



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión número 41/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de diciembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD WORLD WIDE WEB IBERCOM, SL, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2006, SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE DICHA ENTIDAD Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA, SOCIEDAD UNIPERSONAL (AJ 2007/2).**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por World Wide Web Ibercom, SL (en adelante, IBERCOM), contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 16 de noviembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre dicha entidad y Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal (en adelante, TESAU) por denegación del servicio de ubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) en las centrales de Madrid/Prosperidad y de Barcelona/Cataluña, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 41/2007 del día 13 de diciembre de 2007, la siguiente Resolución:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- Resolución de fecha 30 de diciembre de 2004, relativa al conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU, por el posible incumplimiento de la OBA (DT 2004/1367).**

Con fecha 30 de diciembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se ponía fin al conflicto de acceso planteado por IBERCOM contra TESAU, acordando 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 e 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.*

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

Concretamente, en relación con el Resuelve Primero, y en relación con los servicios solicitados por IBERCOM, se estableció en el Fundamento de Derecho Quinto de la misma Resolución que los servicios solicitados se podían clasificar en cuatro tipos: visita a centrales de coubicación, coubicación en centrales, tendido de cable interno (se utiliza indistintamente la expresión “TCI”), y entrega de señal. En la mayoría de las centrales se había solicitado coubicación, tendido de cable y entrega de señal conjuntamente, indicándose la conformidad con el texto de la OBA de la solicitud simultánea de estos tres servicios, aunque reconociendo que la entrega final de los dos últimos servicios se podía ver retrasada como consecuencia de la necesidad de disposición efectiva del espacio de coubicación o de la accesibilidad de éste.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **SEGUNDO.- Resolución de fecha 23 de febrero de 2006 por la que se acordaba la apertura de procedimiento sancionador contra TESAU (RO 2005/1053).**

Habiéndose presentado en la Comisión denuncia de IBERCOM señalando que TESAU había incumplido la Resolución de 30 de diciembre de 2004 citada anteriormente, con fecha 23 de febrero de 2006 el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución por la que se acordaba la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU, como presunto responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

### **TERCERO.- Resolución de fecha 16 de noviembre de 2006, en relación con el conflicto de acceso entre IBERCOM y TESAU, por denegación del servicio de coubicación de la OBA en las centrales de Madrid/Prosperidad y de Barcelona/Cataluña (DT 2005/1025).**

Tras haberse presentado nuevamente por IBERCOM conflicto de acceso contra TESAU reclamando el suministro de los servicios que fueron solicitados en el marco del conflicto anterior (DT 2004/1367) y que seguían pendientes de entrega (en particular, señalaba que no disponía de espacio de coubicación en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña), con fecha 16 de noviembre de 2006, el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución por la que se ponía fin a dicho conflicto, acordando lo siguiente:

*“**Primero.-** Desestimar la petición de World Wide Web Ibercom, SL, 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 TESAU 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, TESAU 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 TESAU DE ESPAÑA, S.A.U., un multa coercitiva de 10.000 euros diarios para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**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.”.*

Se requirió, por tanto, a TESAU para que acreditase el cumplimiento de la entrega de los servicios solicitados por IBERCOM en relación con la central de Madrid/Prosperidad, habiéndose determinado en relación con la central de Barcelona/Cataluña, que TESAU había finalizado la provisión de los servicios de coubicación solicitados por IBERCOM a fecha 4 de septiembre de 2006 (véase apartado segundo del Fundamento de Derecho Cuarto).

### **CUARTO.- Recurso de reposición interpuesto por IBERCOM contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 citada anteriormente.**

Mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2006, con entrada en el Registro de la Comisión el día 27 del mismo mes, IBERCOM formuló recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2006 citada anteriormente, con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:

#### 1º) En relación con la central de Madrid/Prosperidad:

Señala la recurrente que TESAU incumplió lo dispuesto en el Resuelve Segundo de la Resolución impugnada, en el que se obligaba a la operadora a remitir la justificación del cumplimiento de lo ordenado en el resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 .

Sin concretar más, alega IBERCOM que el incumplimiento citado sería puesto en conocimiento de la Comisión con el fin de que adoptara las medidas que considerara necesarias para lograr el cumplimiento de sus Resoluciones.

#### 2º) En cuanto a la central de Barcelona/Cataluña:

Alega la operadora que los conflictos de acceso que dieron lugar a las Resoluciones de 30 de diciembre de 2004 y 16 de noviembre de 2006 hacían referencia no sólo al servicio de coubicación, sino a la totalidad de los servicios solicitados en las centrales (coubicación, tendido de cable y entrega de señal), habiéndose insistido más en la coubicación debido al bloqueo que dicho servicio –sin haber sido entregado- generaba sobre los demás. Sin embargo, TESAU no ha cumplido lo dispuesto en tales Resoluciones al no provisionar la central en los términos indicados en ellas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Añade que la Comisión consideró en la Resolución impugnada que TESAU había cumplido con la entrega de la totalidad de los servicios solicitados al no haber previsto multas coercitivas para instar a TESAU al inmediato cumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Según la recurrente, TESAU le notificó la terminación del servicio de ubicación el día 4 de septiembre de 2006, sin que la operadora le hubiese entregado los servicios de acceso completamente desagregado ni de acceso desagregado compartido al par de cobre solicitados por IBERCOM en aquella central, por lo que, sin tales servicios, la operadora no podía comenzar a prestar los servicios en la central.

Añade IBERCOM que existen dos incidencias de provisión activas presentadas los días 11 y 24 de agosto de 2004 (que fueron aportadas también en el marco del expediente DT 2004/1367), habiéndose realizado múltiples gestiones para conseguir la completa provisión de la solicitud relativa a aquella central. En relación con la última incidencia, señala que la misma se introdujo por no publicar TESAU la solicitud y por la falta de comunicación de la asignación de espacio, siendo la causa más significativa la de no haber remitido TESAU los mensajes de aceptación de los TCI y que tampoco las UNC's figuraban en el listado de planta del SGO. Además, manifiesta la recurrente que existe una tercera incidencia abierta el 5 de agosto de 2004 sobre la visita solicitada a la central de Barcelona/Cataluña.

En este sentido, alude la operadora a la OBA 2004, que entiende resulta de aplicación al presente caso, en cuyo apartado 1.6.2 se establece que *“A todos los efectos, se considerará que la finalización de la provisión del servicio no ha finalizado hasta que las incidencias de provisión no hayan sido resueltas”*. Por tanto, hasta que no estén cerradas las incidencias no podrán considerarse provisionados los servicios. Tampoco se entenderá cerrada hasta que sea franqueada por TESAU aportando toda la información que establece la OBA en su apartado 1.6.4.2.4., informando claramente de las causas y los responsables.

Manifiesta, además, que introdujo el pedido en tres ocasiones y que TESAU pretendía que la operadora hubiese introducido por cuarta vez las solicitudes en el SGO, aunque ya como solicitudes individuales, ajenas a la solicitud de ubicación, lo que, según la recurrente, resulta contrario a lo establecido por la Comisión, que en el marco del expediente MTZ 2005/1054 manifestaba (página 144 de la Resolución de 14 de septiembre de 2006):

*“Por otra parte, también parece obvio afirmar que TESAU no podrá exigir la remisión de una nueva solicitud si la primera estaba bien formulada y que en el caso en que se tuviese que remitir una nueva solicitud por haber fallado el sistema web habiéndose perdido los datos de la solicitud inicial, se debería conservar el número y fecha originales. Se considera que todos estos aspectos se derivan de la interpretación de la OBA, por lo que no procede modificarla en este sentido”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, según IBERCOM, dicha petición de TESAU encubre una maniobra para *“maquillar los datos sobre calidad del servicio que deben remitir periódicamente a la CMT”*.

En virtud de lo anterior, sin que conste que IBERCOM ha aceptado la completa provisión de los servicios solicitados a TESAU en Barcelona/Cataluña, no pueden entenderse provisionados los mismos.

Por todo ello, la recurrente solicita:

- Que se detallen en el Resuelve Segundo de la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2006 las obligaciones de TESAU respecto de la central de Barcelona/Cataluña de la misma forma que con la central de Madrid/Prosperidad.
- Que se impongan a TESAU multas coercitivas para garantizar la provisión del servicio de TCI y la resolución de las incidencias aún activas en la central de Barcelona/Cataluña.
- Que se incorporen los hechos reseñados al correspondiente expediente sancionador, en tanto, revelan un incumplimiento de TESAU en lo relativo a la central de Barcelona/Cataluña.
- Que se confirmen en lo demás los pronunciamientos de la Resolución recurrida en todo aquello que no contradigan lo expuesto en el recurso de reposición.

### **QUINTO.- Notificación del acuerdo de inicio del procedimiento de recurso a IBERCOM y TESAU.**

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 5 de enero de 2007, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se comunica a IBERCOM que se ha iniciado el correspondiente procedimiento de recurso a tramitar bajo el número de expediente AJ 2007/2.

Asimismo, mediante escrito del Secretario de la Comisión de la misma fecha, se comunica a TESAU el inicio del procedimiento, otorgándole, además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, un plazo de diez días hábiles para que pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que considerara pertinentes para su defensa.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **SEXTO.- Ampliación del plazo otorgado a TESAU para efectuar alegaciones.**

A través de escrito de fecha 24 de enero de 2007, con salida del Registro de la Comisión el día 26 del mismo, el Secretario de la Comisión concedió, a petición de TESAU, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LRJPAC, una ampliación del plazo otorgado para efectuar alegaciones.

### **SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de TESAU al recurso de reposición interpuesto por IBERCOM.**

Con fecha 2 de febrero de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de TESAU en virtud del cual formulaba las siguientes alegaciones en relación con el recurso de reposición presentado por IBERCOM:

1ª) Congruencia de la Resolución impugnada con la petición de IBERCOM e improcedencia de que la resolución del recurso se pronuncie sobre los servicios que fueron objeto del expediente DT 2004/1367.

Considera TESAU que el procedimiento en el que se aprobó la Resolución impugnada (DT 2005/1025) se inició a consecuencia del escrito presentado por IBERCOM, en el que señalaba que todavía no disponía de espacio de coubicación en dos centrales porque TESAU le comunicó que no existía espacio para satisfacer su solicitud. El objeto del procedimiento eran, por tanto, las solicitudes de coubicación efectuadas por IBERCOM en relación con dos centrales concretas, ya que el resto de los servicios ya habían sido objeto de análisis en el expediente anterior (DT 2004/1367) y para su provisión era necesaria la habilitación previa de la coubicación.

2ª) Acreditación del cumplimiento por TESAU de las Resoluciones de 30 de diciembre de 2004 y 16 de noviembre de 2006.

La interposición de recurso potestativo de reposición resulta improcedente, a juicio de TESAU, porque en el escrito presentado por IBERCOM se alude al incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión relacionadas con la provisión de servicios OBA a aquélla.

Sin perjuicio de ello, TESAU expone que ha cumplido con aquéllas, concretando lo siguiente:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En relación con la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (DT 2004/1367):

La operadora reitera lo expuesto en sus escritos de 12 de agosto de 2005 y 26 de abril de 2006, que fueron remitidos en el curso del expediente sancionador RO 2005/1053.

- En relación con la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (DT 2005/1025):

Señala TESAU en relación con lo establecido en el Resuelve Primero (se desestimaba la solicitud de IBERCOM de provisión de los servicios OBA al haberse resuelto ya dicha cuestión en la Resolución del año 2004) que había quedado acreditado el cumplimiento en la provisión de los servicios OBA, y que en los servicios relativos a las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña no había espacio para la coubicación.

Las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña no pasaron a ser viables hasta el mes de abril de 2006, momento a partir del cual se inició el procedimiento de recuperación de espacio en las centrales.

En cuanto al Resuelve Segundo (se le requería que en un plazo de siete días justificase el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en relación con la central de Madrid/Prosperidad), señala la operadora que dicho plazo comenzó a computar el día 24 de noviembre de 2006, en que recibió la notificación de la Resolución (finalizaba, por tanto, el día 5 de diciembre), y que el día 30 de noviembre de 2006 comunicó a IBERCOM la finalización de los trabajos de habilitación de espacio en la central de Madrid/Prosperidad. En cuanto a la central de Barcelona/Cataluña, reitera que provisionó el servicio de coubicación el día 4 de septiembre de 2006.

A partir de ese momento, se inició la provisión del resto de los servicios, aludiendo la operadora a los problemas que le originó IBERCOM en relación con los mismos, al haberle requerido reiteradamente que solicitara el servicio de tendido de cable interno, sin que la operadora aceptase tal petición con el fin de no perder su derecho al cobro de penalizaciones. Añade TESAU que el TCI no se puede solicitar hasta que el operador dispone del proyecto técnico, ya que para cumplimentar el formulario hay que conocer las referencias de ubicación (en adelante, RU) asignadas. Dichos proyectos fueron entregados para Barcelona/Cataluña el día 23 de mayo de 2006 y para Madrid/Prosperidad el día 1 de diciembre de 2006, por lo que a partir de estas fechas, IBERCOM podría haber solicitado en el SGO los TCI.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a la central de Madrid/Prosperidad, manifiesta TESAU que IBERCOM solicitó por SGO 12 TCI y que en cada una de las solicitudes pedía 1 Repartidor de operador (en adelante, RdO), sobre 2 RU, cuando, sin embargo, únicamente podía instalarse 1 RdO por cada una de las RU. De acuerdo con ello, TESAU aceptó 2 solicitudes con su correspondiente RdO cada una.

En el caso de la central de Barcelona/Cataluña IBERCOM no procedió a la introducción de solicitudes de tendido de cable interno en el SGO. Ante esta situación, y de manera excepcional, TESAU remitió un correo electrónico a IBERCOM comunicándole que si no mostraba su disconformidad, procedería a introducir las peticiones de TCI correspondientes a la central de Barcelona/Cataluña en el SGO en nombre de IBERCOM.

Finalmente, se aportó por TESAU el correo electrónico de fecha 22 de enero de 2007 enviado a IBERCOM, comunicando la finalización el día 19 de enero de la provisión de los TCI solicitado en la central de Barcelona/Cataluña.

Asimismo, se aportó por la operadora el correo electrónico de fecha 4 de enero de 2007, en el que comunicaba a IBERCOM la finalización el día 18 de diciembre de 2006 de los TCI en la central de Madrid/Prosperidad.

### 3ª) Sobre la problemática asociada a las incidencias de provisión de IBERCOM. Consideración de las centrales afectadas como inviables hasta junio de 2006.

Señala TESAU que IBERCOM rechaza sistemáticamente los franqueos de incidencias por considerar que falta algún dato inoperativo e innecesario, como, por ejemplo, los datos de la persona responsable técnico de la resolución de la incidencia cuando, sin embargo, IBERCOM conoce los datos de las personas responsables técnicos en TESAU asignadas a IBERCOM en los dos niveles de escalado de incidencias establecidos en la OBA.

### 4ª) Provisión de los servicios solicitados por IBERCOM en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña.

En cuanto a la provisión de los servicios solicitados en relación con las centrales de Madrid/Prosperidad, se reitera TESAU en las alegaciones formuladas en el marco del expediente sancionador DT 2005/1025.

En relación con la central de Barcelona/Cataluña, señala TESAU, tras resumir las actuaciones llevadas a cabo, que fue el día 4 de septiembre de 2006 cuando procedió a provisionar el servicio de coubicación en aquella central.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Añade TESAU que el plazo para iniciar los trabajos comenzó el día 12 de junio de 2006, puesto que, habiendo sido el 23 de mayo de 2006 cuando envió a todos los operadores afectados el proyecto técnico, solicitando reconfirmación en un plazo de 12 días (punto 2.15.8 de la OBA), IBERCOM no contestó y tuvo que anularse la solicitud del SGO. No obstante, excepcionalmente, concedora de la estrategia de IBERCOM de perseguir el cobro de penalizaciones, y tras recibir contestación a un correo electrónico que TESAU le envió, aceptando el proyecto técnico, realizó actuaciones manuales en el SGO para aceptar en nombre del operador el proyecto técnico.

### **OCTAVO.- Solicitud y correspondiente remisión de copia de la documentación obrante en el expediente de recurso para su consideración en el procedimiento sancionador RO 2005/1053.**

A efectos del examen y mejor conocimiento de los hechos, el día 23 de marzo de 2007 la instructora del procedimiento sancionador RO 2005/1053 solicita que le sean remitidas las actuaciones del expediente AJ 2007/2.

En contestación a la solicitud anterior, el día 29 de marzo de 2007 se remite a la instructora copia de toda la documentación obrante en el expediente.

### **NOVENO.- Resolución de fecha 5 de julio de 2007, del expediente sancionador RO 2005/1053 incoado a TESAU.**

Con fecha 5 de julio de 2007, el Consejo de la Comisión puso fin al expediente sancionador abierto a TESAU por el presunto incumplimiento de la Resolución de fecha 30 de diciembre de 2004, acordando lo siguiente:

*“**PRIMERO.-** Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobada con fecha 30 de diciembre de 2004.*

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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **DÉCIMO.- Escrito de IBERCOM solicitando la incoación de procedimiento sancionador, así como la aplicación de la multa coercitiva prevista en la Resolución de 16 de noviembre de 2006.**

Con fecha 5 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por la representante legal de IBERCOM en virtud del cual manifiesta que los servicios que fueron solicitados en el año 2004 en relación con la central de Madrid/Prosperidad no han sido provistos de manera correcta y completa, sin que hubieran resultado pagadas las penalizaciones correspondientes tanto al retraso en la provisión como a la falta de resolución puntual y completa de las incidencias. El comportamiento de TESAU supone, a juicio de la recurrente, una desobediencia reiterada de las Resoluciones de la Comisión de fechas 30 de diciembre de 2004 y 16 de noviembre de 2006 en las que se ordenaba a TESAU la inmediata provisión de los servicios.

En virtud de lo dispuesto en su escrito, IBERCOM solicita:

- Que se incoe procedimiento sancionador contra TESAU por incumplimiento del Resuelve Primero de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 y de 30 de diciembre de 2004, en cuanto a la central de Madrid/Prosperidad.
- Asimismo, alude la operadora al incumplimiento por TESAU del Resuelve Segundo de la Resolución de 16 de noviembre de 2006, al eludir el tratamiento y resolución final de las incidencias de provisión T240804-10 y T110804-10 de Madrid/Prosperidad.

Estos incumplimientos conllevan que tres años después de las solicitudes realizadas por IBERCOM, TESAU sigue sin cumplir la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Por tanto, hasta que TESAU no resuelva y franquee las dos incidencias de provisión indicadas, no se producirá la entrega definitiva de los servicios solicitados en agosto de 2004.

Por todo ello, solicita IBERCOM que, una vez resueltas las incidencias de provisión, se obligue a TESAU a entregar a IBERCOM el cálculo detallado de penalizaciones por retraso en la provisión y por retraso en la resolución de incidencias de provisión, haciendo efectivo en un plazo concreto el pago de aquellas penalizaciones a IBERCOM.

- Que se apliquen las multas coercitivas previstas en el Resuelve Tercero de la Resolución de 16 de noviembre de 2006, con efectos desde el octavo día de la notificación a TESAU de tal Resolución hasta el pleno cumplimiento de lo dispuesto en el Resuelve Primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que se abra un nuevo procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de la Resolución de 16 de noviembre de 2006, que a su vez se remite a la recaída el día 30 de diciembre de 2004.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

##### **PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por IBERCOM.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre IBERCON y TESAU por denegación del servicio de coubicación de la OBA en las centrales de Madrid/Prosperidad y de Barcelona/Cataluña.

##### **SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento de conflicto que dio como resultado la Resolución de 9 de noviembre objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### **QUINTO.- Admisión a trámite.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

En el presente caso, aun cuando la recurrente no alude expresamente en su escrito a tales preceptos ni tampoco a ninguna de las causas de nulidad previstas en los mismos, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, correspondería admitir el recurso presentado, por cuanto las alegaciones contenidas en él aluden indirectamente a la infracción del ordenamiento jurídico en que habría incurrido la Resolución impugnada al no considerar los incumplimientos de TESAU en relación con la central de Barcelona/Cataluña. Corresponde, por tanto, a través de la presente, determinar si la Resolución impugnada incurriría en el vicio de anulabilidad previsto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

De igual modo, como se ha expuesto, el artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

En relación con dicho requisito, debe tenerse en cuenta que en la Resolución impugnada se acordó, entre otros aspectos, requerir a TESAU a remitir, en el plazo de siete días laborables, la justificación del cumplimiento de lo ordenado en el resuelve primero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, apercibiéndole de que si en dicho plazo no hubiese cumplido, se le impondría una multa coercitiva de 10.000 euros diarios para asegurar el cumplimiento de su obligación (Resuelves Segundo y Tercero).

A tal efecto, teniendo en cuenta que los mismos han sido objeto del recurso presentado por IBERCOM, procede señalar que aquellos contienen el acto de apercibimiento a TESAU de la ejecución forzosa de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El acto de apercibimiento aparece contemplado en el artículo 95 de la LRJPAC, que establece que *“Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos”*.

Los actos de apercibimiento deben ser considerados no como actos resolutorios sino como actos de trámite en tanto son preparatorios o previos a la adopción de la decisión de llevar a cabo la ejecución material de una resolución. Normalmente aquéllos van acompañados de requerimientos para el cumplimiento de la obligación, considerándose que no son actos resolutorios en tanto no expresarían la voluntad administrativa, sino que vendrían a requerir el cumplimiento de esta voluntad ya manifestada anteriormente en otra decisión administrativa.

Puede tenerse en cuenta lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1997 (RJ 1997, 3359) en la que se establecía lo siguiente<sup>1</sup>:

*“CUARTO.- Limitándonos pues a tales actos administrativos, no ofrece la menor duda, que el acto de la Junta del Puerto de Pasajes de fecha 3 de octubre de 1985 que se limita a hacer un requerimiento de desalojo en el plazo improrrogable de 10 días, no es más que un mero acto de ejecución de la de 26 de octubre de 1984, que declaró la caducidad de la autorización de la ocupación de la parcela núm. 57, acto administrativo que goza de presunción de legalidad y es susceptible de ejecución en vía administrativa mientras que su eficacia no haya sido suspendida, con lo cual no cabe duda que el acto administrativo de la Junta del Puerto de Pasajes de 3 de octubre de 1985, requiriendo el desalojo, no es más que un simple acto de ejecución de los previstos en el art. 100 de la LPA, y como reproducción y reiteración de otro anterior no es susceptible de recurso porque su validez está subordinada a la del acto definitivo del que es aplicación en virtud de lo dispuesto en los artículos 44 y 101 de la LPA”.*

No obstante lo anterior, se ha reconocido también por la Jurisprudencia la posibilidad de que aquellos actos pudieran incurrir por sí mismos (con sustantividad propia respecto del acto que se pretende ejecutar) en una infracción del ordenamiento jurídico, pudiendo en tal caso ser objeto de impugnación autónoma<sup>2</sup>.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que, aun cuando en la Resolución adoptada el 16 de noviembre de 2006 se desestimaron los planteamientos de IBERCOM en relación con la provisión de los servicios solicitados en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña, así como con las penalizaciones aplicables, por haberse resuelto ya estas cuestiones en la Resolución de 30 de

<sup>1</sup> Véase también, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1998 (RJ 1998/7163).

<sup>2</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1974, 10 de julio de 1984, 7 de diciembre de 1982, 7 de diciembre de 1989.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diciembre de 2004, la decisión adoptada en aquélla no supuso sin más el requerimiento a TESAU para que cumpliera con aquélla.

Así, durante la tramitación del procedimiento se realizaron inspecciones y se dio posibilidad a las partes para que efectuaran alegaciones, a efectos de comprobar si efectivamente TESAU había dado cumplimiento a su obligación de provisionar los servicios solicitados en aquellas centrales.

En la medida en que el requerimiento y el apercibimiento efectuados fueron resultantes de un procedimiento distinto (DT 2005/1025) a aquel en que se aprobó la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (DT 2004/1367), y teniendo en cuenta que el recurso de IBERCOM alude indirectamente a la infracción del ordenamiento jurídico en que habría incurrido la Resolución impugnada al no considerar en sus Resueltas Segundo y Tercero los incumplimientos de TESAU en relación con la central de Barcelona/Cataluña, procede entender que los actos contenidos en aquéllos son susceptibles de impugnación.

Habida cuenta de ello, el Acuerdo del Consejo impugnado cumpliría con el requisito establecido en el artículo 107.1 de la LRJPAC en relación con las resoluciones y actos de trámite que son susceptibles de impugnación.

Y teniendo en cuenta que el recurso presentado, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, resulta procedente su admisión a trámite.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

### **PRIMERO.- Sobre los servicios solicitados por IBERCOM en la central de Barcelona/Cataluña, su tratamiento en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 y su situación actual.**

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, tras aprobarse la Resolución de 30 de diciembre de 2004 que ponía fin a un conflicto entre TESAU e IBERCOM sobre la provisión de determinados servicios OBA, esta última puso de manifiesto ante la Comisión el incumplimiento por TESAU de su obligación de proveer los servicios solicitados en las centrales de Madrid/Prosperidad y Barcelona/Cataluña.

Concretamente, el día 5 de julio de 2005 la ahora recurrente presentó un escrito en la Comisión planteando nuevamente un conflicto, reclamando que le fueran suministrados determinados servicios ya solicitados y que seguían pendientes de entrega, así como la adopción de las medidas necesarias para la adecuada provisión de los servicios solicitados (inspecciones, multa coercitiva, incorporación de las



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuaciones de TESAU a un procedimiento sancionador y confirmación de la procedencia de penalizaciones). Alegaba la operadora que todavía no disponía del espacio de coubicación en aquellas dos centrales porque TESAU le había comunicado que no existía espacio para satisfacer su solicitud.

Frente a tal pretensión, se consideró en relación con el nuevo conflicto presentado por la Comisión, y así se manifestó en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 impugnada, que no procedía entrar de nuevo en el fondo del asunto y se reiteró lo ya establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, señalándose que TESAU debería proveer todos los servicios OBA solicitados por IBERCOM a la mayor brevedad posible, al no haber presentado prueba alguna que demostrara la procedencia de la denegación de la coubicación por falta de espacio.

De acuerdo con ello, en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 se desestimó la petición de IBERCOM de resolver nuevamente sobre mismo conflicto, y se requirió a TESAU para que justificase el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Se establecía, además, que si, transcurrido aquel plazo, TESAU no hubiera entregado el servicio solicitado por IBERCOM, se le impondría una multa coercitiva de 10.000 euros diarios.

El requerimiento anterior y la advertencia de la imposición de multas coercitivas tuvo lugar únicamente en relación con la central de Madrid/Prosperidad, al haberse constatado que no había sido entregado ninguno de los servicios solicitados por IBERCOM en relación con dicha central.

Sin embargo, en cuanto a la central de Barcelona/Cataluña, se señaló en la Resolución ahora impugnada que *“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”*, sin hacer una referencia expresa al resto de los servicios solicitados por IBERCOM en relación con dicha central.

En relación con ello, en el recurso interpuesto por IBERCOM la operadora manifiesta que la Comisión había considerado en la Resolución impugnada que TESAU había cumplido con la entrega de la totalidad de los servicios solicitados en la central de Barcelona/Cataluña al no imponer multas coercitivas al igual que en el caso de la central Madrid/Prosperidad.

Concretamente, respecto de la central Barcelona/Cataluña, sostiene la operadora que su pedido original incluía otros servicios OBA además del de coubicación, y que TESAU no le había provisto ni los tendidos de cable interno ni la corriente alterna que también había solicitado a la vez que la coubicación, continuando sin solucionar todas las causas de incidencias abiertas en dicha central, por lo que la Resolución de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

16 de noviembre de 2006 debería haber apercibido también a TESAU para la entrega de todos los servicios solicitados por IBERCOM.

En contestación a tales alegaciones, ha de comenzarse, en primer lugar, por las consideraciones de la recurrente relacionadas con los servicios solicitados en la central de Barcelona/Cataluña y el tratamiento de los mismos en la Resolución de 16 de noviembre de 2006.

Efectivamente, IBERCOM solicitó conjuntamente la coubicación y tendido de cable interno en varias centrales de TESAU, incluidas las de Barcelona/Cataluña, con fecha 3 de agosto de 2004. Es cierto también, que en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 se señaló que el servicio de coubicación solicitado en la central de Barcelona/Cataluña había sido entregado, pero no se requirió a TESAU para que cumpliera con los demás servicios solicitados en aquella central ni se le apercibió de que en caso de que incumpliera le serían impuestas multas coercitivas.

No se trata, sin embargo, como señala la recurrente, de que la Comisión considerara que TESAU había cumplido con la entrega de la totalidad de los servicios solicitados en la central de Barcelona/Cataluña al no imponer medidas coercitivas igual que en el caso de la central Madrid/Prosperidad.

En relación con los servicios solicitados en ambas centrales se expuso en la Resolución de 16 de noviembre que había que estar a lo ya resuelto en la Resolución anterior de 30 de diciembre de 2004, en la que se estableció que TESAU debía 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”*.

Debe quedar claro, por tanto, que vino a reiterarse nuevamente la obligación de TESAU de proveer todos los servicios solicitados por IBERCOM.

Ahora bien, teniendo en cuenta que realmente el objeto del procedimiento que dio lugar a la Resolución de 16 de noviembre era propiamente determinar si se estaban produciendo incumplimientos por parte de TESAU en la provisión de los servicios solicitados y, en caso de que así se constatase, intimar a la operadora a su cesación, hubo de examinarse, en primer lugar, si se había entregado la coubicación, puesto que, como a continuación se expondrá, sin la entrega previa del servicio de coubicación no podía procederse a la provisión de los demás servicios solicitados por IBERCOM en las dos centrales.

De acuerdo con ello, en relación con la central de Madrid/Prosperidad, se advirtió que en aquel momento no se había provisto ni siquiera el servicio de coubicación, señalándose en la Resolución impugnada lo siguiente:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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 2006, TESAU todavía no ha provisto el servicio de coubicación solicitado por Ibercom”.*

Por el contrario, en el caso de la central de Barcelona/Cataluña se determinó que efectivamente se había entregado el servicio de coubicación solicitado por IBERCOM, estableciéndose en el punto 2 del apartado 4 correspondiente a los fundamentos de derecho de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 lo siguiente:

*“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”.*

De igual modo se pronunciaba la Resolución al comienzo del punto 4 del referido apartado.

Tras la información remitida mensualmente a la Comisión por TESAU de conformidad con lo establecido en el Anexo II de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modificaba la OBA vigente en aquella fecha (MTZ 2003/1000) y, concretamente, la referente al apartado segundo de dicho Anexo que versa sobre la coubicación, se constató que, con fecha 4 de septiembre de 2006, TESAU había provisto el espacio útil solicitado por IBERCOM en la central de Barcelona/Cataluña.

Esta circunstancia fue reconocida por IBERCOM, al afirmar que *“TESAU le notifica a IBERCOM la terminación del servicio de ubicación el día 04 de septiembre de 2006”.*

Una vez entregado del servicio de coubicación, debió procederse por TESAU a la entrega de los TCIs.

En este punto, se plantea si la entrega de los TCI requería de una nueva solicitud por parte de IBERCOM relacionada con el servicio de entrega de TCI.

Si bien es cierto que en la OBA, tal y como se consideró en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, y como bien afirma IBERCOM, se considera perfectamente factible la solicitud simultánea del espacio de coubicación, tendidos de cable y entrega de señal, realmente no se detalla cómo se debe realizar dicha solicitud, es decir, si a través de una única solicitud o mediante solicitudes en paralelo.

En principio, puede considerarse que en el caso de la solicitud de espacio de coubicación y de tendido de cable interno por primera vez en una central, dicha solicitud se podría realizar en el mismo procedimiento vía Web implementado por TESAU, tal y como se detalla en el apartado 2.15.1 de la OBA relativo a la presentación de solicitudes de espacio, al existir los campos correspondientes para informar a TESAU tanto del número de bloques de 100 pares para acceso



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desagregado y compartido junto con la necesidad de instalación del RdO por parte de TESAU, pero sería incompleta para la provisión final del servicio de TCI.

No obstante lo dispuesto sobre la posibilidad de solicitud conjunta de coubicación y de tendido de cable, a la vista del procedimiento específico para la tramitación de una solicitud de tendido de cable interno recogida en el apartado 1.5.2 de la OBA, se advierte que sería necesaria información adicional a aquella que se remite cuando se realiza la solicitud conjunta inicial, tal como la referencia/ubicación en el recinto de coubicación donde se solicita el tendido, posición y orientación del RdO en superficie del operador para la provisión final de una solicitud de tendido de cable interno en la primera petición.

Lo anterior implica que, si bien es cierto que conjuntamente con la petición del espacio de coubicación se puede realizar la del tendido de cable interno, hasta que no se habilita el espacio de coubicación, TESAU no puede realizar dicho tendido, para lo que tendría un plazo de 10 días, tal y como se recoge tanto en la OBA actual, en el apartado 1.5.2.3, como en la versión anterior:

*“...Telefónica deberá de hacer la entrega del servicio de tendido de cable interno antes de 10 días desde la aceptación de la solicitud o desde la fecha en que Telefónica pueda tener acceso al recinto de coubicación y se le notifique la disponibilidad del RdO si éste es instalado por el Operador...”*

En el caso de instalación del RdO por parte de TESAU, sería necesario que el operador solicitante, previamente a la instalación del tendido de cable interno, le notificara a TESAU la referencia de ubicación (RU) en la cual quería que ésta le instalara el RdO, aunque dicha circunstancia no se recoja explícitamente en la OBA.

En el presente caso, no fue hasta el día 23 de octubre de 2006 cuando finalmente IBERCOM, tras requerírsele TESAU, le indicó vía correo electrónico en qué RUs quería que le fueran instalados tanto el RdO para el acceso desagregado como el RdO para el acceso compartido.

Por lo tanto, TESAU tendría que haber entregado dichos tendidos antes de 10 días a partir del 23 de octubre de 2006. Dicha entrega no se realizó, sin embargo, hasta el día 19 de enero de 2007.

Se pone de manifiesto, por tanto, que TESAU tendría que haber entregado los tendidos solicitados para la central de Barcelona/Cataluña en el plazo de 10 días a contar desde el 23 de octubre de 2006, lo que conlleva que en la fecha en la que se resolvió el procedimiento (16 de noviembre de 2006) no habían sido entregados todos los servicios solicitados por IBERCOM.

Ello puede llevar a pensar, como ha sucedido a la recurrente, que la Resolución impugnada debió haber efectuado al igual que con la central de Madrid/Prosperidad, un requerimiento a TESAU a efectos de que acreditara la entrega del resto de los servicios solicitados por IBERCOM en la central de Barcelona/Cataluña.

Ahora bien, debe recordarse que no se trataba de establecer que TESAU estaba obligada a cumplir con la obligación de proveer todos los servicios solicitados por



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IBERCOM ya que esto había sido resuelto en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, sino de requerir e intimar a TESAU para que entregase los servicios en el caso de que se constatará la persistencia en el incumplimiento, en ejecución de la citada Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Por ello, habiéndose acreditado la efectiva entrega de los servicios de cubrición, resultaba necesario, dada la naturaleza del apercibimiento relativo a la ejecución material de una resolución administrativa, que se hubiera constado que TESAU no estaba cumpliendo con su obligación de entregar los TCI.

Pero en el presente caso, al contrario de lo que ocurría en el caso de la central de Madrid/Prosperidad, no pudo constarse dicho incumplimiento, puesto que cuando se realizó la inspección con fecha 18 de octubre de 2006 en la central de Barcelona/Cataluña, en cumplimiento de la orden de inspección dictada por el Secretario de la Comisión el día 6 de octubre de 2006 en el expediente DT 2006/204, IBERCOM todavía no había remitido a TESAU las solicitudes de TCI (lo hizo, como se ha señalado, el día 23 de octubre de 2007).

Tampoco IBERCOM puso en conocimiento de la Comisión que habiéndose solicitado los TCI en aquel momento, no se hubieran facilitado por TESAU en el plazo de 10 días. Habiendo sido el 23 de octubre de 2006 cuando IBERCOM comunicó a TESAU en qué RUs quería que fuera instalados los RdO, y sabiendo que TESAU tenía un plazo de diez días para entregar los TCI sin que los mismos hubieran sido provisionados, esta circunstancia debió haber sido comunicada a esta Comisión en aquel momento y no, como ha sucedido, en fase del presente recurso presentado contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006.

En otras palabras, habiéndose provisionado por TESAU el servicio de cubrición el día 4 de septiembre de 2006, y siendo necesario que desde la entrega de la cubrición, IBERCOM tuviera que indicar a TESAU en qué RUs quería que fueran instalados los RdO, mientras esta comunicación no se hubiera producido no se podía entender que comenzaba el plazo para entregar los TCI.

Por ello, a efectos de apercibir a TESAU para el cumplimiento de su obligación de provisionar los TCI, resultaba necesario que se hubiera puesto de manifiesto por parte de IBERCOM que, habiéndose indicado las RUs, TESAU no había entregado los TCI en el plazo de 10 días.

Pero, como se ha expuesto, estas circunstancias fueron conocidas una vez presentado el recurso por IBERCOM, debiendo señalarse, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 112.1 de la LRJPAC, que, habiéndose podido poner en conocimiento de la Comisión durante el procedimiento originario, no cabría su consideración en la resolución del recurso a efectos de la posible anulación de la resolución impugnada.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello implica que, en su caso, la modificación de la Resolución de 16 de noviembre de 2006, consistente en la inclusión de la central de Barcelona/Cataluña en los Resolves Segundo y Tercero de aquélla, únicamente hubiera sido posible, en el presente caso, en el marco del procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada, pero no en la fase del recurso de reposición.

En cualquier caso, aun cuando se entendiera que debería tenerse en cuenta en la fase de recurso las circunstancias mencionadas anteriormente (falta de entrega por TESAU de los TCI en el plazo de 10 días desde el día 23 de octubre de 2006), en el presente caso, la modificación de aquella Resolución a efectos de requerir a TESAU la acreditación del cumplimiento y de apercibir a la operadora de que en caso contrario se le impondrían multas coercitivas, no hubiera resultado posible por cuanto para ello habría de haberse mantenido en el tiempo el incumplimiento de TESAU de su obligación de facilitar los TCI, habiéndose efectuado un nuevo apercibimiento a TESAU.

Debe tenerse en cuenta que el acto de apercibimiento es un acto intermedio entre la producción de aquél que crea la obligación y la iniciación del procedimiento de ejecución propiamente dicho que requiere de la constatación de la persistencia del obligado en el incumplimiento, de modo que, sin el apercibimiento previo, no puede procederse al inicio del procedimiento de ejecución forzosa (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 –RJ 1997/5022-).

Antes de procederse al inicio de un procedimiento de ejecución forzosa es preciso que se dicte un acto de apercibimiento contra el administrado y que en él se otorgue a éste un plazo para que cumpla con su obligación.

Ello supone que, en tanto el apercibimiento requiere de la concesión de una última oportunidad para el cumplimiento, en el presente caso, y en relación con la central de Barcelona/Cataluña, se tendría que haber procedido al otorgamiento de un plazo nuevo -al igual que se hizo en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 al otorgar un plazo a TESAU para que justificase el cumplimiento de su obligación de cobicación en la central de Madrid/Prosperidad- durante el cual se hubiera permitido a TESAU que cumpliera y acreditase su cumplimiento ante la Comisión.

Sin embargo, TESAU finalizó la provisión de los servicios solicitados en la central de Barcelona/Cataluña el día 19 de enero de 2007 (habiéndoselo comunicado a IBERCOM el día 22), lo que implica que, habiendo tenido entrada el recurso de reposición interpuesto por IBERCOM el día 27 de diciembre de 2006, y siendo necesario el traslado para efectuar alegaciones en el mismo a TESAU, dada la novedad de algunas de las alegaciones y documentos aportados por la recurrente (artículo 112 de la LRJPAC), resultaba materialmente imposible que antes del día 19 de enero se hubiera podido apercibir a TESAU para que cumpliera con la obligación de provisionar los TCI.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tampoco se podía, como parece entender la recurrente, imponer directamente multas coercitivas a TESAU, sin el apercibimiento a ésta para que cumpliera con su obligación de provisionar los TCI.

En cuanto a las incidencias de provisión abiertas en agosto de 2004 por IBERCOM en la central de Barcelona/Cataluña (con sus propios códigos de referencia T110804-13 y T240804-13) en base a la falta de respuesta por parte de TESAU en cuanto a la aceptación/denegación de sus solicitudes de coubicación y TCI vencidos los plazos establecidos en la OBA, parece evidente que no tendría ningún sentido mantener activas dichas incidencias si los servicios han sido provistos finalmente por TESAU de forma correcta en dicha central, independientemente de los retrasos e incumplimientos de provisión en los que hubiera incurrido, que han sido considerados en el procedimiento sancionador abierto a tal efecto por esta Comisión (RO 2005/1053).

IBERCOM se negaba, sin embargo, en su escrito de recurso a considerar como finalizados los servicios que solicitó en Barcelona/Cataluña, tras comunicárselo TESAU, hasta que la entidad no resolviera las causas que motivaron la apertura de las mencionadas incidencias. Concretamente, ante la comunicación por parte de TESAU de la finalización del servicio de ubicación solicitado, IBERCOM respondió literalmente:

*“De la misma forma le recuerdo a TESAU que existe una incidencia de provisión sobre dicho servicio de ubicación que al parecer ahora TESAU dice entregar, pero que dicho servicio no queda entregado mientras TESAU no proceda al franqueo y cierre de la incidencia de provisión que pesa sobre este servicio y mientras esto no se produzca le recuerdo a TESAU que el servicio no está terminado ni por tanto entregado, según se especifica en la OBA.”*

Si bien es cierto que en el apartado 1.6.2 de la OBA se establece que “A todos los efectos, se considerará que la finalización de la provisión del servicio no ha finalizado hasta que las incidencias de provisión no hayan sido resueltas”, no parece lógico que las incidencias de provisión se mantengan activas *sine die* por el operador iniciador de las mismas (siendo éste el mayor interesado en que éstas se resuelvan lo antes posible), cuando los servicios hayan sido provistos de forma correcta.

En el presente caso, tras la comunicación por parte de TESAU de la finalización de los servicios, IBERCOM siguió considerando que estaban activas las incidencias abiertas en agosto de 2004 por falta de respuesta a sus solicitudes, lo que no sería en ningún caso razonable a pesar del tenor literal del apartado 1.6.2 de la OBA citado anteriormente.

Pero, habiéndose entregado los servicios debe considerarse que no existen tales incidencias, al haberse subsanado las causas que motivaron su apertura.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, IBERCOM podría haber abierto nuevas incidencias de provisión hasta transcurridos cinco días desde la remisión de la comunicación de finalización por parte de TESAU, si el servicio no se hubiera provisto correctamente, tal y como establece la OBA.

Asimismo, la actitud de IBERCOM podría estar destinada a alargar los plazos de provisión de los servicios artificialmente, y no a disponer lo antes posible de los servicios solicitados para poder iniciar la prestación de sus servicios a los clientes sin mayor dilación.

A estos efectos, debe recordarse, como ya se dijo en la Resolución de fecha 19 de julio de 2007<sup>3</sup> en relación con la alegación de TESAU sobre la necesidad de fijar las causas en virtud de las cuales los operadores podrían rechazar el franqueo de las incidencias que, en ningún caso, la falta de un listado de causas de rechazo puede amparar un incorrecto proceder por parte de los operadores a la hora de aceptar el franqueo de las incidencias. El texto vigente de la OBA establece (apartado 1.6.4.2) que el franqueo de una incidencia puede rechazarse cuando el operador iniciador considere que la resolución o la respuesta no han sido satisfactorias, lo que excluye todo comportamiento dirigido a la negativa o rechazo sistemático del franqueo de la incidencia, toda vez que ésta ha sido debidamente resuelta por TESAU. Si así fuera, esta última, podría dirigirse a la Comisión y plantear un conflicto contra el operador en cuestión.

En cualquier caso, el rechazo sistemático por parte de un operador al franqueo de la incidencia no puede tener como consecuencia, si la incidencia ha sido correctamente solventada, el devengo de penalizaciones a favor de aquel operador, puesto que éstas resultan exigibles únicamente en caso de retraso en la resolución de aquélla y no por el simple hecho de la negativa del operador a aceptar el franqueo.

Todo ello es sin perjuicio del derecho de IBERCOM a reclamar a TESAU las penalizaciones que estime convenientes por los retrasos efectivamente producidos en la entrega de todos los servicios OBA solicitados.

### **SEGUNDO.- Sobre el supuesto incumplimiento por TESAU del Resuelve Segundo de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 en relación con la provisión de los servicios solicitados en la central de Madrid/Prosperidad.**

Se señala por IBERCOM que TESAU había incumplido lo dispuesto en el Resuelve Segundo de la Resolución impugnada, en el que se obligaba a la operadora a remitir la justificación del cumplimiento de lo ordenado en el Resuelve Primero de la

---

<sup>3</sup> Resolución recaída en el expediente AJ 2006/1325, relativo al recurso de reposición interpuesto por diversas operadoras contra la Resolución de 14 de septiembre de 2006.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 30 de diciembre de 2004 en relación con la central de Madrid/Prosperidad.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que esta alegación no puede ser considerada como un motivo de impugnación de la Resolución objeto del recurso sino, en su caso, como una denuncia por la posible comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel por presunto incumplimiento de la Resolución impugnada o, en su caso, como una solicitud de que se inicie el procedimiento previsto en el resuelve tercero de la Resolución impugnada en orden a imponer a TESAU la multa coercitiva de 10.000 euros diarios con la que había sido apercibida. Consecuentemente, ni en uno ni en otro caso, puede tener favorable acogida en este procedimiento el citado motivo de impugnación.

Sentado lo anterior, procede analizar si existen indicios del incumplimiento denunciado por IBERCOM que aconsejen ordenar a los Servicios la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por incumplimiento de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 o que se proceda a iniciar el correspondiente procedimiento para la imposición de la multa coercitiva con la que fue apercibida TESAU por medio del resuelve tercero de la misma Resolución.

El resuelve segundo de la Resolución impugnada establece lo siguiente:

“Segundo.- Requerir a TESAU 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”

Como se puede apreciar con la simple lectura del citado resuelve, el incumplimiento del mismo sólo se habría producido si TESAU hubiera dejado de remitir, en el citado plazo de siete días laborables desde la notificación de la 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 IBERCOM en la Central de Madrid/Prosperidad.

La notificación de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 se produjo el día 24 de noviembre del mismo año y con fecha de sello de correos del día 5 de diciembre de 2006 y con entrada en el Registro de la Comisión el día 12 de diciembre de 2006, se recibió escrito de TESAU en respuesta al Resuelve Segundo de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 conteniendo la justificación que estimaba conveniente sobre la entrega de todos los servicios solicitados por IBERCOM en la central de Madrid/Prosperidad. Teniendo en cuenta lo anterior, hay que concluir que no existen indicios para considerar que TESAU hubiera incumplido la obligación impuesta en el resuelve segundo de la Resolución de 16 de noviembre de 2006.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el resuelve tercero de la Resolución recurrida se establece lo siguiente:

**Tercero.-** *Si transcurridos siete días laborables desde la notificación de la presente resolución, TESAU 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 TESAU DE ESPAÑA, S.A.U., un multa coercitiva de 10.000 euros diarios para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.*

En su escrito de 5 de diciembre de 2006, TESAU afirmaba que había finalizado la provisión del espacio solicitado por IBERCOM en dicha central a fecha 30 de noviembre de 2006, aportando la comunicación realizada a través del correo electrónico de esta fecha, informando a IBERCOM de la habilitación del espacio solicitado en la central de Madrid/Prosperidad.

Esta circunstancia también se encuentra reflejada en los datos mensuales aportados por TESAU en cumplimiento de lo establecido en el Anexo II de la OBA, constatándose que con fecha 30 de noviembre de 2006 se finalizó la obra de habilitación del espacio solicitado por IBERCOM en dicha central (solicitud nº 502UBIW37832006112200).

Asimismo, también se ha constatado que con fecha 18 de diciembre de 2006 finalizó la provisión de los tendidos de cable solicitados por IBERCOM, tanto en acceso desagregado como en compartido, por lo que en dicha central se encontrarían provistos todos los servicios solicitados por IBERCOM, no cabiendo, por tanto ahora, el inicio del procedimiento para la imposición de la multa coercitiva con la que fue apercibida TESAU.

Por todo ello, no procede ordenar a los servicios la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 ni tampoco la apertura de un procedimiento de ejecución material para la imposición de las multa coercitivas con las que fue apercibida TESAU por medio del resuelve tercero de la misma Resolución.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

**ÚNICO.**- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por World Wide Web Ibercom, SL contra la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2006, sobre el conflicto de acceso entre dicha entidad y Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal por denegación del servicio de coubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado en las centrales de Madrid/Prosperidad y de Barcelona/Cataluña.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 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 que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, sólo podrá interponerse 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera