



COMISIÓN 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 núm. 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 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., POR DENEGACIÓN DEL SERVICIO DE COUBICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) EN LAS CENTRALES DE MADRID/PROSPERIDAD Y DE BARCELONA/CATALUÑA

DT 2005/1025

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito inicial de Ibercom

Con fecha 5 de julio de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) escrito de Ibercom, S.A. (en adelante, Ibercom) por el que plantea conflicto de acceso con la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Tesau).

Ibercom reclama que le sean suministrados determinados servicios ya solicitados, recogidos en otro conflicto de acceso previo (DT 2004/1367), y que siguen pendientes de entrega. En particular señala que todavía no dispone de espacio de coubicación en dos centrales (Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña) porque Tesau les comunicó que no existía espacio para satisfacer su solicitud, justificación que Ibercom considera que no es cierta. Por ello solicitan ante esta Comisión que se tomen las medidas necesarias para garantizar la provisión adecuada de los servicios solicitados (inspecciones, multa coercitiva, incorporación de las actuaciones de Tesau a un procedimiento sancionador y confirmación de la procedencia de penalizaciones).

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento

A la vista de la solicitud presentada por Ibercom esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Ley 4/1999 de 13 de enero (norma a la cual se acoge esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas), procede a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Con fecha 15 de julio de 2005 se comunica dicho trámite a los interesados, Ibercom y Tesau, dirigiéndoles sendos escritos mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero. Inspección a la central Madrid/ Prosperidad

Con fecha 11 de enero de 2006 se dictó Orden de Inspección en base al expediente DT 2005/1193 con el fin de determinar la existencia de espacios disponibles para la habilitación de nuevas salas OBA en la central de Madrid/Prosperidad. El 13 de enero de 2006 se realizó dicha inspección en la central de Madrid/Prosperidad, procediéndose a la firma del acta de inspección en esa misma fecha.

Cuarto. Apertura de procedimiento sancionador

Con fecha 23 de febrero de 2006 el Consejo de la CMT ha aprobado una resolución (RO 2005/1053), por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Tesau por el presunto incumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 del conflicto de acceso con Ibercom (DT 2004/1367).

Quinto. Informe de los Servicios

Con fecha 17 de mayo de 2006 los Servicios de la CMT emiten informe en el presente procedimiento, concediendo un plazo de 10 días para formular alegaciones. En el mencionado informe se propuso instar a Telefónica de España, S.A.U., a atender las solicitudes realizadas por World Wide Web Ibercom, S.L. del servicio de coubicación de la OBA en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la resolución que pusiese fin al presente procedimiento de acuerdo a las definiciones, criterios y procedimiento establecidos en la resolución de fecha 6 de abril de 2006 (expediente DT 2005/1327)

Sexto.- Ampliación del plazo para alegaciones

Mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2006, Ibercom solicitó la ampliación del plazo de diez días concedido para formular alegaciones. Con fecha 2 de junio de 2006 se emitió escrito de concesión de la ampliación del plazo para la presentación de alegaciones en el expediente de referencia hasta un máximo de 5 días, contados desde la expiración del plazo inicialmente concedido, conforme a lo establecido en el artículo 49.1 de la LRJPAC.

Séptimo.- Alegaciones recibidas

Por medio de escrito recibido con fecha 2 de junio de 2006, Ibercom formula alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto conforme al artículo 84 de la LRJPAC. Sin embargo, hasta la fecha no se ha recibido escrito alguno por parte de Tesau, el otro interesado en este procedimiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo.- Escrito adicional de Ibercom

Con fecha 18 de julio de 2006 tuvo entrada escrito de Ibercom en el que manifiesta que ha recibido una comunicación por parte de Tesau, en el que le informa sobre el cambio de estado de su solicitud inicial de coubicación en la central de Barcelona/Cataluña pasando de estar anulada a pendiente de reconfirmar proyecto técnico. Asimismo, Ibercom expone que el espacio ahora habilitado por Tesau en el proyecto técnico coincide con el que ya había identificado dicha entidad como susceptible de habilitación para la creación de nueva sala OBA en la correspondiente visita.

Noveno.- Inspección a la central de Barcelona/Cataluña

Con fecha 6 de octubre de 2006 se dictó Orden de Inspección en base al expediente DT 2006/204 con el fin de determinar la existencia de espacios disponibles para la habilitación de nuevas salas OBA en la central de Barcelona/Cataluña. El 18 de octubre de 2006 se realizó dicha inspección en la central de Barcelona/Cataluña, procediéndose a la firma del acta de inspección en esa misma fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del conflicto planteado por Ibercom acerca de los supuestos incumplimientos en la entrega de determinados servicios ya solicitados, recogidos en otro conflicto de acceso previo (DT 2004/1367), y que siguen pendientes de entrega así como de la procedencia de las correspondientes penalizaciones, multas coercitivas y de la remisión en su caso de estos hechos a un procedimiento sancionador. En particular Tesau no ha permitido coubicarse a Ibercom en dos centrales, concretamente en Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña por falta de espacio.

Segundo. Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

La LGTel, en su artículo 11 apartado 4, establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”* La letra a) del mencionado artículo 3 establece como



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objetivo de esta Ley, fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*

Por último, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC, la cual en su artículo 96 establece la multa coercitiva como uno de los medios de ejecución forzosa.

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver el conflicto suscitado entre Ibercom y Tesau.

Tercero.- Vigencia de las obligaciones de Tesau en materia de acceso al bucle

Mediante Resolución del Consejo de la CMT de 11 de mayo de 2006, se define y analiza el Mercado 11 que hace referencia al acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de servicios de banda ancha y vocales. En esta Resolución se determina que Telefónica tiene individualmente poder significativo en el mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la LGTel y en consecuencia, se imponen a Telefónica las obligaciones de acceso, orientación a costes, transparencia, separación de cuentas y no discriminación. Por ello, tras la publicación de dicha resolución en el BOE con fecha 24 de mayo de 2006, se puede afirmar que todas las obligaciones de Telefónica que derivaban del anterior marco regulatorio mantienen su vigencia tras el análisis del Mercado 11.

Cuarto.- Sobre las peticiones de Ibercom en su escrito de 5 de julio de 2005

1. Sobre la provisión de los servicios solicitados pendientes de entrega.

Ibercom reclama que le sean suministrados determinados servicios ya solicitados, recogidos en otro conflicto de acceso previo (DT2004/1367), y que siguen pendientes de entrega. En particular, reclama que todavía no dispone de espacio de coubicación en dos centrales (Madrid/Prosperidad) y Barcelona/Cataluña) porque Tesau le comunicó que no existía espacio para satisfacer su solicitud.

Al respecto, cabe señalar por esta Comisión que en la Resolución de fecha 30 de diciembre de 2004 (DT2004/1367) ya se resolvió sobre el fondo de lo nuevamente solicitado por Ibercom en el presente procedimiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, en el primer resuelve de dicha Resolución de 30 de diciembre de 2004 ya se instó a Tesau a proveer todos los servicios OBA solicitados por Ibercom (incluidas las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña) con la mayor brevedad posible.

Por lo tanto, dicho esto, no procede por parte de esta Comisión resolver de nuevo sobre las mismas cuestiones ya resueltas con anterioridad, considerándose en dicho procedimiento DT 2004/1367 que Tesau no presentó prueba alguna que demostrara la denegación de coubicación por falta de espacio, incluidas las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña, por lo que debería haber atendido dichas solicitudes sin dilación, tal como se resolvió.

2. Sobre la aplicación de las penalizaciones correspondientes

De la misma manera que en lo relativo a la provisión de los servicios solicitados, en el segundo resuelve de la Resolución de fecha 30 de diciembre de 2004, ya se señalaban las fechas a aplicar para el cálculo de las posibles penalizaciones por incumplimiento de los plazos de la OBA en la provisión de los solicitados servicios.

Por lo tanto, Tesau debe cumplir con todo lo establecido en la resolución de 30 de diciembre de 2004, en cuanto a penalizaciones.

Cabe recordar al respecto que de acuerdo con la Resolución de la CMT de 29 de septiembre de 2005, correspondiente al expediente DT 2005/259, las penalizaciones se generan de manera automática. En efecto, en esta Resolución se indica que *“en caso de entrega fuera de plazo de ciertas peticiones, conforme a lo dispuesto en la OBA en consonancia con lo previsto por el Reglamento comunitario de acceso al bucle, TESAU debe abonar las penalizaciones debidas a JAZZTEL ya que todo incumplimiento de plazo de entrega imputable a TESAU debe dar lugar automáticamente a la aplicación a las citadas solicitudes, una vez entregadas, de la penalización prevista en la OBA por incumplimiento de plazos”*.

Este criterio ha sido reconfirmado en la Resolución de 4 de noviembre de 2005 por la que se desestimó el recurso interpuesto por TESAU contra la resolución de 9 de junio de 2005 en el expediente DT 2005/259 (referencia AJ 2005/1074). En el fundamento jurídico material undécimo se indica que *“las penalizaciones por incumplimientos de plazos son de aplicación automática porque forman parte integral del conjunto de prestaciones de la oferta [...] el incumplimiento de un plazo de entrega por responsabilidad de TESAU genera automáticamente una penalización a abonar al operador afectado.”*

Dicho lo anterior, en el caso de la central de Barcelona/Cataluña, Tesau finalmente ha finalizado la provisión de los servicios de coubicación solicitados por Ibercom a fecha 4 de septiembre de 2006, y por lo tanto, Tesau deberá cumplir con lo establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en cuanto a penalizaciones se refiere.

En cuanto a la central de Madrid/Prosperidad que permanece pendiente de entrega en cuanto a los servicios solicitados por Ibercom, le corresponderá a Tesau igualmente la obligación del pago de las correspondientes penalizaciones por los retrasos en los que se haya incurrido hasta la provisión de los servicios solicitados en dicha central.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Sobre la incorporación de actuaciones a un procedimiento sancionador

Con fecha 24 de febrero de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Ibercom por el que presentaba denuncia contra Tesau por un presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004.

Una vez analizada toda la documentación remitida junto con el escrito de Ibercom, con fecha 15 de julio de 2005, esta Comisión 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.

Posteriormente, con fecha 23 de febrero de 2006 el Consejo de esta Comisión acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra Tesau, como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, y consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

De esta forma, en dicho procedimiento se determinarán las sanciones pertinentes a imponer, en su caso, por los posibles incumplimientos de lo establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Por esta razón, se estima conveniente trasladar las actuaciones realizadas en el presente procedimiento al expediente sancionador RO2005/1053.

4. Sobre la imposición de multas coercitivas

En el caso de la central de Barcelona/Cataluña, Tesau ha finalizado la provisión de los servicios de coubicación solicitados por Ibercom (solicitud 502UBIW52822006040600) a fecha 4 de septiembre de 2006, y por lo tanto, Tesau deberá cumplir con lo establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en cuanto a penalizaciones se refiere.

Sin embargo, en el caso de la central de Madrid/Prosperidad, de los datos reflejados por Tesau en la base de datos de centrales disponible en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) y de las medidas reflejadas en el acta de inspección que se realizó en esa central, se puede afirmar que existe espacio vacante disponible suficiente para coubicación en dicha central, sin embargo a fecha 30 de septiembre de 2006¹, Tesau todavía no ha provisto el servicio de coubicación solicitado por Ibercom, ni tan siquiera se encuentra en fase de ejecución, por lo que, está justificado la imposición de una multa coercitiva a Tesau para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Resolución de 30 de septiembre de 2004.

¹ De la información remitida mensualmente a esta Comisión por Tesau según lo establecido en el Anexo I de la OBA, y concretamente la referente al apartado 2.1 de dicho anexo que versa sobre coubicación



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, esta Comisión considera necesario apercibir a Tesau de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la obligación impuesta en el resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo ordenado, el operador no lo hubiere hecho.

Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer multas coercitivas por importe diario desde 100 hasta 10.000 euros para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC. En el presente caso, la obligación impuesta a Tesau en el resuelve tercero de la presente Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto, sólo a Tesau le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.

En relación con el plazo considerado suficiente para cumplir lo ordenado, cabe señalar que la obligación afecta a la central de Madrid/Prosperidad, siendo la única en la que no se han provisto todavía los servicios OBA solicitados. Teniendo en cuenta que el tiempo transcurrido desde la fecha de la Resolución por la que se instaba a Tesau al cumplimiento de proveer los servicios solicitados por Ibercom ha sido más que suficiente para su efectivo cumplimiento, se entiende razonable otorgar a Tesau un plazo de siete días laborables desde la notificación de la presente Resolución para realizar la entrega del servicio solicitado con fecha 3 de agosto de 2004.

En cuanto a la cuantía impuesta en la multa coercitiva y atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la misma. Así, para evaluar la proporcionalidad en este caso concreto, debe tenerse en cuenta el gran retraso existente en la entrega de los servicios solicitados en la Central de Madrid/Prosperidad y los perjuicios que de esta demora se derivan para Ibercom, puesto que toda demora en la entrega de los servicios genera la imposibilidad de ofrecer los mismos en tiempo a los clientes.

A continuación se resume el esquema temporal que se desarrollado en el presente caso, lo cual permite apreciar claramente los excesivos retrasos a los que se ha visto sometido Ibercom:

- **solicitud** de coubicación **realizada** por Ibercom realizada el **3 de agosto de 2004**;
- resolución expte. DT 2004/1367 el 30 de diciembre de 2004 instando a Tesau a entregar el espacio a la mayor brevedad posible;
- 16 noviembre de 2006: no se tiene constancia de que el espacio solicitado haya sido aún entregado a Ibercom **después de más de dos años**.

Por todo lo anterior se estima proporcional que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea de 10.000 euros diarios que es la cuantía máxima legal establecida en la norma. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme a lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a Tesau de la imposición de la multa coercitiva que consta, en la forma y cuantía que se señala, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la presente resolución, si fuera el caso.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En razón de todo lo anterior, esta Comisión,

RESUELVE

Primero. Desestimar la petición de World Wide Web Ibercom, S.L., sobre la provisión de los servicios OBA solicitados con fecha 3 de agosto de 2004 en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña así como sobre las penalizaciones aplicables, por haberse resuelto ya estas cuestiones en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (expediente DT 2004/1367).

Segundo. Requerir a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir, en el plazo de siete días laborables desde la notificación de la presente resolución, la justificación del cumplimiento de lo ordenado en el resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en lo relativo a la entrega del servicio solicitado por World Wide Web Ibercom, S.L. en la Central de Madrid/Prosperidad.

Tercero. Si transcurridos siete días laborables desde la notificación de la presente resolución TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no hubiese entregado el servicio solicitado por World Wide Web Ibercom, S.L. en la Central de Madrid/Prosperidad, de acuerdo con lo señalado en el resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, se impondrá a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., una multa coercitiva de 10.000 euros diarios para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.

Cuarto. Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador, iniciado por la Resolución de fecha 23 de febrero de 2006 (expediente RO 2005/1053) por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Tesau por el presunto incumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resolvía el conflicto interpuesto contra dicha entidad por World Wide Web Ibercom S.L.

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,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº,
EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera