relación con JAZZTEL, pudieren coincidir, las infracciones que se derivan de las actuaciones sancionables son manifiestamente distintas.

Así las cosas, el SDC, estaría tramitando un expediente por un posible abuso de posición dominante (artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia), cuya infracción puede suponer una sanción administrativa (art. 10 de la misma Ley). Por su parte, la comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, estaría tramitando un procedimiento sancionador por un presunto incumplimiento de las Resoluciones dictadas por ella, tipificado como infracción administrativa en el artículo 53.r de la LGtel.

Como se observa de lo anterior, podría suceder que en virtud de unas actuaciones idénticas (retrasos en la entrega de los servicios de cubricación, del servicio de cable interno etc.), se produjeran dos infracciones tipificadas en dos leyes distintas como son la Ley de Defensa de la Competencia y la LGtel, de tal manera que cada órgano administrativo, como garante de intereses distintos, se vea en la obligación de utilizar los instrumentos legales existentes para acometer las ineludibles funciones que su normativa le encomienda.

Así, en el caso del procedimiento incoado por el SDC, los hechos valorados son un presunto *“abuso de posición de dominio en relación con el conjunto de retrasos injustificados que vienen constatándose en la prestación de los diferentes servicios necesarios para la desagregación del bucle de abonado”*, y en el caso de la Comisión se propone sancionar el incumplimiento de dos resoluciones dictadas por la Comisión, a saber: i) apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y ii) el incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se hace necesario, en apoyo de lo anterior, destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1987 (RJ 1987/3519), que dejó establecido lo siguiente:

“habiendo proclamado el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 30 de Enero de 1981 (RTC 1981\2) y 3 de Octubre de 1983 (RTC 1983\77) (Sala 2.ª), como no podía ser menos, que el principio del non bis in idem constituye uno de los límites de la potestad sancionatoria que el art. 25 de la Constitución concede a los Poderes públicos, pero sin que la existencia de una dualidad de procedimientos, en sendas administraciones diferentes represente violación alguna de tal principio, si, aun tratándose de los mismos hechos, tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normativas diferentes, de inexcusable acatamiento para cada órgano, razonamientos enteramente aplicables al presente caso y que eliminan la infracción que se alega”

Además, a la hora de valorar unos hechos sancionables, si bien es cierto que deben tenerse en cuenta las actuaciones que producen dichos hechos (retrasos en la entrega de servicios), lo realmente importante es la infracción que se comete (incumplimiento de una resolución de la Comisión). Esto es, lo que se debe valorar para determinar si hay identidad de hechos, es la infracción que producen las actuaciones, no habiendo identidad de hechos, si de unas mismas actuaciones se derivan infracciones distintas.

El Auto del Tribunal Constitucional número 329/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995/329), dejó sentado lo siguiente:

“Las Sentencias que impugna no suponen una infracción del principio “non bis in idem”. Para ello se requeriría la identidad fáctica de lo enjuiciado y que la condena tenga su sustrato en una idéntica valoración jurídica; es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado. Expresado en otros términos: la interdicción que el principio supone no recae meramente sobre la sanción de los mismos hechos, que es el nervio de la escueta alegación de los recurrentes, sino esencialmente sobre la sanción de la misma infracción. Detenerse en lo primero supondría negar la propia existencia del concurso ideal de delitos...”

En su virtud, debemos desestimar la pretensión de TESAÚ, de considerar que lo hechos objeto de los procedimientos sustanciados por el SDC y la Comisión mantienen la misma identidad de hechos, por considerar esta Comisión, que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las conductas sancionables, si bien pudieran ser la mismas, no producen los mismos resultados, es decir las mismas infracciones, y por lo tanto, a los efectos de la aplicación del principio non bis in idem, no supondría una identidad de hechos sancionables.

2.- Sobre la identidad de fundamentos.

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

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991/234), establece que *“para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde las perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”*.

TESAU, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución manifiesta que el *“bien jurídico protegido tanto por el expediente instruido por esa Comisión como por el que tramita el SDC sería la salvaguarda de la competencia en el mercado mayorista de acceso desagregado al bucle de abonado y en el mercado conexo de servicios minoristas de banda ancha”*.

Pues bien, esta Comisión discrepa de la valoración que TESAU hace del bien jurídico tutelado por esta Comisión en la tramitación del presente expediente sancionador.

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.

En este segundo caso puede ocurrir que la protección de esos distintos bienes protegidos esté encomendada a órganos u organizaciones diferentes, y entonces, aunque el imputado ha llevado a cabo una sola acción u omisión, no comete una sola infracción sino varias, por lo que no se constituye sólo una relación jurídico-punitiva sino varias.

Así, en el caso de la Comisión, el bien jurídico que se tutela mediante el presente procediendo sancionador, no es otro que el cumplimiento de las resoluciones que dicta al amparo de la legislación vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La OBA, es la Oferta de Referencia que Telefónica debe publicar en base al principio de transparencia en conjunción con el principio de no discriminación postulados en el artículo 13 de la LGtel, obligación impuesta, en base a la posición de dominio que TESAU ostenta en el mercado de las Telecomunicaciones. Una de las finalidades que pretende la OBA, por el contenido que regula, es la de permitir que otros operadores puedan actuar en el mercado garantizando así la interoperabilidad de los servicios entre los usuarios finales, objetivos éstos que, de acuerdo con su artículo 3, persigue la LGtel.

En atención a lo anterior, las obligaciones contenidas en la OBA, pretenden garantizar, entre otros, el acceso a los recursos necesarios a los operadores, y por otro lado, la interoperabilidad de los servicios entre los usuarios finales, aspectos sobre los que puede intervenir la Comisión en virtud del artículo 14 de la LGtel.

Así todo, las obligaciones impuestas en la OBA derivan, en lo que aquí interesa, de varias resoluciones dictadas por la Comisión (apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y apartado primero de la resolución de 31 de marzo de 2004). Incumplimiento, el de las resoluciones, que el artículo 52 de la propia LGtel tipifica como infracción muy grave.

Parece claro, sobre la base de lo anterior, que en los procedimientos sustanciados por el SDC y la Comisión, se tutelan bienes jurídicos distintos. Por un lado, el SDC está tutelando la salvaguarda de la competencia y la Comisión el cumplimiento de las resoluciones dictadas por ella.

Asimismo, debemos poner de manifiesto que **la relatividad de la aplicación de la regla non bis in idem se pone también de manifiesto cuando el hecho objeto de valoración jurídica se encuentra reprobado por normas distintas cada una de las cuales trata de velar por aspectos diversos del orden social.**

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 159/1985, de 27 de noviembre, establece que “Es claro, sin embargo, que por su misma naturaleza, el principio non bis in idem sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior, aplicar aquí el principio non bis in idem sería como pretender que la Comisión eludiera la responsabilidad encomendada por la legislación de garantizar el cumplimiento de los objetivos enumerados en el artículo 48 en relación con el artículo 3 de la LGtel. Es por ello precisamente, por lo que una norma con rango de ley como es la LGtel le ha otorgado una serie de facultades, de entre las que se encuentra la de sancionar aquellas conductas que incumplan las resoluciones dictadas por la Comisión, por lo tanto, el interés que se persigue por la Ley, aplicado al presente procedimiento, es sustancialmente distinto al que, en su caso, persigue el Servicio de defensa de la Competencia, que no es otro que el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos (artículo 20 de la LDC).

Pero incluso, en el supuesto que prevé TESAU en su escrito de alegaciones, si se produjera, que no sucede, la vulneración del principio non bis in idem, no debemos obviar la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, que posibilita la doble sanción administrativa, siempre que se descuente de la segunda sanción el importe de la primera, por considerar que no se produciría duplicidad sancionadora.

Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003/2), dio solución al problema del non bis in idem al establecer lo siguiente:

“Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en «bis in idem» sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 177) (F. 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”.

En virtud de lo anterior, esta Comisión considera que en los procedimientos incoados por el SDC y la Comisión objeto de las alegaciones de TESAU, no se produce la identidad de fundamentos pretendida, puesto que los bienes jurídicos que se tutelan en ambos procedimientos son totalmente distintos.

Así el bien jurídico que tutela la Comisión en el presente procedimiento es el cumplimiento de las Resoluciones que dicta al amparo de la legislación vigente, mientras que el bien jurídico que tutela el SDC no otro que garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

En cualquier caso, y en última instancia, esta Comisión es la autoridad mejor situada para el análisis no sólo del incumplimiento de sus resoluciones, sino de la adecuada implementación de la garantía del acceso en materia de telecomunicaciones, por lo que si llegara a ser aplicable el principio del non bis in idem, ello afectaría solamente al SDC y no a la CMT, encargada de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones ex ante establecidas en el sector de las comunicaciones electrónicas.

3.- Respecto a la declaración de nulidad de pleno derecho del expediente sancionador por considerar TESAU que los requerimientos de información solicitados en el procedimiento no se ajustan a derecho.

En el apartado segundo de las alegaciones a la propuesta de Resolución del presente procedimiento sancionador TESAU solicita la nulidad de pleno derecho del expediente sancionador por considerar vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC (actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional).

TESAU apoya su solicitud en una serie de requerimientos de información solicitados en fecha 2 de junio de 2006 a varios operadores, fecha en que el período de prueba ya había finalizado.

En efecto, tal y como consta en el antecedente DECIMOCTAVO de la presente resolución, en atención a la solicitud de TESAU, incorporada a su escrito de alegaciones de fecha 29 de julio de 2005 interesando la práctica de determinados medios de prueba, se acordó la apertura de un período de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prueba en fecha 25 de abril de 2006, acordándose un plazo común de 20 días para la práctica de los medios de prueba propuestos.

Una vez finalizado el periodo de prueba, y en base a un mejor conocimiento de los hechos, con fecha 2 de junio de 2006 se requiere a varios operadores la información a la que se refiere la antecedente de hecho VIGESIMOCUARTO de la presente resolución.

Como consecuencia de lo anterior TESAU manifiesta en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que *“la instructora ha practicado una prueba testifical encubierta a la que ha otorgado plena eficacia probatoria, como demuestran las innumerables citas que constan sobre las contestaciones a lo largo de todo el procedimiento sancionador”, y además manifiesta que “las cuestiones preguntadas por la instructora tenían por objeto averiguar los hechos en virtud de los cuales procede o no procede sancionar a TESAU”.*

Pues bien, de acuerdo con lo anterior, conviene poner de manifiesto la sorpresa que causan las alegaciones de TESAU en su pretensión de querer trasladar todo el peso probatorio del presente procedimiento, a los requerimientos de información antes referidos.

Tal como consta en los hechos de la presente resolución, el objeto del procedimiento es el incumplimiento generalizado de las obligaciones OBA por parte de TESAU que conducirían, inevitablemente, al incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la OBA publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la OBA de TESAU.

Para determinar dicho incumplimiento, se han tenido en cuenta los hechos acreditados de conflictos cerrados en los que TESAU ha incumplido con las obligaciones contenidas en la OBA, que a la vista del contenido de la presente resolución, son más que suficientes para determinar si TESAU, ha incumplido las resoluciones de modificación de la OBA de fecha 2002, y 2004. Por lo tanto, los requerimientos de información objeto de la presente alegación, la única finalidad que persiguen es aclarar y abundar (no aportar nuevos) sobre los elementos de juicio que fundamentan la presente resolución sancionadora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Sobre la naturaleza jurídica de los requerimientos de información en el marco del presente procedimiento sancionador.

El artículo 78 de la LRJPAC establece que *“los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención...”*

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, dicha obligación del órgano de instrucción viene manifestada en el artículo 16 del Reglamento de la potestad sancionadora que establece que *“el instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción”*.

De la lectura de los precitados artículos se desprende la definición de lo que se entiende por actos de instrucción, que son aquellos actos *“adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”*.

Dichos preceptos son una declaración de la obligación que tiene el instructor en el procedimiento, puesto que es éste, quien tiene la carga de la prueba para sancionar al presunto infractor. Así, para el interesado, las actuaciones y alegaciones son un derecho, a diferencia del instructor quien es el que debe acreditar los hechos para sancionar, por mandato de la Ley (*“el instructor realizará de oficio”*).

Por su parte, el artículo 17.1 del Reglamento del Procedimiento sancionador señala que el órgano de instrucción *“podrá”* acordar la apertura de un periodo de prueba, estableciendo un período específico para practicar dichas pruebas. Por lo tanto, se desprende claramente que el instructor puede realizar cualesquiera actuaciones durante el proceso de instrucción, sin que constriña al del periodo de prueba.

En su escrito de alegaciones TESAU manifiesta que *“la instructora ha practicado una prueba testifical encubierta a la que ha otorgado plena eficacia probatoria”*, calificándolo además, como un medio de prueba ilegal.

Pues bien, esta Comisión discrepa de la interpretación que hace TESAU sobre la naturaleza de los requerimientos de información. Ello es así, porque como ya



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se ha dicho, esta Comisión tiene la obligación de utilizar todos los medios a su alcance para acreditar los hechos susceptibles de ser sancionados (no cabe duda de que ello es una garantía para el administrado). Para ello la Comisión, como es evidente, debe servirse de diversos instrumentos contenidos en la Ley, y eso es lo que ha hecho.

Por un lado, ha aplicado los artículos 78 de la LRJPAC y 16 del Reglamento sancionador, que le obligan a realizar todas aquellas actividades necesarias para acreditar los hechos, actuaciones que pueden realizarse tanto en el trámite de prueba, como en cualquier fase del procedimiento. Dichas actuaciones, se han concretado en la facultad que tiene la Administración, y en el deber que tienen los particulares de colaborar con la Administración. Así, el artículo 39 de la LRJPAC, establece que *“los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos en la Ley”*, previsión que se contiene en la LGtel, que en su artículo 9 faculta a la Comisión para *“requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas”*, la información necesaria para, entre otros, *“cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico”*.

En su virtud, los requerimientos de información objeto de la presente alegación, a juicio de esta Comisión, son informaciones para completar y aclarar los hechos probados en la resolución, pero en ningún caso aportan nuevos hechos.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 1997 (RJ 1997/5298), dejó establecido lo siguiente:

“Respecto de la primera de las alegaciones es cierto que el Tribunal Supremo viene negando que los informes, posteriores al acta, gocen de la presunción de veracidad que en determinadas circunstancias alcanza a aquélla, y ello de modo fundamental porque respecto de los informes el administrado está en una clara situación de desventaja, ya que los desconoce y carece de los medios precisos para rebatirlos, así Sentencia de 1 de octubre y 19 de noviembre 1990 (RJ 1990/7417 y 8485). Ahora bien la claridad de esta doctrina a la que en buena lógica prestamos atención no impide que deban estudiarse cada uno de los supuestos de modo individualizado y sin que suponga contradicción con lo expuesto otorgar cuando procede valor a los informes en cuanto medio de prueba, cuando ciertamente completen la presunción que se derive del acta. Esto es precisamente el supuesto que nos ocupa; el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

informe no hace otra cosa más que completar el acta, dando y estableciendo precisiones que avalan el contenido de aquélla”.

2.- Sobre la nulidad de pleno derecho alegada por TESAU.

TESAU manifiesta que *“no podemos entender como en un expediente sancionador en el que se está discutiendo sobre si TESAU ha incumplido o se ha retrasado en la provisión de servicios y si ha causado o no perjuicios a los Operadores, la prueba que se practica al respecto no sólo se realiza vulnerando los más elementales principios de contradicción y defensa sino que para evitar cualquier posibilidad sobre la misma se declara confidencial la mayor parte de la información suministrada por los Operadores”*. Es por ello, y por la extemporaneidad en que se ha producido dicha actuación por lo que TESAU declara la nulidad de pleno derecho del expediente sancionador.

Pues bien, el vicio manifestado por TESAU no causaría la nulidad de pleno derecho del expediente que pretende TESAU. En primer lugar, porque las pruebas que pretende anular TESAU no son esenciales para la resolución sancionadora, puesto que como ya se ha dicho, y queda patente en la presente resolución, el peso probatorio de los hechos que provocan el incumplimiento de las resoluciones OBA se basan en los expedientes tramitados por la propia Comisión, expedientes ya terminados. En segundo lugar, porque TESAU ha tenido la oportunidad de alegar cuanto haya creído conveniente en la fase del trámite de audiencia posterior a la propuesta de resolución, incluso rebatir las informaciones contenidas en dichos requerimiento, a excepción hecha, claro está, de aquella información declarada confidencial.

A este respecto, el RD 1398/1993, de 4 de agosto, Regulador del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en su artículo 19 regula en trámite de audiencia a la propuesta de resolución, estableciendo lo siguiente:

“La propuesta de resolución se notificará a los interesados, indicándoles la puesta de manifiesto del procedimiento. A la notificación se acompañará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que los interesados puedan obtener la copias de los que estimen convenientes, concediéndoseles un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988/804), al establecer lo siguiente:

“El vicio en que ha incurrido la tramitación del caso que nos ocupa ha consistido en no darle la oportunidad de participar en la práctica de la prueba pericial analítica llevada por la Administración demandada, ni se le notificó el derecho que le asistía a tal práctica.

... lo reseñado descubre, no la ausencia total del procedimiento, en el sentido absoluto contemplado en el precepto citado de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino en la realización de un trámite, de los varios de que ha constado ese procedimiento, de forma defectuosa o viciosa, en detrimento de los derechos de defensa del administrado. Lo que quiere decir que el problema se traslada, del terreno de la nulidad absoluta, al de la posible anulabilidad del acto, la cual dependerá del grado de indefensión de la empresa, y de la posibilidad de que aun contando con ese vicio haya pruebas suficientes para sostener la validez jurídica del acuerdo recurrido”.

Pero es que además, como ya hemos reiterado, en ningún caso, la información contenida en los requerimientos de información es decisiva para el presente procedimiento, sino que su función es la de aclarar los hechos probados, por lo que debemos considerar que no se ha producido la indefensión alegada por TESAU. Si se prescinde del resultado de dicho trámite, el resultado sería el mismo.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 164/1996, de fecha 28 de octubre, (RTC 1996\164), declaró lo siguiente:

“Es, en efecto, doctrina reiterada de este Tribunal que no toda irregularidad procesal o indefensión puramente formal puede, por sí sola, implicar una vulneración del derecho de defensa constitucionalmente reconocido en el art. 24.2 CE, siendo necesario a estos efectos que se produzca un menoscabo real y efectivo del mismo, esto es, una indefensión material directamente imputable al órgano jurisdiccional.

De ello se desprende que no toda prueba admitida y no practicada es susceptible por sí de ocasionar una indefensión constitucionalmente proscrita, puesto que para ello deberá quedar acreditado el efecto decisivo de dicha prueba en la solución del litigio, determinante por ello del fallo final. El derecho a la utilización



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los medios de prueba pertinentes para la defensa garantiza a las partes del proceso la aportación de las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a sus pretensiones, dentro de los autorizados por el ordenamiento”.

En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en innumerables ocasiones el Tribunal Supremo, sirviendo de ejemplo su Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2003 (RJ 2004/3153), que dejó establecido lo siguiente:

“Por lo que respecta a la omisión del trámite de prueba ha de ponerse de manifiesto que en las infracciones procedimentales sólo procede la anulación del acto en el supuesto de que tales infracciones supongan una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido; y sin embargo no es procedente la anulación del acto por omisión del trámite preceptivo cuando, aun cumplido este trámite, se pueda prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se pretende anular...”

En definitiva, los requerimientos de información apuntados no han aportado datos relevantes para la imposición de la sanción, ni tan siquiera para su graduación, toda vez que las conclusiones que de ellos se extraen o no son relevantes por sí mismas o pueden derivarse lógicamente como consecuencia necesaria y previsible de los incumplimientos de TESAU. En cualquier caso, TESAU ha podido evacuar el trámite de audiencia acerca de tales hechos, e incluso podría haber interesado del Consejo la práctica de nuevas diligencias de comprobación, previamente a la resolución definitiva, circunstancia que no en ningún momento ha planteado, por lo que no puede aceptarse la existencia de indefensión alguna.

4.- Respecto a la existencia de errores en las cifras manejadas en los Hechos Probados de la propuesta de resolución.

TESAU pone de manifiesto una supuesta existencia de errores en las cifras manejadas en los Hechos Probados de la propuesta de resolución. En relación con estas afirmaciones esta Comisión desea realizar las siguientes consideraciones:

- Al calcular los porcentajes de incumplimientos, TESAU compara el volumen total de servicios prestados para cada modalidad desde el inicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la prestación histórica de estos servicios en 2001 hasta el 30 de septiembre del año 2006, incluyendo, aparentemente, el número de los relativos a periodos no considerados en la propuesta. Por tanto, compara los incumplimientos recogidos en la propuesta de Resolución que comprenden el periodo enero 2004-abril 2005 con los servicios prestados hasta el 30 de septiembre de 2006, con lo que los porcentajes resultantes con este enfoque de TESAU, además de que inducen a error, son sensiblemente inferiores a los que se obtendrían de comparar únicamente los prestados en el periodo de incumplimiento señalado.

- En cuanto a la afirmación de que TESAU ha realizado 770.374 prolongaciones de par, debe advertirse, por un lado, que más de la mitad de dicha cifra corresponde al año 2006, fuera por tanto del periodo de referencia; y por otro lado, la cifra dada se refiere a la totalidad de los operadores, mientras que a JAZZTEL le correspondería un pequeño porcentaje del total de prolongaciones del periodo considerado en los hechos probados. En consecuencia, la cifra aportada por TESAU tampoco sirve de base para el cálculo.
- En el escrito de alegaciones⁷⁷, TESAU afirma que los porcentajes de incumplimientos recogidos en el apartado 10.1 de la propuesta⁷⁸ de resolución *“son claramente voluntaristas ya que pretenden dar la sensación de un incumplimiento generalizado en el servicio de TCI al afirmar un retraso del 60 % de las solicitudes cuando, en buena lógica, se trata exclusivamente de las solicitudes denunciadas por Jazztel”*. Sin embargo, esta interpretación no se ajusta a la redacción presentada puesto que en ningún momento se señala que los citados porcentajes sean globales, sino que constantemente la propuesta hace referencia a que las cantidades de incumplimientos recogidas en el mismo se refieren exclusivamente a las solicitudes denunciadas por JAZZTEL (en el expediente objeto de examen) y no a la totalidad de las actuaciones de TESAU con el resto de los operadores. Como bien sabe TESAU, los datos a los que hace referencia se recogen, dentro de la propuesta, en el apartado correspondiente al análisis de los datos de la resolución DT 2005/259 y los porcentajes, como manifiesta el texto comentado, se refieren a los servicios allí examinados.

⁷⁷ Último párrafo de la pág. 24 del escrito de alegaciones.

⁷⁸ Se refiere al apartado III (Hechos Probados) de la Propuesta de Resolución de la Instructora, en el que se efectúa un análisis de los datos correspondientes al incumplimiento del plazo de provisión del servicio de Tendido de Cable Interno del “Conflicto de acceso al bucle de abonado entre Jazztel y TESAU en relación con el cumplimiento de plazos de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado” (DT 2005/259)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.- Alegaciones sobre el comportamiento de JAZZTEL.

TESAU considera que el comportamiento de los operadores implicados en la conflictividad generada no puede ni debe pasar inadvertido en la valoración de si TESAU es o no culpable. TESAU señala que aunque corresponde a JAZZTEL completar y complementar el objeto del contrato que supone la aplicación de la OBA, determinando los servicios que requiere, ese derecho potestativo unilateral ha de ser ejercitado según los principios generales del Derecho, es decir, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, el uso y la Ley, para ser compatible con el 1256 del Código Civil. Por ello considera TESAU que las irregularidades e incumplimientos contractuales de JAZZTEL no pueden pasar inadvertidas a la hora de enjuiciar la culpabilidad de TESAU. TESAU concluye que JAZZTEL ha incurrido en múltiples irregularidades e incumplimientos contractuales y difícilmente puede imputarse toda la responsabilidad y toda la culpa a TESAU.

Pues bien, lo que en este procedimiento se enjuicia no es la actuación de JAZZTEL u otros terceros sino el cumplimiento por parte de TESAU de las resoluciones de esta Comisión, porque TESAU es la entidad encargada de suministrar los servicios de acceso al bucle y suya es la responsabilidad de no haber dispuesto los recursos necesarios. Cualquier concurrencia de culpas hipotética por parte de JAZZTEL afectaría a la cuantificación de las indemnizaciones que procedan entre ellos, pero no altera en nada la conclusión acerca del incumplimiento generalizado y deliberado de TESAU.

TESAU apunta que JAZZTEL le planteó una demanda de reclamación de daños y perjuicios que la Sentencia de 17 de Julio de 2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, estimó sólo parcialmente, concluyendo que no podía afirmarse la existencia de un incumplimiento generalizado y que JAZZTEL no había visto frustradas sus expectativas porque no existía incumplimiento total sino simples y puntuales retrasos, y que estos hechos probados y resueltos por la jurisdicción competente no pueden ser inadvertidos en el presente expediente sancionador.

A ello debe responderse que en modo alguno la actividad de los tribunales en la jurisdicción civil puede alterar el marco competencial de esta Comisión; y en el ejercicio de la potestad sancionadora que le corresponde según ha establecido legalmente debe tener en cuenta todos los elementos de juicio disponibles, tanto la documentación obrante en el expediente como las alegaciones de TESAU relativas a la sentencia citada. Lo que es evidente es que de la Sentencia, que está recurrida, no se desprende que TESAU haya dado adecuado cumplimiento a sus obligaciones, sino que se ha concluido que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el incumplimiento de TESAU existe y que con la información disponible los perjuicios causados pueden cuantificarse en una determinada cantidad.

TESAU alega que la concentración de centenares de solicitudes en dos días concretos del mes de octubre y noviembre de 2004 inevitablemente tiene como consecuencia posibles retrasos en su prestación.

No obstante, la concentración de solicitudes de coubicación en días concretos es un dato totalmente irrelevante, como se desprende de una lectura siquiera somera del procedimiento aplicable (procedimiento de coubicación de la OBA). Cada una de esas solicitudes seguirá su propio curso y según el número de operadores interesados en la central solicitada, se llegará con menor o mayor demora a la fase de confirmación de su interés a la vista del proyecto técnico correspondiente, tras la fase inicial de aprobación de una estimación de los costes de habilitación. Así pues, la ejecución de los trabajos necesarios de obra civil, que deberán iniciarse una vez confirmado cada proyecto técnico, no será ni mucho menos simultánea.

Según TESAU, es suficiente constatar que las solicitudes de JAZZTEL en el período septiembre a diciembre de 2005 suponen entre el 35% y el 40% de todas las solicitudes del resto de operadores TESAU añade que el comportamiento irregular en las peticiones de TCI supone un aluvión mientras que TESAU no dispone de capacidad infinita en todo momento y lugar para atender cualquier solicitud que se le presente.

De nuevo debe reiterarse que TESAU aporta muchos datos de servicios OBA pero ninguno que ponga en perspectiva las solicitudes de JAZZTEL en relación con el volumen real de actividad global de TESAU, que es el relevante por la gran movilización de recursos que supone mucho mayor y debe ser la referencia para justificar que ha existido un exceso de demanda. No es relevante que JAZZTEL solicite más servicios OBA que otros operadores, puesto que eso sólo significa que pretende alcanzar un número mayor de centrales y una mayor zona de cobertura.

Alega TESAU que uno de los más claros ejemplos de la irracionalidad del comportamiento de JAZZTEL el sobredimensionamiento de muchas Centrales en los servicios de coubicación y TCI, a la vista del número de clientes potenciales o número de líneas de la Central. TESAU aporta una relación de 16 ubicaciones que JAZZTEL habría sobredimensionado.

TESAU olvida a la hora de establecer un límite teórico de clientes potenciales por central que está obligada al suministro de bucles vacantes, con lo que los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores no deben limitarse a acceder a las líneas activas de la central sino que pueden ofrecer líneas adicionales a los clientes de la zona de cobertura. Muchos clientes empresariales y algunos residenciales podrían estar interesados en contratar una línea adicional si los operadores pudieran ofrecerles servicios atractivos sobre la base de un cumplimiento efectivo de la OBA por parte de TESAU.

En cualquier caso, los operadores hubieran podido dimensionar adecuadamente sus pedidos utilizando los servicios de información de la OBA, pero TESAU los ha implementado de forma tan deficiente que los hace inservibles y ha obligado a la CMT a la apertura de un procedimiento sancionador al efecto (de referencia 2006/12) y a la adopción de medidas en el expediente DT 2006/103 (resolución de 14 de septiembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre France Telecom España, S.A., y Telefónica de España, S.A.U., en relación con el SGO de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA).

Según TESAU, JAZZTEL ha cancelado gran parte de sus solicitudes de tendido de cable externo y llama poderosamente la atención que eso no se tenga en cuenta cuando se imputa incumplimiento de la OBA por retraso en 5 TCE's.

A ello debe responderse que TESAU no expone el contexto y las circunstancias en que se produjeron esas peticiones que finalmente serían canceladas, mientras que los hechos analizados en el expediente DT 2005/346 se estudiaron en detalle y se ha acreditado los incumplimientos en la relación de hechos probados.

TESAU alega que no es lógico que JAZZTEL denuncie retrasos en circuitos de capacidad portadora, modalidad de entrega de señal, y que la CMT concluya que el retraso esté perjudicando sus planes de despliegue y que posteriormente, al poco tiempo, una vez instalados los circuitos, JAZZTEL solicite la baja de los mismos.

Nuevamente debe reiterarse que no es la actuación de JAZZTEL la que debe examinarse en este procedimiento. En todo caso, nada impide a un operador iniciar su actividad en una central con la modalidad de entrega de señal denominada capacidad portadora y posteriormente se solicite la baja del circuito cuando posteriormente se dispone de otra modalidad de entrega de señal de más prestaciones o mayor eficiente técnico-económica. Además, la estructura de precios del servicio, con significativas cuotas de alta tanto del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio de conexión como del servicio de enlace, compensa con creces que el periodo de permanencia no sea excesivo.

TESAU indica que JAZZTEL es titular de 7.817,31 m2 de espacio OBA de los 16.926,30 m2 del espacio OBA de toda España, dato que mal se compadece con el grado de ocupación y el tiempo que tarda en usarlo, especialmente cuando el espacio de coubicación es un bien escaso.

Lo único que refleja el dato aportado por TESAU es que JAZZTEL ha procedido a un despliegue más ambicioso que otros operadores implicados. No obstante, de nuevo TESAU no compara los servicios de la OBA con el volumen de las actividades equivalentes destinadas a hacer posible la prestación de servicios por TESAU, que es el contexto relevante, especialmente en relación con los servicios cuyo despliegue se ha producido durante el periodo de referencia de los hechos probados. Por ello debe aclararse que TESAU está aportando un dato carente de significación al no relacionarlo con el espacio destinado a sus propios servicios.

TESAU sostiene que JAZZTEL ha realizado peticiones muy por encima de lo que necesitaba y de lo que, según una previsión racional y comportamiento normal de la demanda, cabría esperar. A continuación aporta TESAU numerosos datos que reflejan lo que denomina infrautilización de infraestructuras por parte de JAZZTEL. TESAU considera que ello ha sido reconocido por la propia CMT, y así consta en distintas Actas de Inspección en las que consta expresamente que “los inspectores comprueban la realidad de la baja ocupación”. TESAU añade que JAZZTEL ha solicitado servicios OBA adicionales en centrales en las que el grado de utilización de las infraestructuras era ya mínimo y, por lo tanto, eran servicios innecesarios.

Ya ha señalado que no es el proceder de JAZZTEL lo que se analiza en este procedimiento.; ni tampoco su eficiencia en las operaciones o excelencia en la prestación de servicios ni su plan de negocio es acertado. Por lo demás, en el momento inicial de utilización de unas infraestructuras evidentemente su ocupación es muy baja, porque están destinadas a su utilización a lo largo de un plazo que se ha tomado como referencia en el dimensionado, y es obvio que el acceso al bucle se encuentra en un estadio en que sigue avanzando el despliegue. Además, la tremenda incertidumbre en la atención de las solicitudes de servicios OBA generada por los incumplimientos de TESAU, como se ha observado en el presente procedimiento, puede haber supuesto un incentivo a la utilización de un plazo de referencia algo mayor en el dimensionado y al establecimiento de más infraestructuras para prevenir problemas futuros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU considera que constan en el expediente DT 2006/741 las múltiples irregularidades cometidas por JAZZTEL en materia de portabilidad.

A ello debe responderse que difícilmente pueden ser explicados los incumplimientos de TESAU por las eventuales irregularidades imputables a JAZZTEL que se observen en el citado expediente, puesto que se refiere a otra vertiente de la actividad de ambos operadores, en particular la recuperación de abonados por parte de TESAU. Es evidente que no es objeto de este expediente los hechos que se analizan en el citado expediente DT 2006/741 y que podrían ser imputables a JAZZTEL, y viceversa en el expediente DT 2006/554 en el cual reprocha JAZZTEL a su vez a TESAU irregularidades análogas también en materia de portabilidad. En cualquier caso, debe reiterarse que este expediente no tiene por objeto analizar la conducta de JAZZTEL, sino la de TESAU, y no sólo en relación con JAZZTEL, sino con todos los operadores.

6.- Sobre la imputación relativa a retrasos en la provisión de servicios OBA a los operadores UNI2, IBERCOM, DTI2 y DRAGONET.

TESAU, comienza el punto sexto de sus alegaciones, señalando que en la propuesta de resolución se afirma en varias ocasiones que la propia *“TESAU ha reconocido los incumplimientos; esto supone faltar a la verdad porque jamás se ha reconocido incumplimiento alguno.”* (pág. 65 de las alegaciones).

Posteriormente, analiza con detalle cuatro conflictos de acceso utilizados como prueba de cargo para concluir, en todos ellos, que no ha existido incumplimiento generalizado sino incidencia puntual y aislada que *“ninguna relevancia puede tener desde una perspectiva regulatoria”*, y que el principal perjudicado es TESAU ya que todo responde a una “estrategia” de los operadores alternativos para financiarse a través de las penalizaciones.

Pues bien, sin perjuicio de que posteriormente se analicen con más profundidad algunos de los conflictos por separado, es importante que en este punto se subraye (y se recuerde) el objeto y alcance de esta Resolución que no es otro que la de sancionar a TESAU por una infracción, muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la LGTEL por infringir de forma continuada la Oferta de Acceso al Bucle. No es objeto de esta Resolución enjuiciar el comportamiento de otros operadores distintos de TESAU, no se está valorando el comportamiento de otros operadores, únicamente, se está sancionando a TESAU por llevar a cabo un comportamiento tipificado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, en relación con los argumentos que reitera TESAU para los conflictos concretos en los que se produjeron los incumplimientos, cabe señalar que estos mismos argumentos ya fueron tenidos en cuenta a la hora de resolver el conflicto de acceso.

No es momento ahora de volver a tramitar cada uno de los conflictos de acceso en concreto, sino que esta Resolución tiene por objeto sancionar a TESAU por los incumplimientos producidos. Dichos incumplimientos quedaron acreditados en las resoluciones de los distintos conflictos, a pesar de que se tuvieran en cuenta las mismas circunstancias que ahora TESAU trae a colación. Y, si bien TESAU pretende justificar su conducta en base al comportamiento de otros operadores o a las circunstancias en que se produjeron los conflictos referidos, en ningún caso niega que se hayan producido los retrasos e incidencias imputados (aunque les atribuya un carácter puntual).

TESAU así, parece olvidar que el trámite de audiencia es idóneo para argumentar y combatir sobre todos aquellos elementos, fácticos y jurídicos constatados como consecuencia de la fase de prueba, y que la instructora ha introducido en su propuesta de resolución. Se trata de realizar un pliego de descargo para intentar destruir la prueba, que ha realizado esta Administración. De las alegaciones de TESAU queda claro que los incumplimientos imputados a partir de los conflictos señalados en esta alegación se produjeron; este operador no intenta negarlos sino únicamente restarles importancia. Así, TESAU reitera que los incumplimientos constatados en dichos conflictos tienen carácter puntual o anecdótico al referirse a los conflictos con los operadores distintos de JAZZTEL en este punto de sus alegaciones

De esta forma, cada uno de estos incumplimientos supone para TESAU un incumplimiento meramente anecdótico o sin relevancia, y en ningún caso un incumplimiento generalizado. En este sentido, es preciso recordar que la infracción continuada que la presente Resolución imputa a TESAU se constata a partir de un conjunto de incumplimientos individuales, éstos sí, reconocidos por TESAU. Puede que para TESAU estos incumplimientos revistan carácter anecdótico e irrelevante, pero para los operadores alternativos tiene gran importancia que TESAU no entregue los servicios en plazo, y es la producción de estos incumplimientos individuales la que conforma la infracción continuada, como se ha expuesto en otros apartados de la presente Resolución.

TESAU argumenta por otra parte que la estrategia de estos operadores consiste en lucrarse a costa de las penalizaciones que está obligado a pagar y señala los pocos clientes con que cuentan estos operadores para sugerir que el verdadero perjudicado es la propia TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, cabe recordar a TESAU la especial situación en la que se encuentran los operadores alternativos, que dependen de los recursos de TESAU y del acceso que ésta les facilite para poder prestar sus servicios, como ya se desarrolla a lo largo de la presente Resolución. Baste aquí con señalar que si TESAU cumpliera con las obligaciones impuestas en la OBA de facilitar los servicios en tiempo y sin retrasos, estos operadores estarían en posición de ofrecer servicios a más clientes y en mejor calidad.

Por otra parte, si estos operadores obtienen financiación de las penalizaciones que abona TESAU es precisamente porque se producen retrasos en la entrega de los servicios por parte de TESAU.

Es más, las penalizaciones se impusieron con un claro objetivo disuasorio, es decir, se pretendía incentivar que TESAU cumpliera con los plazos de la entrega de servicios. Sin embargo, la realidad es otra, y TESAU se ve obligado a pagar a otros operadores estas penalizaciones en una gran parte de los casos, como se detalla en otros apartados de la presente Resolución. Por tanto, si TESAU cumpliera con los plazos dispuestos en la OBA, no existiría la posibilidad de que ningún operador se financiara a costa de TESAU, como sostiene ésta en sus alegaciones. La solución para evitar el supuesto problema de financiación a través de penalizaciones que denuncia TESAU en sus alegaciones, está únicamente en manos de la propia TESAU.

En relación con los conflictos concretos mencionados por TESAU no deja de sorprender que TESAU excuse el cumplimiento de la solicitud objeto del conflicto con UN2 DT 2003/1534 en que estas solicitudes *“constituyeron las tres primeras peticiones de tendidos de cable interno para acceso al bucle compartido tras dos años y medio del comienzo de la apertura del bucle de abonado en España”*.

Es decir, en este caso, TESAU intenta excusar su incumplimiento en el hecho de que fueran las tres primeras solicitudes en dos años y medio, este tiempo resulta suficiente a juicio de esta Comisión para anticipar que se van a producir en algún momento las primeras solicitudes de servicios. Pero es más, en las páginas 38 y siguientes, así como en el punto quinto de sus alegaciones, TESAU intenta justificar los incumplimientos en el gran número de solicitudes que recibe y en la imposibilidad de gestionar las mismas sin contar con ciertas previsiones.

Por tanto, como se observa, el incumplimiento se produce independientemente del número de solicitudes, cuando éstas son muchas, se intenta justificar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debido a su gran número; cuando éstas son pocas, se busca excusar el incumplimiento en que fueron las tres primeras solicitudes en dos años y medio. Lo que sí queda acreditado, en cualquier caso, es que los incumplimientos se produjeron efectivamente.

Por último, TESAU no menciona las circunstancias en las que se produjo el segundo de los conflictos con DRAGONET, objeto del expediente RO 2005/348. Los hechos constatados en este conflicto se han relatado anteriormente, pero es preciso recordar que en dicho conflicto, además de retrasos en la entrega de servicios se produjeron retrasos en la solución de incidencias por avería, por existir un problema de acceso a los servicios coubicados al encontrar una puerta intermedia que impedía el paso a la propia sala de coubicación, y por un cambio de cerradura.

Estos hechos quedaron acreditados en el expediente de referencia, y TESAU no menciona para ellos justificación alguna; frente a este tipo de incidencias, cuya prioridad es máxima de acuerdo con la OBA y que impiden a los operadores alternativos acceder a sus propios servicios coubicados, no cabe alegar ni que exista un exceso de solicitudes, ni una conducta irregular por parte de los operadores.

En conclusión, en virtud de lo expuesto ha quedado acreditado que se produjeron los incumplimientos imputados a TESAU en cada uno de estos conflictos, y que la importancia de los citados incumplimientos no debe quedar desvirtuada.

DÉCIMO. Sanción aplicable a la infracción.

Límite legal

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC:

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

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

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

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión, aspecto en el que abunda el informe de la Dirección de Asesoría Jurídica en relación con la infracción cometida por TESAU. 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.

Aplicación al presente caso de los criterios legales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción. A tal efecto, en el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados se propone el siguiente cálculo formal para la determinación de los beneficios directos que TESAU podría obtener como resultado de la infracción:

$\text{Beneficio}_{\text{Servicio ADSL IP}} = \text{N}^{\circ} \text{ líneas afectadas} \times \text{Periodo Afectado} \times (29,5 \text{ €}^* - 3 \text{ €}^{**})$ $\text{Beneficio}_{\text{Servicio GigADSL}} = \text{N}^{\circ} \text{ líneas afectadas} \times \text{Periodo Afectado} \times (21,04 \text{ €}^{***} - 3 \text{ €})$

* Cuota mensual mayorista ADSL IP

** Cuota mensual acceso compartido

*** Cuota mensual mayorista GigADSL

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta fórmula considerando el tipo de infracción cometida, dado que 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 obtenidos por TESAU, resultante de haber alterado las condiciones de competencia en su favor y en perjuicio de los operadores alternativos. Por ello, el límite máximo que cuantifica la sanción en relación con el beneficio económico obtenido no es de aplicación en el presente caso.

Asimismo, no puede olvidarse que entre los beneficios, cuya cuantificación no es posible determinar, se incluyen una serie de beneficios indirectos obtenidos por TESAU, resultantes de haber alterado las condiciones de competencia en su favor y en perjuicio de los operadores alternativos, no siendo posible una cuantificación de estos beneficios indirectos de llevar a cabo la infracción.

Por ello, en el presente caso no resulta posible aplicar el criterio de determinación de la sanción pecuniaria basado en la determinación del beneficio bruto obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

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 su mayoría en una generalidad de omisiones del cumplimiento de unas obligaciones establecidas, no es posible determinar qué fondos pueden haberse destinado a la comisión de la infracción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio o en el ejercicio actual y la cifra de 20 millones de euros. El tenor literal de la LGTel habilita expresamente a utilizar la cifra más alta, y este criterio ha sido confirmado recientemente por la Sentencia de 17 de junio de 2005 de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso número 97/2003 contra una Resolución sancionadora impuesta por esta Comisión a TESAU.

Para ello es necesario verificar si el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada por el incumplimiento es una cifra superior a 20 millones de euros, en cuyo caso se tendrá en cuenta la primera cifra a efectos de la cuantía máxima de la sanción a imponer en el presente caso. De no ser así, el límite máximo sería la cifra de 20 millones de euros establecida en la LGTel.

El primer aspecto que debe dilucidarse es la determinación del concepto de rama de actividad afectada en relación con la infracción cometida. El informe de la Dirección de Asesoría Jurídica (Documento 36) destaca que no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y que las referencias existentes en el ámbito fiscal y mercantil⁷⁹ no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere, y abunda en la aplicación de la disuasión de la conducta infractora que debe resultar de la multa⁸⁰.

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 TESAU⁸¹.

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. En este sentido, el informe de la Dirección de Asesoría Jurídica de esta Comisión se pronuncia en sentido afirmativo al señalar 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”*⁸². En idénticos términos se pronuncia el

⁷⁹ Como señala el informe (página 8 del mismo), la rama de actividad se caracteriza por ser un conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia

⁸⁰ Ver página 14 del mismo.

⁸¹ Ver página 17 del informe de Asesoría Jurídica y página 19 del Informe de Análisis Económico y de Mercados.

⁸² Ver página 19 del mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados, que también confirma que *“la rama afectada a que se refiere el artículo 56 de la LGTel supera ampliamente el nivel mayorista en que estos servicios se prestan”*⁸³.

De incluirse únicamente los ingresos obtenidos por la desagregación del bucle para cuantificar la sanción a imponer, como apunta el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados *“TESAU no prestaría los servicios de referencia [servicio mayorista de acceso desagregado], eliminando a la vez la amenaza de sanción, en tanto que los ingresos de la rama afectada serían cero”*. Esto conduciría a incentivar el incumplimiento de las obligaciones establecidas a nivel mayorista, lo que es totalmente absurdo.

Así, el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados examina 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”*. Tal y como se explica en el informe *“la amenaza de sanción debe superar claramente las ganancias obtenidas de su incumplimiento de forma que el beneficio esperado del mismo sea negativo”*. Esta interpretación sigue los criterios establecidos en el artículo 131 de la LRJPAC en materia sancionadora, que se concretan en la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción que se imponga, además del necesario efecto disuasorio que la sanción debe producir en el sujeto sancionado responsable de la infracción. De otro modo, no sólo se estaría dejando impune la conducta del infractor, sino que se potenciaría la comisión de la misma.

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 competencia⁸⁴.

⁸³ Página 18 del mismo.

⁸⁴ A título de ejemplo en cuanto al uso de estos mismos principios, se citan las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a, del Reglamento (CE) 1/2003, DOCE C-210, 1 septiembre 2006, p.2 establecen los principios prácticos para fijar la multa en función de la gravedad y la duración, sin que, con carácter general, quepa limitar el importe base de la multa a un solo mercado. Así, el párrafo 13 de las directrices señalan que *“la fijación de la multa se determina en función del valor de las ventas realizadas por la empresa, que guarden una relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo (“EEE”)”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.

En aplicación de los principios enunciados, el informe señala que entre los servicios afectados por la comisión de la infracción pueden incluirse, además del servicio de acceso al bucle, los siguientes:

- **Servicios de acceso a la red telefónica pública conmutada**, puesto que el bucle desagregado constituye la única alternativa para competir con TESAU en el mercado de acceso. No existen a día de hoy ni en el momento de comisión de la infracción figura de bucle virtual, que es el servicio mayorista que permite a los operadores alternativos facturar a sus abonados el servicio de acceso a la red de TESAU y servicios no preseleccionables (sistema de factura única). Además, la importancia estratégica para TESAU de esta actividad está clara si se tiene en cuenta que en 2005 representó el [Confidencial] de sus ingresos.
- **Servicios de banda ancha a nivel minorista** teniendo en cuenta que, como se ha explicado, las ventajas que ofrece a los operadores acceder al bucle a nivel mayorista tanto por los costes como por la diversidad de servicios que pueden prestarse para competir con TESAU a nivel minorista lo hacen insustituible a otras alternativas como el acceso indirecto a través del servicio regulado GigADSL o el ADSL-IP. Asimismo, la introducción de nuevas tecnologías se realiza fundamentalmente a través del bucle de abonado, lo que ha permitido a TESAU adelantarse en relación con el ADSL 2+. Por último, los servicios minoristas de Internet y banda ancha han experimentado un crecimiento fortísimo en los últimos años (entre diciembre de 2004 y diciembre de 2005 el número de líneas de banda ancha experimentó un crecimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del 44,5% en España)⁸⁵ y es el mercado más dinámico en las telecomunicaciones españolas, por lo que los incentivos de TESAU a cerrar el mercado que incluye las actividades minoristas de banda ancha es muy fuerte.

Existen otras actividades que no están afectadas por los incumplimientos de TESAU examinados en el presente expediente, que son las siguientes:

- **Servicios de tráfico telefónico de voz:** se excluyen por cuanto se considera que para la prestación de dichos servicios el acceso desagregado al bucle de abonado no constituye una herramienta esencial. Y ello por cuanto existen alternativas de acceso abiertas a los competidores de TESAU que funcionan eficazmente, que son las condiciones de interconexión fijadas en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente desde 2001, y la obligación de preselección.
- **Servicios de acceso a Internet de banda estrecha:** se excluyen por las mismas razones que los servicios telefónicos de voz, ya que pesa sobre TESAU una obligación de acceso indirecto a servicios de Internet a través de la numeración 909. Además, debe tenerse en cuenta que este servicio carece de importancia estratégica alguna para TESAU por su progresiva sustitución por el servicio de acceso a Internet de banda ancha.
- **Servicios de alquiler de circuitos:** no se encuentran incluidos porque a pesar de que a través de tecnologías xDSL simétricas es posible ofrecer circuitos alquilados, los operadores utilizan estos servicios únicamente con carácter marginal. A fecha de mayo de 2006, sólo un 2% de los bucles desagregados se utiliza mediante el uso de tecnologías HDSL y SDSL para prestar servicios de líneas alquiladas (este porcentaje todavía sería menor retrocediendo al tiempo en que se cometió la infracción), por lo que se entiende que dichos servicios no tienen un valor estratégico. Además el acceso al bucle desagregado carece del carácter esencial para la prestación de los servicios de alquiler de circuitos. Ello obedece a la existencia, a nivel mayorista, de una serie de obligaciones de suministrar los servicios de líneas alquiladas a otros operadores y de la obligación de interconexión regulada en la OIR en relación con los circuitos alquilados.

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

⁸⁵ Fuente: Resolución 11 de mayo de 2006 (AEM 2005/1454) sobre la definición y análisis del mercado de acceso a banda ancha al por mayor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2005, que incluye un desglose de la facturación correspondiente a TESAU:

Actividad	Ingresos TESAU (millones €)
Acceso a red telefónica	2.826,2
Acceso a banda ancha e Internet (mayorista)*	405,7
Acceso a banda ancha (minorista)**	1.297,8
TOTAL	4.529,7

Tabla 9 Ingresos TESAU 2005 en la rama afectada

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

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

Fuente: informe anual 2005

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, TESAU señala que “[L]os servicios de acceso a la red telefónica pública no debieran incluirse en la rama de actividad afectada o su peso debiera matizarse y ello por tres razones” que pasan a analizarse a continuación:

1.- Su posición en dichos servicios es el resultado de “*las obligaciones de servicio universal que le han sido impuestas*”. Por este motivo, considera TESAU que el acceso a la red telefónica pública debería eliminarse en tanto que supondría una carga injustificada. 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 rentables⁸⁶. 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

⁸⁶ De acuerdo con el artículo 24.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, “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

rentables. 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 la de 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.

2.- En segundo lugar, TESAU alega que *“es un tanto artificial considerar exclusivamente el acceso a la red telefónica. Ningún operador trata de alcanzar la desagregación del bucle de abonado únicamente por obtener acceso a la red sino sobre todo por prestar en ella, a continuación, diversos servicios”*. Con respecto a la anterior alegación cabe decir que 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. Finalmente cabe resaltar que, si bien como dice TESAU el servicio de tráfico de voz está íntimamente ligado con el de acceso, la situación en el nivel mayorista no es comparable (existencia de una OIR a la que los operadores alternativos pueden acudir de forma efectiva), motivo por el que el Informe de la Dirección de Análisis Económico optó por su exclusión;

3.- Por último, de acuerdo con TESAU, el hecho de que en *“a lo largo del análisis del daño causado y del impacto competitivo de la conducta de TESAU (páginas 100 a 109 de la propuesta de resolución) la CMT únicamente ha considerado el mercado de la banda ancha y nunca el del acceso a la red de telefonía fija (ni el de tráfico que le es conexo). Ello se debe seguramente a que –como hemos indicado anteriormente- es el mercado de banda ancha en el que los operadores alternativos quieren ganar terreno”*. En realidad, la situación es otra. En el mercado de acceso la situación de TESAU es tan incontestable



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el análisis del daño es obvio, en tanto que los operadores alternativos no han conseguido arrebatarse al operador tradicional ni 15 puntos porcentuales en este servicio desde la liberalización del sector. Así, de acuerdo con el Informe Anual de esta Comisión, a diciembre de 2005, TESAU contaba con el 85,23% de los accesos directos del mercado. 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 (2.826,2 millones frente a los 1.297,8 millones de banda ancha).

En conclusión, dada la metodología utilizada en la propuesta, de la que TESAU no realiza alegaciones concretas, esta Comisión considera que no deben modificarse las ramas de actividad afectadas.

Determinación de la sanción

De la aplicación de las reglas enunciadas anteriormente al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- la infracción cometida por TESAU se encuentra en la categoría de las infracciones susceptibles de alcanzar los topes máximos de las sanciones tipificados en el artículo 56 transcrito más arriba;
- No es posible determinar cuál es el beneficio bruto obtenido por TESAU de la comisión de la infracción en el presente caso: es difícil obtener cuantificación correcta de los beneficios directos y resulta imposible cuantificar los beneficios indirectos (principalmente los resultantes de la táctica obstruccionista de TESAU consistente en no prestar en condiciones adecuadas los servicios OBA a que venía obligada por la regulación que le es aplicable)
- Tratándose de una infracción por omisión, no resulta tampoco aplicable el criterio de los fondos totales utilizados en la infracción.
- En el presente caso, la rama de actividad afectada se encuentra delimitada por los servicios de acceso al bucle prestados por TESAU, incluyéndose también para la cuantificación de la misma los ingresos obtenidos por la prestación de servicios a nivel minorista tanto el de acceso en banda ancha como el de acceso telefónico fijo. El 1% de los ingresos obtenidos asciende a 45.297.000 euros.
- El límite de 20 millones de euros no resulta de aplicación aquí teniendo en cuenta que el 1% correspondiente a la rama de actividad afectada es una cantidad superior y, aplicando la más alta de ambas cifras, la sanción máxima que correspondería de aplicarse en su mitad superior es de 45.297.000 euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia en esta sección y en la precedente, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía de ingresos de Telefónica de España que figuran en el informe anual del Grupo Telefónica correspondiente al ejercicio 2005, y teniendo en cuenta que concurren varias agravantes, ninguna atenuante y la comisión de una infracción continuada se considera que procede imponer una sanción de veinte millones (20.000.000) de euros.

Esta Comisión considera que, incluso, aún cuando a efectos dialécticos se prescindiera de la rama de actividad del acceso telefónico fijo, y procediera contemplar como límite máximo teórico para sancionar esta infracción el de veinte millones de euros, resultaría absolutamente proporcionado el mantenimiento de la sanción por importe de veinte millones de euros, dados los graves efectos que este incumplimiento continuado ha tenido en el mercado.

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, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar 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 el apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Imponer una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por importe de veinte millones (20.000.000) de euros.

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reinaldo Rodríguez Illera