



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 07/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de febrero 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2005/1053, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE DICIEMBRE DE 2004 DEL CONFLICTO DE ACCESO CON WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 24 de febrero de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. (en adelante IBERCOM o la entidad denunciante, indistintamente) por el que presentaba denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) por un presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre TESAU e IBERCOM por el posible incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, IBERCOM puso en conocimiento de esta Comisión que el responsable de escalado de las incidencias carece de medios para solucionarlas.

Adjunto al escrito de denuncia, la entidad denunciante acompañó varios documentos sobre cronología y aceptaciones de servicios, correos electrónicos, visitas a centrales y entrega de señal por fibra vacante.

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

La apertura del período de información previa fue notificada a TESAU solicitando, asimismo, la remisión de determinada información relativa a los hechos denunciados, según consta en un escrito de esta Comisión de fecha 15 de julio de 2005.

TERCERO. Con fecha 12 de agosto de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU de misma fecha, en el que formulaba las alegaciones que tuvo por convenientes y mediante el cual aportó la información requerida, si bien haciendo constar que, en relación con la información requerida sobre incidencias, faltaban datos para poder localizar ágil y verazmente la información, razón por la cual resultaba *"imprescindible contar con el número de referencia de las incidencias de provisión tanto de ubicación como de tendido de cable interno"*.

CUARTO. Una vez analizada toda la documentación remitida junto con el documento de TESAU, anteriormente referido, esta Comisión remitió un escrito de fecha 12 de septiembre de 2005 a IBERCOM, dando traslado de las alegaciones de TESAU para que, a su vez, la entidad denunciante presentara las que estimara oportunas. Asimismo, se requirió a IBERCOM el número de referencia de las incidencias de provisión de ubicación y de tendido de cable interno, según consta y conforme con lo interesado por TESAU.

En fecha 28 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IBERCOM mediante el cual vino a solicitar la ampliación del plazo concedido para aportar la información requerida. Dicho plazo fue



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ampliado mediante escrito de esta Comisión de fecha 30 de diciembre de 2005, según consta en las actuaciones previas que traen causa.

QUINTO. En fecha 7 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de IBERCOM de misma fecha, mediante el cual presentó las alegaciones que consideró convenientes en relación con los hechos denunciados aportando, asimismo, la información requerida en relación con el número de referencia de las incidencias de provisión de ubicación y de tendido de cable interno.

SEXTO. En fechas sucesivas 18 de octubre y 17 de noviembre de 2005, IBERCOM presentó sendos escritos de alegaciones sobre unos hechos relativos a la facturación de las penalizaciones establecidas en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, denunciando el incumplimiento de la citada resolución en las circunstancias expresadas, según constan.

En concreto, IBERCOM alegó, en su escrito de fecha 18 de octubre de 2005, que *“aún admitiendo que el importe de las penalizaciones fuera correcto (que entendemos que no lo es), y que la liquidación se hubiera hecho siguiendo los parámetros indicados en la OBA (que no se ajusta), en cualquier caso, esta comunicación demuestra un incumplimiento de TESAU de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 [...], por haber propuesto esta liquidación a fecha 6 de octubre y tomando como fecha de cálculo el 30 de junio, cuando la Resolución que denunciemos incumplida, establecía que TESAU debía liquidar las penalizaciones a la mayor brevedad posible.*

Esta propuesta de liquidación también constituiría un incumplimiento de la Resolución mencionada al no contemplar la totalidad de los servicios que fueron objeto de estudio en esa Resolución y no aplicarse por tanto, las penalizaciones por la totalidad de servicios que fueron objeto de estudio de la CMT en ese momento.”

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

Mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, TESAU solicitó la ampliación del plazo concedido para efectuar las alegaciones. Dicho plazo fue ampliado mediante escrito de esta Comisión de fecha 13 de diciembre, según consta en las actuaciones previas que traen causa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

1. Calificación del escrito presentado por IBERCOM en fecha 24 de febrero de 2005 y sucesivos.

El escrito presentado por IBERCOM en fecha 24 de febrero de 2005 constituye una denuncia en cuya virtud se puso en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), relativo al incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

El artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 y Disposición Transitoria primera 10 de la LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.»

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

En el escrito presentado por la entidad denunciante se puso en conocimiento de esta Comisión que TESAU podía haber incumplido la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre TESAU e IBERCOM por el posible incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

De acuerdo con lo anterior y con el precepto transcrito, el escrito de referencia ha de calificarse como una denuncia, a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar el correspondiente expediente sancionador.

2. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión 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.

Esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de las Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio u período de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

De acuerdo con estos preceptos, compete a esta Comisión conocer de la cuestión planteada en los sucesivos escritos de denuncia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Valoración de las actuaciones practicadas en el período de información previa.

En primer lugar, cabe significar que el período de información previa que se ha iniciado por esta Comisión tiene por objeto indagar las circunstancias concretas sobre el posible incumplimiento por parte de TESAU de la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión de 30 de diciembre del 2004 relativa al conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado en el marco del expediente DT2004/1367 tras la denuncia recibida en el Registro de esta Comisión con fecha 24 de febrero de 2005 por parte de IBERCOM y no otras cuestiones o peticiones que ha planteado IBERCOM en sus diferentes escritos y alegaciones que se salen fuera de este marco.

El resuelve de la citada Resolución de 30 de diciembre de 2004 establece lo siguiente:

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

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

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

(...)”

Analizados los sucesivos escritos de denuncia, alegaciones y documentos adjuntos presentados por IBERCOM, así como por TESAU, se procede a determinar si existen indicios de incumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En el escrito de denuncia de IBERCOM con entrada en este Registro el 24 de febrero de 2005 se indicaba que aunque la CMT no concretó expresamente el plazo en que TESAU debía cumplir con lo establecido en el resuelve primero de la resolución de 30 de diciembre de 2004 sí se establecía que debía realizarse *“a la mayor brevedad posible”* no teniendo que ser dichos plazos superiores a los que la propia OBA establece en los Acuerdos de Nivel de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Servicio para las diferentes prestaciones reclamadas como son (i) ubicación, (ii) tendido de cable interno, (iii) visitas y (iv) entrega de señal.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el Anexo I de la propia Resolución de esta Comisión en el marco del expediente DT2004/1367 se insertan en una tabla los tiempos máximos de provisión de los servicios reclamados por IBERCOM que establece la OBA. Dicho lo anterior, según esta Comisión se debe entender que el cumplimiento de *“a la mayor brevedad posible”* sería aquel en el que se cumple la provisión del servicio en una fecha anterior al plazo máximo establecido en la OBA. Procedemos por tanto a valorar lo siguiente: (i) si efectivamente la provisión de los servicios solicitados por IBERCOM se ha realizado con anterioridad al plazo indicado, (ii) si se han solucionado las incidencias a la mayor brevedad posible, (iii) si se ha negociado el servicio de entrega de señal, (iv) si se han determinado los contactos de escalado de incidencias y (v) si el cálculo de las posibles penalizaciones se ha realizado según establecía la Resolución en cuestión, para llegar a la conclusión, si ello no ha sido así, del presunto incumplimiento de dicha Resolución por parte de TESAU.

3.1 Sobre la provisión de los servicios de la OBA solicitados por IBERCOM con la mayor brevedad posible.

a) Servicio de ubicación

Según el escrito de denuncia de IBERCOM de 24 de febrero de 2005, de las 31 centrales informadas, 13 de ellas siguen pendientes de entrega y otras dos (la central de Cataluña y la de Prosperidad) carecen de espacio físico según TESAU.

En respuesta al requerimiento solicitado a TESAU, dicho operador indica que sólo le constan dos ampliaciones pendientes de entregar que son las de Barcelona/ Gracia y Madrid/ Hortaleza, siendo el resto entregadas.

En las alegaciones al respecto de IBERCOM de fecha 7 de Octubre de 2005 se señala que las dos únicas centrales pendientes de entrega que indica TESAU no han sido nunca reclamadas puesto que se había hecho entrega del servicio correctamente. Asimismo, IBERCOM reconoce que *“si bien es cierto que ya ha procedido a la entrega de la totalidad de las centrales solicitadas, también lo es que éstas no se han entregado en los plazos establecidos en el Anexo I de la OBA...”*.

Añade IBERCOM que TESAU modifica plazos de entrega en cuanto a la provisión del servicio de ubicación según se trate de salas habilitadas o que necesiten ampliación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En respuesta a las últimas alegaciones realizadas por IBERCOM, TESAU señala que efectivamente se contabiliza un plazo de 7 días para la habilitación del servicio si la sala está habilitada y hay espacio de reserva, pero que también es verdad que una sala puede estar habilitada para otros operadores, pudiendo darse la circunstancia de que no haya espacio para la nueva solicitud de un operador concreto como sería el caso, por ello el plazo para provisionar el servicio pasaría de 7 a 15 o 45 días laborables.

Analizada la documentación aportada a esta Comisión, cabe indicar que en ningún momento TESAU ha aportado documentación que demuestre la situación que defiende, al contrario según diferentes correos electrónicos TESAU confirma la disponibilidad de sala habilitada salvo para las centrales de Barcelona/Cataluña y Madrid/ Prosperidad, por lo que no cabría admitir la alegación de TESAU relativa a la necesidad de ampliación de salas.

Por lo tanto, una vez contrastados los datos se observa aparentemente que incluso los servicios que según TESAU han sido entregados, se han realizado fuera del plazo establecido como máximo en la OBA, por lo que podría entenderse que se ha incumplido la Resolución de 30 de diciembre de 2004 incluso en el caso de admitir la alegación antes comentada de que en algunas centrales se debía realizar ampliación de sala según TESAU.

b) Servicio de tendido de cable interno

Según el escrito de denuncia de IBERCOM de 24 de febrero de 2005, de las 31 centrales solicitadas no se había entregado el servicio de tendido de cable interno (TCI) en ninguna de las centrales citadas. Por su parte, TESAU indica que le constan todos los servicios solicitados por IBERCOM como finalizados no estando ningún pedido pendiente.

En las alegaciones al respecto que presenta IBERCOM señala que la totalidad de los tendidos han sido entregados pero con retrasos cuantiosos en sus entregas sobrepasando los plazos establecidos en la OBA.

En las últimas alegaciones de TESAU sobre este servicio, señala que IBERCOM no ha realizado las solicitudes de forma correcta a través del SGO y por ello los plazos los calcula desde su petición por otros cauces que es la fecha cuando pide el servicio de espacio de coubicación, lo que no tiene validez formal en cuanto a plazos de provisión de los TCI, puesto que la solicitud de un TCI no puede provisionarse antes que el servicio de coubicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo indicado por TESAU no debe considerarse en el presente caso puesto que ya en la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004 que resolvía el conflicto planteado entre las partes se tenían en cuenta dichas circunstancias (petición conjunta del servicio de coubicación y TCI) y ello es reconocido por la propia OBA. Por otro lado, según ha confirmado TESAU en sus alegaciones, permitió el acceso a IBERCOM al sistema web con fecha 19 de noviembre de 2004, fecha posterior a las solicitudes realizadas por IBERCOM.

Analizada la documentación aportada por TESAU, cabe indicar que una vez contrastados los datos se observa aparentemente que la provisión de dicho servicio se ha realizado fuera del plazo establecido como máximo en la OBA, por lo que podría entenderse que presuntamente se ha incumplido la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

c) Solicitud de visitas a la centrales de TESAU

Según el escrito de denuncia de IBERCOM de 24 de febrero de 2005, de las 29 centrales a las cuales se ha solicitado visita por parte de IBERCOM, sólo se han realizado 11 y 18 quedan aún pendientes de visita.

Según escrito de TESAU en respuesta al requerimiento realizado por esta Comisión con entrada el 12 de agosto de 2005, en lo referente a las visitas realizadas por IBERCOM a centrales de TESAU, ésta detalla la visita a nueve de las centrales sin aportar mas información de las visitas pendientes que fueron solicitadas por IBERCOM.

Según alegaciones posteriores de IBERCOM, ya se han llevado a cabo visitas a las 29 centrales solicitadas pero con el retraso en la realización de las mismas sobrepasando el plazo estimado notablemente.

En el anexo I de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 se estableció como plazo para visitas a edificios el de dos días partiendo el hito inicial desde la recepción de la solicitud. Analizados los datos aportados por ambas partes se deduce el presunto incumplimiento de los mismos.

3.2 Sobre la solución de las incidencias abiertas pendientes de resolver con la mayor brevedad posible.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IBERCOM señala en su escrito de denuncia de 24 de febrero de 2005 que (i) de las 31 centrales solicitadas para el servicio de coubicación todas ellas presentan incidencias de provisión que no han sido cerradas (ii) de las 31 solicitudes para la provisión de servicio de tendido de cable interno se presentaban incidencias pendientes de cerrar en todas ellas y (iii) de las 18 centrales pendientes de visita permanecen sin cerrar las incidencias de provisión de las mismas.

TESAU en su escrito en respuesta al requerimiento de información solicitado por esta Comisión, que tuvo entrada con fecha 12 de agosto de 2005, solicita que se le aporten números de referencia de las incidencias de provisión de coubicación y de tendido de cable interno para su más rápida localización y respuesta sobre el estado de las mismas.

TESAU añade que de la información aportada por IBERCOM se puede verificar que las fechas de apertura de incidencias de provisión de servicios de ubicación y de tendido de cable interno son anteriores a las supuestas fechas de aceptación o de inicio de los trabajos de ejecución según la OBA, lo cual es un contrasentido. También alega la existencia de mala fe al solicitarle los servicios de ubicación y tendido de cable interno a la vez, puesto que el servicio de tendido de cable interno no se podrá entregar hasta que exista una previa ubicación en la central.

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

Por otro lado, hay que indicar que el que las fechas de apertura de incidencias de provisión de servicios sean anteriores a la fecha de aceptación o de inicio de los trabajos son circunstancias que pueden ser factibles, puesto que el hecho de iniciar una incidencia por el operador no surge solamente en el momento en que no se entregue el servicio. Ello se desprende de lo establecido en la OBA al indicar que *“se entiende por incidencias de provisión las que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión de servicios, desde el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento en que se presenta la solicitud correspondiente hasta que se acepta la entrega del servicio”.¹

Posteriormente, IBERCOM en su escrito de alegaciones con entrada en esta Comisión el 7 de octubre de 2005 informa que: *“a pesar de estar solucionadas las causas que dieron lugar a las incidencias, éstas continuarán sin estar franqueadas hasta el momento en que TESAU remita al operador la información contenida en la OBA relativo a Gestión de Incidencias”.*

Añade TESAU, en lo relativo al franqueo de las incidencias, que las reclamaciones de IBERCOM se han franqueado como las del resto de operadores a través del SGO y con las mismas informaciones y detalle y que con fecha 16 de mayo de 2005 se remitió al denunciante la especificación técnica del procedimiento de gestión de incidencias del SGO para el bucle que conocen los operadores.

Analizada la documentación aportada por TESAU, se comprueba que existe una relación de franqueo de incidencias mediante correos electrónicos por los que TESAU solicita al operador que tenga como franqueadas determinadas incidencias de provisión del servicio TCI y de visitas a determinadas centrales. Por su parte, IBERCOM ha rechazado esta petición por considerar que el grado de detalle de dichos correos es inoperativo y que dichas incidencias van a permanecer abiertas hasta que TESAU conteste detalladamente sobre la resolución de las mismas, según se establece en la OBA, siendo ésta la única forma de poder calcular las penalizaciones que se puedan generar.

3.3 Sobre la negociación de la modalidad de entrega de señal solicitada con la mayor brevedad posible.

Como ya se indicó en la Resolución de fecha 30 de diciembre de 2004 el servicio de entrega de señal que solicitó IBERCOM se trata de una modalidad no incluida en la OBA. Esta modalidad está basada en el uso de fibras ópticas vacantes. Al tratarse de una modalidad que no se encuentra recogida en la OBA es necesario que las partes de común acuerdo establezcan las condiciones particulares de la misma. En estos casos, TESAU debe atender las solicitudes en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias, pudiendo ser rechazadas solamente sobre la base de criterios objetivos, en relación con su viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red.

¹ Al respecto ya se ha pronunciado esta Comisión con anterioridad, como por ejemplo en el marco del expediente RO2005/348 por el cual se resolvía el conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito de denuncia de IBERCOM, con entrada en este Registro el 24 de febrero de 2005, se indica que TESAU no solo no ha querido negociar sino que ha comunicado que dicho servicio no se encuentra en la OBA y que no va a proceder a su entrega. Efectivamente el correo electrónico por el que TESAU responde de fecha 11 de febrero de 2005 a esta solicitud se comunica que el servicio existente en la OBA es el de entrega de señal (que consiste en la conexión de equipos situados en dependencias de TESAU con infraestructuras o equipos del operador situados fuera de los inmuebles de TESAU) ofreciendo otras alternativas que permite la OBA y no el que solicita IBERCOM (unión mediante fibra óptica vacante u oscura de todos los recintos de ubicación física configurando un anillo de fibra óptica oscura metropolitano sin interconexión a ningún punto de acceso fuera de los inmuebles de TESAU).

TESAU señala, en sus alegaciones de 12 de agosto de 2005, que no existe la seguridad de que se pueda garantizar la integridad de su red ni de que la red de TESAU pueda soportar las señales que IBERCOM transmita, por ello ha ejercido su derecho de rechazar la solicitud en la modalidad solicitada específicamente y añade que dicho servicio convertiría a TESAU en una mera contratista efectiva de obra civil (canalización, tendido de fibra...) sin componente alguno de servicios de telecomunicaciones.

Procede señalar al respecto que dirimir cuál es el límite que define la existencia de una negociación o no del servicio de entrega de señal que solicita IBERCOM y analizar si se debe entender como un servicio razonable que debería ofrecer TESAU a pesar de no estar incluido en la OBA, debería ser el objeto de la resolución de un conflicto planteado ante esta Comisión donde se analizara el caso concreto y las circunstancias aplicables al caso, como ya ha realizado en anteriores ocasiones.

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

Según establece la Resolución de 30 de diciembre de 2004, las fechas que se van a utilizar para el cálculo de las penalizaciones serán las de las solicitudes iniciales de IBERCOM ya determinadas en el Anexo II de dicha Resolución. Además, se indica en dicha Resolución que en caso de que, para conseguir la efectiva provisión de los servicios y resolución de incidencias, sea necesario que IBERCOM solicite nuevamente tanto los servicios como las averías, se mantendrán como fechas de inicio de las solicitudes las correspondientes a las solicitudes iniciales.

Con fecha 18 de octubre y 17 de noviembre de 2005 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de IBERCOM por los que comunica que TESAU va a proceder a pagar a la denunciante una cantidad en concepto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones por retrasos en la provisión de servicios OBA reclamando a la vez a IBERCOM el pago de una relación de facturas de servicios, de la que no puede deducirse a qué servicios corresponden. IBERCOM señala que los servicios que incluye en la propuesta de liquidación: (i) no son todos los que han generado penalizaciones (visitas a centrales, resolución de incidencias de provisión), (ii) no aparecen desglosados para proceder a su análisis y (iii) toma como fecha de fin del cálculo de las penalizaciones el 30 de junio de 2005 y no obstante, las comunica con fecha 6 de octubre de 2005. En el mismo escrito IBERCOM informa su *“aceptación a cuenta de la verdadera cifra resultante”* por ser menor de lo que realmente debe TESAU en el presente procedimiento.

Según establece la OBA, *“las facturas emitidas aparecerán suficientemente desglosadas por servicios, distinguiéndose en cada caso los conceptos facturados (...) el desglose permitirá identificar el servicio facturado con todo detalle y de forma individualizada.”*

En las alegaciones presentadas por TESAU, con entrada en esta Comisión el 22 de diciembre de 2005, se adjunta como documentación anexa la emisión de una factura por parte de TESAU en concepto de *“penalizaciones por retraso OBA”* sin señalar los cálculos realizados para llegar al importe liquidado a IBERCOM. Es por ello, que no se puede constatar si TESAU está cumpliendo con lo establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Del examen de los sucesivos escritos de denuncia presentados por IBERCOM, de las alegaciones y documentos adjuntos presentados por la entidad denunciante así como por TESAU, se considera que, con carácter previo, es posible concluir que existen indicios que justifican el incumplimiento del resuelve Segundo de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 de esta Comisión.

3.5 Sobre los niveles de escalado para incidencias de los servicios de la OBA.

El resuelve Tercero de la Resolución de esta Comisión, de fecha 30 de diciembre de 2004, establecía que *“Tesau deberá proporcionar a Ibercom los datos de los responsables de los niveles de escalado para incidencias de los servicios de la OBA, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la presente Resolución, en caso de no haberlo hecho previamente”*.

Según consta en el expediente, la notificación de dicha Resolución fue recibida por TESAU con fecha 4 de enero de 2005, por lo que el plazo máximo cumpliría el 12 de enero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito de denuncia de IBERCOM, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 24 de febrero de 2005, se indicaba que TESAU facilitó el contacto de una persona para realizar las actuaciones de escalado con posterioridad al plazo establecido y que éste no era resolutivo para su cometido.

Por su parte, TESAU indica que el día 16 de diciembre de 2004 remitió a IBERCOM el nombre de su Asesor Técnico de Cliente, designado como interlocutor.

En el escrito de alegaciones de IBERCOM, con entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 7 de Octubre de 2005, confirma que todavía a fecha de dicho escrito no ha recibido los datos de los responsables de los niveles de escalado para las incidencias de los servicios de la OBA. Lo único que TESAU le ha aportado es el nombre de un solo contacto como primer nivel de escalado para el área de asistencia técnica, sin aportar los contactos de escalado para los cuatro contratos de Acceso al Bucle de Abonado firmados entre TESAU e IBERCOM, puesto que, en dichos contratos había lugar para tres contactos de escalado para cada operador.

Según documentación aportada por IBERCOM, con fecha 22 de diciembre de 2004, TESAU remitió un documento indicando que aunque *“el cuadro de escalados con nombres y teléfonos no se facilitará hasta el día de la firma”* le adjunta un documento con los procedimientos de escalado. Además, con fecha 16 de mayo de 2005, TESAU remite a IBERCOM un correo comunicándole un procedimiento de comunicación de reclamaciones para los servicios contratados con TESAU, solicitándole a IBERCOM los suyos, a lo cual éste se niega insistiendo en que ya los había remitido el momento de la firma de los diferentes contratos con TESAU.

En el escrito de alegaciones de TESAU, con entrada en el Registro de esta Comisión el 22 de diciembre de 2005, se muestra mediante la documentación aportada, que TESAU comunica a IBERCOM, el 2 de septiembre de 2005, el cambio de Asesor Técnico de Cliente. Además, aporta otros documentos, de fecha 16 de mayo de 2005, sobre procedimientos de gestión de incidencias por Averías relacionadas con la interconexión y servicios portadores pero que no serían aplicables al procedimiento de gestión de incidencias de provisión de servicios de OBA, que es el caso que nos ocupa, como así reconoce la misma TESAU en su escrito de alegaciones.

Del examen de los sucesivos escritos de denuncia presentados por IBERCOM, de las alegaciones y documentos adjuntos presentados por la entidad denunciante así como por TESAU, se considera que, con carácter previo, es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posible concluir que existen indicios que justifican el incumplimiento del resuelve Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 de esta Comisión.

Visto todo lo anterior, en lo que se refiere a la valoración de las actuaciones previas practicadas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un procedimiento sancionador por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, esta Comisión estima que existen indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que, de las actuaciones realizadas, se desprende que TESAU podría haber incumplido los apartados primero, segundo y tercero de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre TESAU e IBERCOM por el posible incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

En tales circunstancias, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que TESAU pueda haber realizado actividades tipificadas en el artículo 53.r) de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

II. INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

1. Tipo infractor.

El artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tipifica 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.”*

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos y omisiones realizados por TESAU pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones.

2. Sanción que pudiera corresponder.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sanciones que puede ser impuesta a las mencionada infracción son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de 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 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.”

3. Órgano competente para resolver.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá *«a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»*

4. Procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

PRIMERO. Iniciar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., 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, y consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y WORLD WIBE WEB IBERCOM, S.L. por el posible incumplimiento de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO. Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a **XXXXXXXXXX** quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERO. De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la practica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

CUARTO. En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO. En el supuesto de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

SEXTO. Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

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.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera