



COMISION 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 nº 01/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de enero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2005/1407 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 18 DE OCTUBRE DE 2006 POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCION DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE JULIO DE 2005 (EXPEDIENTE DT 2005/658).

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2005/1407, incoado a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de octubre de 2006 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 14 de julio de 2005 (DT 2005/658).

Con fecha 14 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, Jazztel) y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica), sobre la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de acceso al bucle de abonado, poniendo fin al procedimiento DT 2005/658. Dicha Resolución resolvía lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero.- Declarar que la solicitud de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central es una petición razonable de acceso a recursos asociados al bucle de abonado y que Tesau está obligada a atenderla.

Segundo.- Instar a Tesau a suministrar, en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la presente resolución, las solicitudes de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central que Jazztel realizó con anterioridad al mes de mayo de 2005 y que todavía no hubieran sido entregadas. Se aplicarán a este servicio los precios incluidos en el Anexo 1 a esta resolución.

Tercero.- Salvo acuerdo de Tesau y Jazztel en otro sentido, Tesau deberá atender toda solicitud de Jazztel, adicional a las recogidas en el punto anterior, de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central, conforme a los plazos, precios y penalizaciones por incumplimientos recogidos en el Anexo 1 a esta resolución.”

Este Anexo 1 a la Resolución establecía las “Condiciones aplicables al servicio de conexión de equipos coubicados”, siendo éstas:

Plazos (días laborables)	
Plazo de presentación del proyecto de la instalación	7 días desde la recepción de la solicitud
Plazo de entrega del servicio	20 días desde la aceptación del proyecto

Precios	
Interfaz eléctrica	
- Cableado para 2 coaxiales	14,30 €/m + 29,00 € (no recurrente)
- Cableado para 4 coaxiales	18,60 €/m + 58,00 € (no recurrente)
- Cableado para 8 coaxiales	27,20 €/m + 116,00 € (no recurrente)
- Cableado para 16 coaxiales	44,40 €/m + 232,00 € (no recurrente)
Interfaz óptica	
- Cableado para 8 fibras	15,45 €/m + 233,45 € (no recurrente)
- Cableado para 16 fibras	15,65 €/m + 446,89 € (no recurrente)
Cuota anual de mantenimiento	1,5% de los costes no recurrentes

Penalizaciones por incumplimiento del plazo de provisión (T_{max})	
Retraso D_r (días laborables)	Penalización
Hasta $0,25 \times T_{max}$	$D_r \times 2\%$ cuota alta
Desde $0,25 \times T_{max}$	$D_r \times 3\%$ cuota alta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Escrito presentado por Jazztel

Con fecha 2 de agosto de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel en el que denunciaba que con fecha 1 de agosto de 2005, Telefónica no había procedido a la entrega de todas las uniones de salas, solicitadas con anterioridad al mes de mayo de 2005. (Adjuntan Anexo detallando las centrales y las salas).

TERCERO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento (RO 2005/1407) y requerimiento de información.

Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de noviembre de 2005 se requirió a las dos entidades, TELEFONICA y JAZZTEL, la siguiente información de acuerdo con el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC):

- *Fechas de suministro de las solicitudes de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central que JAZZTEL realizó con anterioridad al mes de mayo de 2005 y que no hubieran sido entregadas en la fecha de notificación de la Resolución de 14 de julio de 2005 (exp. DT 2005/658).*
- *Cualesquiera otros documentos o alegaciones que estime oportunos para la mejor instrucción del presente procedimiento.*

Asimismo, de acuerdo con el artículo 76.1 de la LRJPAC, se les otorgaba un plazo de diez días para la remisión de la información requerida.

CUARTO.- Contestación de los operadores al requerimiento de información.

Con fecha 21 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que contestaba al citado requerimiento. En el mismo se contenía lo siguiente:

- Que la Resolución de 14 de julio de 2005 se le notificó con fecha 20 de julio de 2005.
- Que a fecha 20 de julio de 2005, JAZZTEL considera que son 30 las solicitudes que se ven afectadas por estos condicionantes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adjunta como Anexo número 1 *“un listado con las solicitudes efectuadas con anterioridad al mes de mayo de 2005, que el pasado 20 de julio de 2005 permanecían pendientes de entrega y la fecha en la que posteriormente fueron entregadas.”* Excepto una solicitud correspondiente a la central Sevilla/San Fernando (MIGA 4110002) que no había sido entregada en esa fecha.

Con fecha 25 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFONICA por el que solicitaba ampliación del plazo inicialmente concedido para contestar el requerimiento anterior de acuerdo con el artículo 49 de la LRJPAC.

Con fecha 2 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFONICA por el que contestaba el anterior requerimiento. En el mismo alegaba lo siguiente:

- Que adjunta como Anexo 1 un fichero Excel con la totalidad de solicitudes de JAZZTEL para la provisión del servicio de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central anteriores al mes de mayo de 2005 y que no hubieran sido entregadas en la fecha de la notificación de la Resolución.
- Que la Resolución de 14 de julio de 2005 se le notificó con fecha 21 de julio de 2005 y que, según el Resuelve Segundo de la citada resolución disponía de 5 días hábiles desde la notificación para suministrar las solicitudes referenciadas, esto es, 29 de julio de 2005.
- Que, según ella, todas las solicitudes están finalizadas: 20 de ellas antes del 29 de julio de 2005 y sobre las 17 restantes se detalla la justificación de los retrasos (retrasos en el servicio de entrega de señal, materiales, proveedores, etc.).
- Que adjunta como Anexo 2 un análisis sobre la evolución de la demanda de este servicio del que se desprende un elevado índice de cumplimiento por su parte y el importante esfuerzo que realiza para hacer frente al exceso de demanda.
- Que en su actuación existe una ausencia de culpabilidad y de intencionalidad de incumplir la Resolución de 14 de julio de 2005. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sólo se podrá exigir responsabilidad administrativa cuando quede acreditada la concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Práctica de un nuevo requerimiento de información a los operadores.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de febrero de 2006 se requirió a las dos entidades, TELEFONICA y JAZZTEL, la siguiente información:

- Documentos que acrediten las fechas indicadas en la información remitida a esta Comisión en el marco del presente expediente, referidas a la “Fecha Solicitud”, “Fecha Aceptación” y la fecha de la entrega de los servicios que no se incluyen en dicha información. Las fechas indicadas se refieren a las solicitudes de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central que JAZZTEL realizó con anterioridad al mes de mayo de 2005 y que no hubieran sido entregadas por TELEFONICA en la fecha de notificación de la Resolución de 14 de julio de 2005.
- Cualesquiera otros documentos o alegaciones que estime oportunos para la mejor instrucción del presente procedimiento.

SEXTO.- Contestación de los operadores al requerimiento de información

Con fecha 3 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que contestaba al citado requerimiento, en el que manifestaba:

- Que adjunta como Anexo 1, en formato CD, “*documentos que acreditan las entregas de las solicitudes efectuadas con anterioridad al mes de mayo de 2005, que el pasado 20 de julio de 2005 permanecían pendientes de entrega*”.
- Que considera que TELEFONICA debería utilizar la herramienta Web a la que viene obligada por medio de la OBA, para garantizar la transparencia en cuanto a las fechas de solicitud y entrega.

Con fecha 6 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFONICA por el que contestaba al citado requerimiento, en el que manifestaba lo siguiente:

- Que adjunta como Anexo.I.A documentos que acreditan las comunicaciones enviadas a JAZZTEL sobre las fechas de finalización de los trabajos de provisión de los servicios de entrega de señal, dentro de los cuales se incluye el servicio de cableado de unión entre salas OBA dentro de una misma central.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala que utiliza un procedimiento interno de Atención al Cliente para los envíos periódicos de información a los operadores que contratan servicios OBA ya que este servicio no estaba incluido en la OBA 2004 y no estaba automatizado en el SGO.

- Que adjunta como Anexo I.B la relación de correos enviados por JAZZTEL con los que se acreditan las fechas de aceptación de los costes remitida por ésta.
- Que adjunta como Anexo I.C la acreditación mediante los correos recibidos de JAZZTEL de las fechas de sus solicitudes.
- Que adjunta como Anexo II un fichero Excel en el que se muestran las fechas de entrega indicadas por JAZZTEL así como las fechas de solicitud, las fechas de aceptación de los costes de las obras por JAZZTEL y las fechas de fin de obra y de comunicación a JAZZTEL.

SÉPTIMO.- Resolución de 18 de octubre de 2006, cierre de información previa con apertura de procedimiento sancionador (RO 2005/1407).

Tras el análisis de la citada información y tomando siempre el “*mejor criterio*” para TELEFONICA, esta Comisión consideraba que cabía apreciar indicios de un posible incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

En consecuencia, con fecha 18 de octubre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se ponía fin al período de información previa iniciado por presunto incumplimiento por Telefónica de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005 (expediente DT 2005/658) y acordó:

“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 14 de julio de 2005, relativa a un conflicto de acceso entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y JAZZ TELECOM, S.A.U. sobre la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de acceso al bucle de abonado.*

La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de sanción en los términos expresados en el punto III.2 de la presente Resolución. (...)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Notificación de la incoación del procedimiento sancionador.

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica con fecha 27 de octubre de 2006. Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la Instructora en fecha 23 de octubre de 2006, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

NOVENO.- Escrito de alegaciones presentado por Telefónica.

Con fecha 30 de noviembre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.

En el citado escrito, Telefónica realiza las siguientes alegaciones, con carácter general:

-Que el retraso de las 7 solicitudes provisionadas, en base a las cuales se le imputa un incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005, se debe principalmente a dos causas:

1.- Que el servicio de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central y las obligaciones en cuanto a plazos relativas al mismo no surgen a raíz de la OBA sino de la propia Resolución de 14 de julio de 2005 (DT 2005/658).

Señala que cada vez que se publica una nueva OBA incorporando servicios no contemplados con anterioridad que implican la modificación de sus sistemas de gestión, la Comisión establece un plazo de 4 meses para su aplicación. Sin embargo, en esta ocasión la Comisión estableció el plazo de 5 días para que Telefónica provisionase las solicitudes realizadas por Jazztel con anterioridad al mes de mayo de 2005, resultando este plazo insuficiente.

Prueba de la dificultad que entrañaba implementar este nuevo servicio es que, a pesar de los mejores esfuerzos llevados a cabo por Telefónica y a la vista de citada Resolución de 14 de julio de 2005, ésta no pudo automatizar correctamente dicho servicio hasta meses después de que fueses notificada la Resolución. Así que, tuvo que tramitar manualmente todas las solicitudes del servicio de unión entre salas con las dificultades que esto conlleva y con el riesgo de cometer errores involuntarios en la ejecución de las diversas fases del procedimiento.

2.- Que se han producido retrasos concretos en la Barcelona porque, para que sean de utilidad las solicitudes de instalación de cableado de unión entre dos salas OBA de la misma Central es preciso que el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador disponga con anterioridad del servicio de entrega de señal sin el cual no puede dar servicio en dicha central. Por esta razón se ha dado prioridad al servicio de entrega de señal en sus distintas modalidades frente a servicio de cableado de unión entre salas.

- Que la solicitud de Sevilla/San Fernando (MIGA 4110002) estaba incluida en las solicitudes que fueron objeto de desistimiento por parte de Jazztel una vez que Telefónica procedió al pago de penalizaciones por lo que no corresponde ahora imputar una demora en su provisión.
- Que la solicitud de Barcelona /Llacuna (MIGA 0810017), se provisionó con fecha 4 de agosto de 2005, esto es, sólo con 3 días hábiles de retraso.
- Que sobre las solicitudes de Barcelona/Llacuna, Barcelona/Laitana, Barcelona/Bosanova y Barcelona/Augusta (todas en el casco urbano de Telefónica afectando solo a 4 centrales) aún habiendo sido provisionadas en un plazo superior al establecido en la Resolución de 14 de julio de 2005, Jazztel tardó en aceptar las valoraciones técnicas y económicas. Este hecho pone de manifiesto que la disponibilidad de este servicio para Jazztel no era crítica.
- Que adjunta al escrito el Anexo I donde se identifican las centrales, los bucles desagregados, los bucles compartidos y se muestra una evolución de estos servicio durante 16 meses (desde junio de 2005 hasta septiembre de 2006), comprobándose que durante los meses de agosto y septiembre de 2005, fechas de entrega de los servicio objeto de este expediente, las cifras de solicitudes de bucles compartidos y desagregados no experimentan ningún cambio significativo ante el supuesto retraso. Además se incluyen también datos relativos al número de TCI's (Tendidos de Cable Internos) para concluir que Jazztel disponía de capacidad suficiente.
- Que la demora respecto a un plazo tan breve dispuesto en la Resolución de 14 de julio de 2005 no ha tenido trascendencia en la evolución de los bucles desagregados y compartidos solicitados por Jazztel, no habiéndose ocasionado a este operador perjuicio alguno ya que tenía capacidad de sobra.
- Que no existe culpabilidad de incumplir la Resolución de 14 de julio de 2005. alega que nunca se ha negado al suministro de dicho servicio y que se ha esforzado en satisfacer todas las peticiones de forma razonable.
- Que no existe intencionalidad en incumplir la Resolución de 14 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO.- Escrito de desistimiento de Jazztel al procedimiento sancionador (RO 2005/1407).

Con fecha 23 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel por el que presentaba su desistimiento al presente procedimiento (RO 2005/1407).

DECIMOPRIMERO.- Escrito presentado por Jazztel solicitando la ejecución forzosa de la Resolución de 14 de julio de 2005.

Con fecha 16 de enero de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que solicitaba la ejecución forzosa de la citada Resolución, el abono de las penalizaciones devengadas y la adopción de medidas pertinentes para garantizar el efectivo cumplimiento de la prestación del servicio dentro de los plazos establecidos.

DÉCILOSEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento (RO 2006/136).

Con fecha 15 de febrero de 2006, se procedió a iniciar el correspondiente procedimiento para la ejecución de la Resolución de 14 de julio de 2005 instada por JAZZTEL, bajo el número administrativo de referencia RO 2006/136.

DECIMOTERCERO.- Escrito de Telefónica informando sobre la ejecución de la Resolución de 14 de julio de 2005.

Con fecha 3 de mayo de 2006, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de TELEFONICA mediante el que informaba a esta Comisión del pago por valor de 88.595,33 euros correspondiente a las penalizaciones aplicables a una serie de solicitudes dando cumplimiento con lo dispuesto en la Resolución de esta Comisión de 14 de julio de 2005 (DT 2005/658). Según se deducía del escrito de TELEFONICA, las solicitudes en relación con las que se habían realizado los pagos coinciden en con las reclamadas por JAZZTEL en su escrito de 16 de enero de 2006.

DECIMOCUARTO.- Resolución de 27 de julio de 2006, cierre del procedimiento de ejecución forzosa de la Resolución de 14 de julio de 2005 (RO 2006/136).

Habiendo puesto dicho extremo en conocimiento de JAZZTEL, esta entidad remitió con fecha 29 de junio de 2006 escrito en el que desistía de su solicitud. Se dio traslado del mismo a TELEFONICA que en el plazo señalado al efecto no mostró su interés por la continuación del procedimiento por lo que se procedió a cerrar el mismo aceptando de plano el desistimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMOQUINTO.- Escrito presentado por Jazztel.

Con fecha 18 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que denunciaba que TELEFONICA había entregado fuera del plazo establecido en la citada Resolución de 14 de julio de 2005 un total de 88 solicitudes de unión de equipos de un mismo operador coubicado cuando estos se encuentren en recintos diferentes de una misma central.

Adjunta como Anexo número 2, un listado de las 88 solicitudes de unión de equipos así como las penalizaciones correspondientes al retraso. Además, aporta como Anexo número 3, un CD en el que constan todas las solicitudes efectuadas (siendo todas ellas posteriores a mayo de 2005) y las fechas en las que se ha producido su entrega.

DECIMOSEXTO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento (RO 2006/1234).

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 13 de octubre de 2006, se notificó tanto a JAZZTEL como a TELEFONICA el inicio del correspondiente periodo de informaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador a TELEFONICA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento Sancionador.

DECIMOSEPTIMO.- Escrito de alegaciones de TELEFONICA.

Con fecha 10 de noviembre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFONICA, en el que manifiesta lo siguiente:

- Sobre el cumplimiento general de la Resolución de 14 de julio de 2005 (DT 2005/658).

TELEFONICA señala, la enorme dificultad que ha encontrado para proveer las solicitudes de los operadores relativas a unión de equipos coubicados en diferentes salas dentro de una misma central. Estas dificultades se generan porque tanto la provisión del servicio como el plazo para proveerlo, no nacen de la OBA sino de la propia Resolución de 14 de julio de 2005.

TELEFONICA alega que siempre que se publica una nueva OBA que incorpora servicios no contemplados con anterioridad que impliquen una modificación de los sistemas de gestión, la Comisión establece un plazo de 4 meses para su aplicación. En cambio, en la Resolución de 14 de julio de 2005 no se le otorgó un plazo razonable para poner en marcha este servicio de acuerdo con los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazos previstos en la citada resolución. Así que tuvo que poner en marcha un Plan de Contingencias. Esto implicaba que las comunicaciones, por ejemplo, se tenían que realizar mediante correo electrónico en lugar de utilizar el SGO.

TELEFONICA alega que en la citada Resolución no aparece cuál es el momento en el que ha de entenderse que la obligación de provisión del servicio ha finalizado. Considera que el momento de efectividad de la finalización en la provisión es precisamente la fecha de finalización de los trabajos y que no existe una obligación específica de comunicación al operador del fin de los trabajos. Aunque, debido a una "mayor diligencia" en algunos casos sí que comunica el fin de las obras, tal y como muestra en el Anexo 1. Considera que JAZZTEL no tiene ningún interés en disponer de estos servicios ya que espera a la comunicación formal de TELEFONICA, en lugar de hacer uso de los mismos una vez que las obras están, de facto, finalizadas.

Por otra parte, en la Resolución de 27 de julio de 2006, RO 2006/136, la Comisión declaró concluida la ejecución de la citada Resolución de 14 de julio de 2005, por desistimiento de JAZZTEL. Teniendo en cuenta que, mediante escrito de fecha 20 de abril de 2006, informó a la Comisión del pago por valor de 88.595,33 € correspondientes a las penalizaciones aplicables a una serie de solicitudes de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución de 14 de julio de 2005 (DT 2005/ 658). Esta cantidad era superior a la reclamada por JAZZTEL que desistió del procedimiento, lo cual fue notificado a TELEFONICA con fecha 4 de julio de 2006.

- En lo que se refiere al Resuelve Tercero de la Resolución de 14 de julio de 2005:

TELEFONICA señala que desde el 14 de julio de 2005 ha atendido todas las peticiones efectuadas por JAZZTEL desde el mes de mayo de 2005 en relación con el cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central, de acuerdo con el Anexo 1 de la Resolución. Señala que se han provisionado y finalizado 180 solicitudes de JAZZTEL hasta el mes de noviembre cuya fecha de solicitud fue posterior al mes de mayo de 2005. Además ha atendido un total de 391 solicitudes del resto de operadores, por tanto TELEFONICA señala que esta Comisión tiene que tener en cuenta que se han finalizado casi 600 solicitudes del referido servicio.

Aporta como Anexo 1 una tabla en la que se relacionan las discrepancias existentes entre los datos aportados por JAZZTEL y las fechas en las que TELEFONICA ha finalizado los trabajos de provisión. Esta tabla contiene con fondo amarillo: la fecha de solicitud de JAZZTEL, la fecha de aceptación de la valoración económica por JAZZTEL y la fecha de fin de la solicitud según JAZZTEL. Igualmente, se incluye con fondo azul la fecha en que finalizó la instalación y la fecha de comunicación del fin de las obras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la tabla se observa que el tiempo transcurrido entre la finalización de los trabajos y la comunicación formal es relevante ya que los trabajos de algunas solicitudes, como por ejemplo en las solicitudes de Pamplona/Este, Madrid/ San Cristóbal y Madrid/ Vicálvaro, finalizaron en el mes de diciembre de 2005 y su comunicación formal a JAZZTEL no se realizó hasta abril de 2006, es decir, 3 meses después.

Se observa en la citada Tabla que existen 17 solicitudes con fondo verde ("fecha comunicación fin al operador"), que se comunicó directamente por correo electrónico a JAZZTEL el fin de la instalación en el momento en que esta se produjo. Dichos correos se adjuntan como Anexo 2.

TELEFONICA alega que dada la naturaleza de este servicio, que consiste en unir equipos situados en diferentes salas de una misma central, es preciso que las dos salas a unir estén finalizadas; es decir, que los trabajos de coubicación estén terminados en ambas. Adjunta como Anexo 3 una relación de las salas en las cuales los trabajos de coubicación finalizaron con posterioridad a la solicitud de JAZZTEL de unión de equipos. Por dicho motivo, no pudo comenzar la provisión del servicio de unión entre salas hasta que en las mismas no estuvieron finalizados los trabajos de coubicación.

Afirma que si se considera la fecha de finalización de las salas como hito para comenzar a contabilizar los plazos de provisión se puede comprobar que en muchas de las solicitudes aportadas por JAZZTEL en el expediente no ha existido retraso alguno.

- *Sobre las penalizaciones.*

TELEFONICA alega que la Comisión resulta incompetente para instar al pago de las penalizaciones previstas en los contratos anexos de la OBA. Además, las penalizaciones previstas para el servicio de unión de equipos de operadores coubicados en diferentes salas de una misma central no aparecían en la OBA sino que aparecen contempladas por primera vez en la Resolución de 14 de julio de 2005.

DECIMOCTAVO.- Escrito de desistimiento de JAZZTEL y traslado del mismo a TELEFONICA.

Con fecha 23 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de JAZZTEL por el que solicitaba fuera aceptado su desistimiento respecto del conflicto que trae causa. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se dio traslado a TELEFONICA del desistimiento por si, de acuerdo con el artículo 91.2 de la LRJPAC, instase a la continuación del procedimiento en cuestión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 21 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA solicitó que se aceptase el desistimiento presentado por JAZZTEL.

DECIMONOVENO.- Resolución de 21 de junio de 2007, cierre de información previa con acumulación al procedimiento sancionador abierto (RO 2005/1407).

Tras el análisis de la citada información y tomando siempre el “*mejor criterio*” para TELEFÓNICA, esta Comisión consideraba que cabía apreciar indicios de un posible incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 en cuanto a la entrega en plazo de las solicitudes, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

En cuanto a las penalizaciones se consideraba que los dos operadores habían alcanzado un acuerdo, procediendo Jazztel a desistir de la reclamación y aceptándola Telefónica. Por lo que el desistimiento tiene efectos en el procedimiento en la medida que supone un acuerdo entre ambos operadores en el marco de ese procedimiento.

En consecuencia, con fecha 21 de junio de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se ponía fin al período de información previa iniciado por presunto incumplimiento por Telefónica de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005 (expediente DT 2005/658) y acordó:

“PRIMERO. *Aceptar de plano el desistimiento presentado por JAZZ TELECOM, S.A.U. en el procedimiento de referencia en cuanto a la reclamación de penalizaciones y, en consecuencia, declarar concluida la solicitud de liquidación de penalizaciones derivadas del expediente DT 2005/658.*

SEGUNDO. *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 14 de julio de 2005, relativa a un conflicto de acceso entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y JAZZ TELECOM, S.A.U. sobre la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de acceso al bucle de abonado. (...)*

TERCERO. *Acordar la acumulación de este procedimiento sancionador, al procedimiento sancionador iniciado contra esa misma entidad mediante la Resolución de 18 de octubre de 2006. (...)*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VIGÉSIMO.- Notificación de la incoación del procedimiento sancionador.

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica con fecha 25 de junio 2007. Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la Instructora en fecha 23 de junio 2007, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Escrito de alegaciones presentado por Telefónica.

Con fecha 2 de agosto de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.

En el citado escrito, Telefónica realiza las siguientes alegaciones:

- *Sobre los criterios para el cómputo del plazo de 20 días que establece el Resuelve tercero de la Resolución de 14 de julio de 2005.*

Telefónica alega que, en el seno del expediente RO 2006/1234, solicitó a la Comisión que se pronunciase sobre qué fecha habría de tenerse en cuenta cómo fecha de finalización o fin de la obligación de provisión del servicio para dar por cumplido el resuelve tercero de la Resolución de 14 de julio de 2005, que establecía que Telefónica deberá atender toda solicitud de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central en un plazo de 20 días desde la aceptación del proyecto.

Telefónica afirma que en la Resolución de 21 de junio de 2007 se establecía que "...a los únicos efectos de comprobar la existencia de indicios de un posible incumplimiento, se analizarán los datos que aporta TELEFONICA tomando únicamente el "*mejor criterio*" para ésta, es decir, ante un desacuerdo en las fechas se elegirá aquella que sea más favorable para TELEFONICA para el cómputo de plazos...". Por tanto, concluye Telefónica, de acuerdo con este criterio, las fechas que se tendrán en cuenta para analizar si existe un incumplimiento serán las siguientes:

- a) Fecha de aceptación de l proyecto por parte de Jazztel como fecha en la que comienza a computar el plazo de los 20 días.
 - b) Fecha de terminación de los trabajos de los trabajos por parte de Telefónica como fecha en la que termina el plazo de los 20 días de los que dispone para dar cumplimiento a la Resolución.
- *Sobre la dificultad para identificar las peticiones a las que se refiere la Comisión en la Resolución de 21 de junio de 2007.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega que en la Resolución de 21 de junio de 2007 se establece que “... existen 3 solicitudes realizadas en el mes de julio y en el mes de octubre de 2005 que fueron entregadas, respectivamente, en el mes de febrero y marzo de 2006...” sin especificar de forma expresa cuáles son las centrales a las que se refiere.

Así que, alega, ha tenido que analizar las 88 peticiones y ha concluido que no existe ninguna petición realizada en el mes de julio que finalizase en febrero y sólo una única petición que se solicitó en octubre y se entregó con fecha 1 de marzo de 2006 (central Santiago/ Vite, MIGA 1530002). En esta solicitud en concreto el tiempo empleado para la provisión del servicio fue de 21 días hábiles, es decir, ha existido un retraso de 1 día, por lo que no se puede considerar como incumplimiento sino como una irrelevante demora.

Por otra parte, Telefónica alega que en la citada Resolución de 21 de junio de 2007 se establece que “Además, existen otras 16 solicitudes en las que han transcurrido más de 3 meses desde la fecha de aceptación del proyecto y la fecha fin de instalación comunicada por TELEFONICA”, encontrándose con serias dificultades para identificarlas.

Así que para identificarlas, parte de la base de que a los 3 meses a los que alude la Comisión son meses naturales, por lo que ha procedido a sumar 90 días a la fecha de aceptación del proyecto por parte de Jazztel. Únicamente ha encontrado 11¹ solicitudes, de las cuales 5 el retraso respecto a los tres meses tomados como referencia por al Comisión era de menos de 7 días y en tres de estas solicitudes el retraso era de un sólo día.

Sin embargo, alega que cuando se incluye un nuevo servicio en la OBA que precisa la realización de determinados desarrollos se establece un plazo de 4 meses para la adecuación de todos los sistemas. Por ello, afirma, si se aplica este criterio al servicio de unión de salas de una misma central definido en la Resolución de 14 de julio de 2005, la fecha en la que comenzarían a cursarse los servicios sería el 14 de noviembre de 2005, teniendo en cuenta que hasta ese momento Telefónica debía tramitar las solicitudes por medios manuales. Considera que este hecho no fue tenido en cuenta a la hora de dictarse la resolución de 14 de julio de 2005 puesto que no se lo ha otorgado un plazo razonable par a poner en marcha este servicio.

Continúa con su razonamiento alegando que si se toman las peticiones aceptadas por Jazztel con posterioridad al 14 de noviembre de 2005 y se le

¹ Barcelona/Clot (MIGA 0810003), Barcelona/ Santo Joan despi (MIGA 0810032), Barcelona/El Masnou (MIGA 0811001), Madrid/Villaverde (MIGA2810026), Madrid/San Blas (MIGA 2810040), Zaragoza/Torrero (MIGA 5019003), Orense/Posio (MIGA 3210002), Vigo/Calvario (MIGA 3620003), Zaragoza/Delicias (MIGA 5019005), Zaragoza/Miralbueno (MIGA 5019007), Zaragoza/Paul (MIGA 5019004).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aumentan 90 días, concluye que sólo existen 5 solicitudes² en las que se produjo retraso.

- *Sobre el cumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005.*

Alega que como se ha incluido en un nuevo servicio en la Resolución de 14 de julio de 2005 y que ésta no contemplaba un plazo de 4 meses para modificar los sistemas y procedimientos, idéntico al que la Comisión otorga cuando se publica una nueva OBA con servicios no incluidos con anterioridad, considera que este es un plazo razonable que ha de extrapolarse de forma tácita cuando la Comisión incorpora un nuevo servicio, vía resolución.

Así que, aunque la Comisión no haya concedido de forma expresa este plazo de 4 meses, el mismo debe entenderse concedido de forma extensiva por cuanto es un criterio aplicable con carácter general por la Comisión. Por tanto, la obligación de provisión o el inicio del cómputo del plazo no debería iniciarse, en ningún caso, con anterioridad al 14 de noviembre de 2005.

Además, la Comisión ha de tener en cuenta el esfuerzo que ha realizado Telefónica para provisionar este servicio ya que, desde mayo de 2005 hasta julio de 2007, ha provisionado a Jazztel 202 solicitudes y al resto de operadores, 479 solicitudes.

Telefónica considera que dado el volumen de peticiones cursadas de este servicio, el mero retraso en la provisión de cinco de ellas no puede ser considerado como un incumplimiento de la citada Resolución.

En concreto, alega que de estas 5 solicitudes retrasadas, 3 se refieren a centrales de la provincia de Zaragoza en las que Jazztel solicitó la conexión de equipos coubicados mediante cable de fibra óptica. Esto requería que Telefónica tuviera que instalar “armarios de distribución (o repartidores de cables de fibra óptica) de acometidas ópticas y cajas de empalmes para fibra óptica” que en ese momento estaban agotados en sus almacenes. Hay que tener en cuenta que el suministrador tiene unos plazos d entrega de 3 a 6 semanas siendo estos muy superiores a los 20 días que establece la Comisión. Así que, la demora en estas centrales se debió al retraso en el suministro de dichos armarios.

A raíz de estos problemas de plazo con los suministradores, Telefónica tuvo que gestionar la existencia de un remanente de forma permanente y ello debido a la falta de planificación de la demanda de servicios OBA de los operadores alternativos.

² Centrales: Orense /Posio (MIGA 3210002), Vigo/ Calvario (MIGA 3620003), Zaragoza/Delicias (MIGA 5019005), Zaragoza/Miralbueno(MIGA 5019007) y Zaragoza/ Paul (MIGA 5019004).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre la vulneración del principio non bis in idem.*

Telefónica alega que mediante la Resolución de 21 de junio de 2007 se decidió incoar un procedimiento sancionador por incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 contra Telefónica acordándose la acumulación al procedimiento sancionador iniciado mediante Resolución de 18 de octubre de 2006 por incumplimiento de la misma Resolución de 14 de julio de 2005.

Sin embargo, en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 que puso fin a otro procedimiento sancionador incoado contra Telefónica (RO 2004/1811) se considera hecho probado que Telefónica ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su OBA. Por tanto, si se considera que el incumplimiento ha sido generalizado y que en el presente procedimiento se enjuicia un presunto incumplimiento puntual en las condiciones de provisión de un servicio incluido en la OBA (mediante una Resolución), se vulneraría el principio del non bis in ídem.

Además considera que este procedimiento y la citada Resolución de 16 de noviembre de 2006, RO 2004/1811, se protegen el mismo bien jurídico, que es el cumplimiento de las resoluciones que dicta la Comisión.

- *Sobre el desistimiento de Jazztel. Ausencia de interés general.*

Telefónica alega que dado que con fecha 23 de marzo de 2007 Jazztel ha desistido del procedimiento y que de los hechos expuestos no se puede deducir que exista un incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005, no existe, por tanto, un interés general que proteger.

Además, considera que esta ausencia de interés general deriva de la falta de competencia de la Comisión. Alega que la Comisión está habilitada para la salvaguarda de los principios que representan el interés general, en este caso garantizar el cumplimiento de las Resoluciones de la Comisión para que todos los operadores que soliciten un servicio de cableado para la unión de equipos de un mismo operador coubicados en salas distintas, dispongan del mismo en un determinado plazo. Así que la mera existencia de retrasos puntuales en el cumplimiento de las obligaciones no determina *per se* un déficit de competencia y una afectación del interés general.

Alega que existe otra potestad distinta a la potestad sancionadora que es previa y principal como es la potestad de resolución de conflictos y la declaración de las infracciones al ordenamiento jurídico. Por tanto, si Jazztel ha desistido del procedimiento cuyo objeto era resolver un conflicto y declarar una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supuesta infracción, decae la potestad previa y principal y con ella la potestad sancionadora que carecería de fundamento y base legal.

- *Sobre la antijuricidad de la conducta de Telefónica.*

Considera que resulta inaceptable que la simple existencia de retrasos en la provisión de algunos servicios se asimile a un incumplimiento de una Resolución. Afirma que no concurre el elemento de la antijuricidad en el presente supuesto analizado porque no se lesiona el bien jurídico protegido.

- *Sobre la falta de culpabilidad de Telefónica.*

Telefónica nunca se ha negado a provisionar este servicio, incluso lo ofrecía cuando no era un servicio regulado en la OBA. Considera que ha actuado con la máxima diligencia posible, gestionando los recursos de los que dispone por lo que no procede imputarle responsabilidad alguna.

- *Sobre la ausencia de perjuicios*

Considera que no se han producido perjuicios a Jazztel en el marco de este expediente. Destaca el hecho de que en las cinco centrales en las que se produjo el retraso en la provisión, el grado de ocupación de Jazztel era muy bajo.

Mediante otrosí, solicita la declaración confidencial de determinada información que aporta en su escrito de alegaciones porque considera que pudieran afectar al secreto comercial e industrial y, entiende, que otros competidores no tienen ni necesidad ni derecho a conocer.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- Con fecha 4 de octubre de 2007, el Consejo de la Comisión, previa petición motivada de la Instructora y ante la acumulación del nuevo procedimiento, acordaba ampliar el plazo máximo de resolución del presente procedimiento sancionador.

VIGÉSIMOTERCERO.- Con fecha 30 de noviembre 2007, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución en la que propuso lo siguiente:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. *Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción económica por importe de CUATRO MILLONES de EUROS (2.000.000 €)."*

VIGÉSIMOTERCERO.- La propuesta de resolución fue notificada a TELEFÓNICA mediante burofax el día 30 de noviembre de 2007, junto con una relación de los documentos obrantes en el procedimiento en cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

VIGÉSIMOCUARTO.- Con fecha 4 de enero de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de fecha 28 de diciembre de 2007 a la propuesta de resolución de la Instructora.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS

a.-) Contexto histórico-material en el que se sitúa el presente procedimiento.

Con carácter previo a entrar a analizar el fondo del asunto es necesario describir la situación y las circunstancias que existían en el momento de dictarse la Resolución de 14 de julio de 2005, así como detallar hechos posteriores que tuvieran incidencia en este procedimiento para disponer de una perspectiva global que permita enjuiciar las acciones de Telefónica dentro de su contexto real.

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre la situación que existió durante el año 2005 entre TELEFONICA y Jazztel que se caracterizaba, fundamentalmente, por la presencia de un alto grado de conflictividad. Esta conflictividad se materializó en 38 conflictos interpuestos por una u otra entidad ante esta Comisión en el plazo de 18 meses (mediados de 2004 hasta finales del año 2006) y por distintas denuncias interpuestas ante diferentes instancias bien ante esta misma Comisión bien ante el extinto Servicio de Defensa de la Competencia³ bien ante tribunales ordinarios, con resultados dispares.

Toda esta situación finalizaba en el mes de marzo de 2007 cuando ambos operadores lograban alcanzar un acuerdo extrajudicial por el que TELEFONICA se comprometía a abonar cierta cantidad y Jazztel anunciaba *"una nueva etapa de relaciones comerciales y regulatorias basadas en el dialogo y la buena fe"* (se aporta como documento número 18 al expediente, información publicada en prensa durante el mes de marzo de 2007 anunciando el pacto entre ellos y el contenido del mismo)

³ Actualmente, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El efecto directo de este compromiso fue el desistimiento generalizado tanto por Jazztel como por TELEFONICA de todos los procedimientos abiertos en los que eran considerados parte, incluidos los procedimientos sancionadores incoados contra TELEFONICA derivados de denuncias efectuadas por Jazztel, con el resultado que más abajo se expone.

En segundo lugar hay que destacar que, con fecha 16 de noviembre de 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvía el expediente sancionador RO 2004/1811 incoado a TELEFONICA en fecha 9 de junio de 2005, por el que se resolvía declarar a ésta responsable directa del incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvía imponer una sanción económica a TELEFONICA por importe de veinte millones (20.000.000) de euros.

En este procedimiento sancionador, RO 2004/1811, los hechos sancionados eran los incumplimientos de forma continuada y generalizada de los procedimientos y condiciones materiales de provisión de los servicios incluidos en la OBA de TELEFONICA. Entre el ramo de pruebas que se acordó durante la tramitación del mismo se encontraba la prueba documental F que consistió en traer al expediente *“copia de todos y cada uno de los documentos que forman parte de los expedientes que a continuación se relacionan, así como, en su caso, la documentación contenida en los procedimientos por los que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra los mismo (...)”*. Entre estos expedientes se encontraba el expediente DT 2005/628, cuyo incumplimiento es el objeto de esta Propuesta.

Una de las alegaciones principales de TELEFONICA en el presente procedimiento sancionador es la vulneración del principio *“non bis in idem”* ya que considera que la Comisión *“ha iniciado un expediente sancionador por unos hechos que ya han sido sancionados por el mismo órgano administrativo”*.

b.-) Desistimiento presentado por Jazztel en fecha 23 de marzo de 2007.

Tal y como se establece en el antecedente de hecho decimosexto, con fecha 23 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel por el que solicitaba fuera aceptado su desistimiento respecto del procedimiento que trae causa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La LRJPAC, en su artículo 87.1, contempla el desistimiento de su solicitud por parte del interesado como uno de los modos de terminación del procedimiento:

«Artículo 87. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. (...)».

Los artículos 90 y 91 de la misma norma legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento:

«Artículo 90. Ejercicio. 1.- Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos. 2.- Si el escrito de iniciación se hubiese formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado».

«Artículo 91. Medios y efectos. 1.- Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. 2.- La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. 3.- Si la cuestión suscitada por la incoación del expediente entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento».

Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado, podrá desistir de su solicitud (artículo 90.1 de la LRJPAC) y que este ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 91.1 de la LRJPAC.)

Sin embargo, el citado artículo 90 limita los efectos del desistimiento a la figura del interesado y en el procedimiento sancionador, con carácter general, se niega al denunciante la condición de interesado. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia consideran que no existe en el denunciante la legitimación necesaria para intervenir en el procedimiento administrativo. Por tanto, de sus actuaciones no se pueden derivar efectos jurídicos en el proceso ni, obviamente, poner fin al procedimiento en curso.

Además, este mismo artículo 90 de la LRJPAC determina que el desistimiento versará sobre solicitudes (o derechos en el supuesto de la renuncia) que implican el inicio a instancia de parte del procedimiento correspondiente (de acuerdo con el artículo 70 de la LRJPAC). Cabe señalar que en la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 11 de octubre de 2006 por la que se cerraba el periodo de información previa y se acordaba la incoación del presente procedimiento sancionador, se calificaba al escrito presentado por Jazztel con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 31 de agosto de 2005 como denuncia y de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento Sancionador “*los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio*”, considerándose a la denuncia como el acto por el cual se pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir una infracción administrativa.

Este tipo de procedimiento se inicia de oficio porque se considera que los intereses implicados son de carácter general y no privados de las partes. Es preciso señalar que el principio de seguridad jurídica exige que en todo momento exista un procedimiento que permita la salvaguardia del interés general mediante la sanción de aquéllas conductas que están legalmente tipificadas como infracciones administrativas. Y, es por razón de este interés general, cuya protección corresponde a esta Comisión por el que el desistimiento formulado por Jazztel no surte efecto.

Por otro lado, Telefónica considera que al producirse el desistimiento por parte de Jazztel y al no deducirse de los hechos expuestos por ella la existencia de un incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 no existe, por tanto, un interés general que proteger.

Sin embargo, cabe recordar a Telefónica que la existencia o no de un incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 se deberá concluir de los hechos probados y no de las alegaciones que aporte al seno del expediente que, no obstante, serán tenidas en cuenta.

Por último, Telefónica considera que al haber desistido Jazztel del procedimiento cuyo objeto era resolver un conflicto decae la potestad sancionadora que pudiera ostentar en la Comisión. De lo alegado por ésta parece deducirse que la Comisión sólo podrá intervenir en aquellos supuestos en los que, básicamente, exista un conflicto entre operadores. Sin embargo, es necesario recordar que la resolución de conflictos entre operadores es una de las muchas funciones que la LGTel encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pero no la única.

Además, cabe señalar que la función de resolución de conflictos es, en todo caso, independiente y autónoma de la potestad sancionadora que ostenta la Comisión. Dicha potestad sancionadora y la posible sanción que pudiera recaer en el marco de un procedimiento sancionador están protegiendo la “*autoritas*” de la Comisión en el ejercicio de las atribuciones que la propia Ley le encomienda, esto es, el cumplimiento de las resoluciones que dicta al amparo de la normativa vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c.-) El servicio de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados (punto 2.10.bis de la OBA).

Con fecha 27 de abril de 2005, JAZZTEL planteaba un conflicto de acceso con TELEFONICA por falta de un procedimiento en la OBA para unir equipos de un mismo operador coubicado cuando éstos se encuentren en recintos diferentes de una misma central. JAZZTEL deseaba que se aclarasen las condiciones aplicables a ese servicio, planteaba si serían de aplicación las mismas condiciones que se establecieron mediante Resolución de 30 de diciembre de 2004⁴ (DT 2004/1665) que consistía en la instalación de un cableado para unir puntos PAI con equipos coubicados que se hallaban en distintas salas. En caso contrario, solicitaba que esta Comisión aclarase las condiciones y que incluyese este servicio en la OBA.

La Resolución de 14 de julio de 2005 puso fin a ese conflicto (DT 2005/658). El punto 4 de la misma describe el servicio de conexión solicitado por JAZZTEL como *“la conexión de equipos situados en recintos diferentes dentro de una misma central habilitada para coubicación. Para que ello sea posible será necesaria una facilidad consistente en el suministro de cableado en el interior de la central involucrada. Por tratarse de trabajos a realizar en el inmueble de [TELEFONICA], difícilmente puede acometerlos la propia Jazztel, por lo que su ejecución correspondería en lógica a [TELEFONICA].”*⁵ Asimismo, se establecen las condiciones que a partir de ese momento se aplicarán al servicio de conexión de equipos coubicados; de esta forma, en su Anexo 1 se determinan plazos, precios y penalizaciones.

Mediante la Resolución de 14 de septiembre de 2006, el Consejo aprobaba la última modificación a la OBA que resolvió, entre otras cosas, introducir este servicio de conexión de equipos definido en la citada Resolución de 14 de julio de 2005.

En la Resolución que aprobaba la última modificación de la OBA, se establecía que *“el servicio de conexión de equipos coubicados en distintas salas OBA ha sido tratado anteriormente por esta Comisión en el marco del expediente DT 2005/658. Se considera que los plazos, precios y penalizaciones establecidos en la resolución del mencionado expediente y propuestos en el Informe de audiencia resultan plenamente adecuados al servicio en cuestión, por lo que procede incluirlos en la OBA. Además, la inclusión de este servicio en la OBA requiere la definición de un procedimiento de solicitudes del mismo a través de la herramienta SGO. Por otra parte, a la vista de las alegaciones aportadas por los diferentes operadores, conviene realizar varias matizaciones sobre el servicio de conexión de equipos coubicados en distintas salas OBA:*

⁴ Servicio solicitado en ese caso por Sarnet, S.A.

⁵ El subrayado no corresponde a la resolución original.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *En la Resolución de 14 de julio de 2005 (Anexo 1), se desglosan los precios para el cableado interno con interfaz eléctrica (2, 4, 8 y 16 coaxiales) u óptica (8 y 16 fibras). Sin embargo, TESAU indica que en la práctica los operadores solicitan también otros tipos de cableado entre salas OBA, como cable de pares. Por ello, se estima adecuado incluir dentro de este servicio, el cableado interno mediante cable de pares. Se estima que el precio de este tipo de cableado, deberá ser el mismo que el precio del servicio de tendido de cable interno.*
- *El servicio de conexión de equipos coubicados en distintas salas OBA consiste en un mero cableado dentro de la central de TESAU, edificio especialmente diseñado para la conexión de equipos de telecomunicaciones. Por ello, y con el objetivo de agilizar los trámites administrativos, no se considera necesario la remisión de un proyecto técnico concreto, sino que basta con que TESAU remita una valoración técnica y económica del servicio de cableado. Por ello, el plazo de entrega del servicio debe ser de 20 días a contar desde la presentación de la valoración técnica y económica, puesto que en este caso no se requiere la aceptación específica por parte del operador de un proyecto específico.*
- *A la vista de las alegaciones de varios operadores, se considera procedente incluir también en la OBA la posibilidad de que sea el operador el que proporcione a TESAU el cable para conectar equipos coubicados en distintas salas OBA que requieran el uso de cableado o conectores específicos de algún fabricante (esto sería aplicable por ejemplo a la conexión entre RdO y DSLAM entre distintas salas). Para ello, TESAU deberá comunicar al operador los metros de cable necesarios para que el operador los provea.”*

Por tanto, se decidió añadir en la OBA 2006 un nuevo servicio de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en recintos diferentes de una misma central que reúne las siguientes características:

Plazos (días laborables)	
Plazo de presentación de la valoración técnica y económica	7 días desde la recepción de la solicitud
Plazo de entrega del servicio	20 días desde la presentación de la valoración técnica y económica.

Penalizaciones por incumplimiento del plazo de provisión (Tmax)	
Retraso D_r (días laborables)	Penalización
Hasta $0,25 \times T_{max}$	$D_r \times 2\%$ cuota alta
Desde $0,25 \times T_{max}$	$D_r \times 3\%$ cuota alta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los precios se pormenorizan en el anexo de precios.

Se añade en la OBA un procedimiento para realizar solicitudes a través de la herramienta SGO de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de una misma central.

II.- HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

Primero.- Que Telefónica no ha provisionado en el plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005 las solicitudes realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005.

Tal hecho probado resulta del análisis de las propias alegaciones y documentación presentadas por Telefónica en sus escritos de fecha 6 de marzo de 2006 y de fecha 30 de noviembre de 2006 ya que reconoce, bien expresamente bien por lo datos concretos aportados, que existen solicitudes que fueron provisionadas con retraso.

Tal y como se establece en el antecedente de hecho primero de esta Propuesta, donde se transcribe el tenor literal del resuelve de la citada Resolución de 14 de julio de 2005, se obligaba a TELEFONICA a suministrar el servicio en 5 días desde la notificación de las solicitudes realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005 (Resuelve segundo).

La Resolución 14 de julio de 2005 fue notificada a TELEFONICA con fecha 21 de julio de 2005, según acuse de recibo que obra en el expediente DT 2005/658. Por tanto, teniendo en cuenta que el cómputo de plazos establecido en la OBA excluye los sábados como día hábil, la fecha límite para el cumplimiento de la primera obligación era el día 28 de julio de 2005 inclusive (5 días a partir de la notificación). Es decir, a fecha 29 de julio de 2005, todas las solicitudes anteriores a mayo de 2005 debían estar provisionadas.

La siguiente tabla está elaborada, únicamente, a partir de los datos aportados por la propia Telefónica en su escrito de fecha 6 de marzo de 2006, en la que se incluyen los siguientes campos: identificación de la central a través de su código MIGA y su ubicación, la fecha de solicitud, la fecha de aceptación del proyecto por Jazztel, fecha de fin de obras y fecha del correo comunicando el fin de las obras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Miga	Central	Fecha Solicitud	Fecha de aceptación del proyecto por Jazztel	Fecha Fin de las Obras	Fecha Correo
1	0810018	BARCELONA/ MERCADERS	14/03/2005	06-may-05	19-jul-05	03/08/2005
2	2810041	MADRID/ MANOTERAS	26/04/2005	06-may-05	30-jun-05	03/08/2005
3	2812001	ALCORCON/ S.J.VALDERAS	12/04/2005	21-abr-05	20-may-05	03/08/2005
4	4610017	ALGIROS	21/02/2005	02-mar-05	30-jun-05	03/08/2005
5	4610050	BENETUSER	19/04/2005	18-may-05	01-jul-05	03/08/2005
6	0810017	BARCELONA/ LLACUNA	27/04/2005	06-may-05	04-ago-05	22/08/2005
7	0810016	BARCELONA/ LAIETANA	10/02/2005	18-may-05	24-ago-05	02/09/2005
8	0810016	BARCELONA/ LAIETANA	27/04/2005	06-may-05	24-ago-05	02/09/2005
9	0810007	BARCELONA/ BONANOVA	26/04/2005	16-may-05	05-sep-05	12/09/2005
10	0810027	BARCELONA/ VIA AUGUSTA	26/04/2005	12-may-05	06-sep-05	12/09/2005
11	0810017	BARCELONA/ LLACUNA	18/02/2005	18-may-05	12-sep-05	23/09/2005
12	2810012	MADRID/ CHAMARTIN	18/02/2005	24-jun-05	12-sep-05	23/09/2005
13	2810020	MADRID/ ESQUERDO	18/02/2005	24-jun-05	12-sep-05	23/09/2005
14	2810041	MADRID/ MANOTERAS	18/02/2005	04-ago-05	12-sep-05	23/09/2005
15	2810067	MADRID/ JAVA	15/02/2005	23-jun-05	12-sep-05	23/09/2005
16	2815001	COSLADA/CAÑADA	18/02/2005	24-jun-05	12-sep-05	23/09/2005
17	2810027	MADRID/ TETUAN	18/02/2005	24-jun-05	12-sep-05	07/10/2005
18	2810045	MADRID/ BELLAS VISTAS	18/02/2005	24-jun-05	24-oct-05	28/10/2005
19	4110002	SEVILLA/SAN FERNANDO	18/02/2005	15-may-05	24-nov-05	29/11/2005
20	2810010	MADRID/ PACIFICO	18/02/2005	24-jun-05	24-nov-05	05/12/2005
21	2810040	MADRID/ SAN BLAS	18/02/2005	24-jun-05	24-nov-05	05/12/2005
22	2810054	MADRID/ VISTA ALEGRE	21/03/2005	04-abr-05	29-jun-05	

A la vista de los anteriores datos se puede concluir que todas estas solicitudes (en total, 22) fueron realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005 aplicándole, entonces, el plazo determinado en la Resolución de 14 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo y, a la vista de la información aportada por Telefónica, casi todas las solicitudes (21 de ellas) no se pusieron a disposición de Jazztel, es decir, la comunicación del fin de las obras no se produjo a fecha 29 de julio de 2005.

No obstante lo anterior, cabe señalar que de acuerdo con la información aportada por Telefónica existen 2 solicitudes, Madrid/ Vista Alegre (2810054) y Alcorcón/ S.J. Valderas (2812001), cuyas obras se finalizaron con fechas 29 de junio y 20 de mayo de 2005, respectivamente.

La solicitud que versa sobre la central Alcorcón/ S.J. Valderas (2812001) y cuyas obras finalizaron con fecha 20 de mayo de 2005 no fue comunicada a Jazztel hasta el día 3 de agosto de 2005 por lo que no se cumplió así el plazo determinado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

En cambio, sobre la solicitud que versa sobre la central Madrid/ Vista Alegre (2810054) cuyas obras se finalizaron con fecha 29 de junio de 2005, no se aportan datos de cuando se produjo la comunicación del fin de las obras a Jazztel, siendo denunciado su incumplimiento, es decir, su falta de entrega.

Aun cuando en la audiencia, esta Central quedó excluida del cómputo total de días de retraso esta Comisión estima que corresponde a la propia telefonía en virtud del principio de la carga de la prueba aportar los datos que justifiquen su supuesto cumplimiento.

No obstante, Telefónica no ha probado que se ha producido la comunicación formal del final de las obras dentro del plazo señalado en la citada Resolución de 14 de julio de 2005 por tanto habría que incluirlo. Por lo tanto, habría que computarlo como retraso pero puesto que Telefónica no ha aportado los datos necesarios para su cómputo no se pueden determinar los días concretos..

Por tanto, de la información aportada por la propia Telefónica se deduce que la provisión de estas 21 solicitudes realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005, se retrasó respecto del plazo determinado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

Telefónica reconoce la existencia de estos retrasos, sin embargo, alega que dichos retrasos se motivaron por causas ajenas a ella. Así, en su escrito de fecha 30 de noviembre de 2006, manifiesta (página 2 de este escrito) que *“las dificultades a las que ha tenido que hacer frente, ..., y que han ocasionado la demora en la provisión de determinadas solicitudes, en algunos casos de apenas unos días, ..., se pueden concretar en dos causas principalmente”*. Los motivos que esgrime en su escrito son los que a continuación se exponen:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primera causa: Telefónica alega que el plazo de la Resolución de 14 de julio de 2005 es insuficiente.

Telefónica alega en su escrito de fecha 30 de noviembre de 2006 que la obligación de provisionar este servicio surge de la citada Resolución de 14 de julio de 2005 y no de la OBA vigente en ese momento. Manifiesta que este hecho es importante porque cuando se incorporan servicios nuevos en la OBA que implican la modificación de sus sistemas de gestión (SGO) se establece un plazo de 4 meses para su implementación y, sin embargo, en la citada Resolución de 14 de julio de 2005 se estableció un plazo de 5 días que a juicio de Telefónica resulta insuficiente.

Señala que es prueba de la dificultad que entrañaba implementar un nuevo servicio el hecho de que Telefónica hasta meses después de la notificación del a Resolución de 14 de julio de 2005 no pudo automatizar el servicio, teniendo que realizar una tramitación manual de las solicitudes con las dificultades que esto conlleva y con el riesgo de cometer errores involuntarios en la ejecución de las diversas fases del procedimiento.

Pues bien, respecto a la insuficiencia del plazo determinado en la Resolución de 14 de julio de 2005, llama la atención el momento en el cual Telefónica alega este hecho ya que ha tenido más oportunidades procesales de ponerlo de manifiesto con anterioridad a la imputación de un retraso en la provisión constitutivo de infracción y, sobretodo, en algún momento inmediatamente posterior a la fecha de Resolución, para que así una posible modificación del plazo fuese efectiva.

Es necesario señalar que en el seno del procedimiento DT 2005/658, que finalizaba con la Resolución de 14 de julio de 2005, se motivaba sobradamente la imposición de este plazo de 5 días, en los siguientes términos:

“Tampoco hay que olvidar que las peticiones de Jazztel se solicitaron entre enero y abril de 2005 con lo que, aun en el caso de que sea necesario hacer proyectos muy detallados y complejos, ya ha transcurrido tiempo suficiente para que esos proyectos estuviesen acabados. En cuanto a esta complejidad aducida por Tesau, pone de manifiesto la contradicción con su propuesta para evitar la realización de proyectos y sustituirlos por simples valoraciones técnicas y económicas, dando a entender que no se trata de trabajos tan intensivos en recursos materiales y humanos. Es por ello que existen motivos suficientes que justifican que, en caso de que Tesau todavía no haya entregado las solicitudes que Jazztel realizó antes del mes de mayo de 2005, se deban entregar en un plazo de cinco días hábiles tras la aprobación de la presente resolución.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las resoluciones que dicta la Comisión en el ejercicio de sus funciones son, de acuerdo con el artículo 56 de la LRJPAC, inmediatamente ejecutivas y, según el artículo 57 de la misma Ley, válidas y eficaces desde la fecha en que fueron dictadas. Hay que tener en cuenta, además, que Telefónica no ha impugnado por medio de ningún mecanismo legal la citada Resolución de 14 de julio de 2005, deviniendo ésta firme. Por lo que, no cabe alegar ahora la insuficiencia del plazo señalado en la Resolución.

Desde otro punto de vista, de lo alegado por Telefónica parece deducirse que considera a este plazo como la imposición de una obligación de imposible cumplimiento, sin embargo, Telefónica no recurrió la citada Resolución en base al artículo 62.1.c de la LRJPAC que establece, precisamente, la nulidad de pleno derecho de los actos que tengan un contenido imposible, limitándose a alegarlo en el marco de este procedimiento sancionador sin apoyarlo en algún hecho que lo acredite.

Por último, Telefónica señala que cada vez que se introduce un nuevo servicio en la OBA que implica la modificación de sus sistemas de gestión (SGO) se establece un plazo de 4 meses para su implementación resultando los 5 días de la Resolución insuficientes.

Telefónica tiene razón al afirmar que esta Comisión cada vez que se ha regulado un nuevo servicio que implique la modificación del SGO o conlleve requerimientos adicionales ha fijado un plazo razonable y adecuado para su implementación. Sin embargo, no tiene razón al afirmar que la Resolución de 14 de julio de 2005 le obligaba a implementar en 5 días el servicio en el SGO puesto que el resuelve segundo de la citada Resolución le obligaba únicamente a la entrega de solicitudes realizadas antes del mes de mayo de 2005, no a realizarlas a través del SGO.

En cambio, la Resolución de 14 de septiembre de 2006 por la que se modificaba la OBA sí que añadió *“un procedimiento para realizar solicitudes a través de la herramienta SGO de instalación de cableado para la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de una misma central”*. En dicha Resolución se establecía (resuelve segundo) que *“los procedimientos administrativos de la OBA y el sistema de información de planificación y seguimiento deberán estar implementados en el SGO a los cuatro meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes.”*

Por tanto, la obligación de implementar el servicio a través del SGO no nace de la Resolución de 14 de julio de 2005 sino que surge con la aprobación de la Resolución de 14 de septiembre de 2006, esto es, esta obligada a partir de la última modificación de la OBA llevada a cabo por esta Comisión que se produjo un año más tarde de dictarse la Resolución de 14 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, el plazo de los 5 días señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005 era más que suficiente para entregar un servicio solicitado meses antes de dictarse dicha Resolución y Telefónica no ha logrado probar la insuficiencia del mismo.

Segunda causa: Telefónica alega que es necesario que exista con carácter previo el servicio de entrega de señal.

Telefónica alega que para que las solicitudes de instalación de cableado de unión entre dos salas OBA de la misma central tengan alguna utilidad es preciso que el operador disponga con anterioridad del servicio de entrega de señal sin el cual no puede dar servicios en la central.

Esta afirmación de Telefónica carece de fundamento técnico alguno ya que ambos servicios se pueden solicitar, incluso, en paralelo. Es cierto, que tarde o temprano el operador debe solicitar el servicio de entrega de señal para poder prestar servicios, sin embargo, no es un requisito previo para la conexión de equipos coubicados en distintos recintos de una misma central ya que lo único que se necesita es espacio.

Telefónica en su escrito de alegaciones de 4 de enero de 2008 alega que el servicio de unión entre salas por sí solo no tiene ninguna utilidad para el operador que lo solicita por lo que, ante las dificultades con las que se estaba encontrando para finalizar las solicitudes cursadas antes de mayo de 2005, optó por atender de forma prioritaria aquellas solicitudes sobre centrales en las que ya estaba disponible el servicio de entrega de señal. En este caso, una posible demora del servicio de unión de salas no tendría ningún efecto perjudicial para Jazztel.

De lo alegado por Telefónica parece deducirse que es ella quien en un momento determinado da prioridad a unas solicitudes frente a otras, opinando, incluso, sobre el perjuicio que un retraso en la provisión del servicio causa al operador entrante.

Esta Comisión considera que las resoluciones que dicta en el ejercicio de sus funciones son, de acuerdo con el artículo 56 de la LRJPAC, inmediatamente ejecutivas y, según el artículo 57 de la misma Ley, válidas y eficaces desde la fecha en que fueron dictadas. Telefónica, como sujeto obligado, no debe decidir cuándo y cómo cumplir con ese mandato.

Es decir, no puede dejarse al arbitrio de Telefónica el cumplimiento de una Resolución que establece plazos y condiciones porque sería dejar a su voluntad el cumplimiento de los servicios que los operadores solicitan, sean estos cualesquiera que sean. Sobre todo, si tenemos en cuenta tal y como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica reconoce en su escrito de alegaciones de 4 de enero de 2008, que sin la provisión de este servicio “*no se pueden solicitar posteriores servicios cual sería el del Tendido de Cable Interno o la desagregación del par*”.

Además de estas justificaciones aportadas con carácter general por Telefónica sobre el cumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005, realiza las siguientes manifestaciones sobre concretas solicitudes sobre las que la Resolución de 18 de octubre de 2006, que ponía fin al periodo de información previa e iniciaba el presente procedimiento sancionador, manifestaba haber encontrado indicios de incumplimiento:

- *Solicitud de Sevilla /San Fernando (MIGA 4110002):*

Telefónica alega que esta concreta solicitud fue objeto de desistimiento por parte de Jazztel en el marco del procedimiento de ejecución forzosa (RO 2006/136) que se finalizaba mediante Resolución de 27 de julio de 2006 aceptando dicho desistimiento. Afirma que al haber procedido al pago de las penalizaciones no corresponde imputar una demora en su provisión.

Sin embargo Telefónica confunde el objeto de los dos procedimientos. Así, el procedimiento RO 2006/136, tenía por objeto la ejecución de la Resolución de 14 de julio de 2005 en cuanto al pago de las penalizaciones devengadas por retrasos, por tanto, una vez que se produjo el pago de las mismas, Jazztel presentaba el desistimiento de su solicitud (por ver satisfecha su petición).

En cambio, el objeto de este procedimiento es comprobar la existencia de una conducta llevada a cabo por Telefónica subsumible en los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador.

Es decir, el hecho de que Jazztel desistiera de la ejecución de la Resolución de 14 de julio de 2005 por los motivos que fueran, es independiente de la existencia de una conducta infractora por parte de Telefónica y de su calificación jurídica en el marco de este procedimiento que ha de ser analizada a la luz de las normas sancionadoras.

En base a lo anterior, no cabe tener en cuenta esta alegación.

- *Solicitud de Barcelona/Llacuna (MIGA 0810017), solicitud Barcelona/Laitena (MIGA0810016), solicitud Barcelona/Bosanova (MIGA0810007) y solicitud Barcelona/Augusta (MIGA0810027):*

Telefónica alega que estas solicitudes se concentran en el casco urbano de Barcelona, afectando únicamente a 4 centrales. Considera que se ha producido un retraso puntual y que no se puede considerar como incumplimiento de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

citada Resolución. Por último, afirma que estas demoras no le han causado ningún perjuicio a Jazztel.

Pues bien, respecto a estas concretas solicitudes Telefónica reconoce que se han provisionado con retraso pero considera que el retraso es tan pequeño que no merece la calificación jurídica de infracción.

El órgano que ostenta la potestad sancionadora y por ende el órgano competente para determinar la infracción cometida y la sanción que pudiera recaer es el Consejo de esta Comisión teniendo en cuenta que, en todo caso, según el artículo 18 del Reglamento Sancionador, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijaran de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica.

Por otro lado, este reconocimiento de la existencia de retrasos efectuado por Telefónica constituye prueba suficientemente clara y válida en Derecho de que asume consciente y voluntariamente la existencia de retrasos respecto del plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

Conclusión, Telefónica reconoce expresamente la existencia de retrasos en la provisión del citado servicio y al no considerarse las justificaciones que esgrime, motivo suficiente de eximente de responsabilidad, se declara a Telefónica responsable del incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 respecto de las siguientes solicitudes:

A continuación se muestra el concreto incumplimiento en el que ha incurrido Telefónica respecto de cada una de las 21 solicitudes realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005.

	Miga	Central	Fecha Solicitud	Fecha Correo	Días de retraso sobre el plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005
1	810018	BARCELONA/ MERCADERS	14/03/2005	03/08/2005	3
2	2810041	MADRID/ MANOTERAS	26/04/2005	03/08/2005	3
3	2812001	ALCORCON/ S.J.VALDERAS	12/04/2005	03/08/2005	3
4	4610017	ALGIROS	21/02/2005	03/08/2005	3
5	4610050	BENETUSER	19/04/2005	03/08/2005	3
6	810017	BARCELONA/ LLACUNA	27/04/2005	22/08/2005	15
7	810016	BARCELONA/ LAIETANA	10/02/2005	02/09/2005	24



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Miga	Central	Fecha Solicitud	Fecha Correo	Días de retraso sobre el plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005
8	810016	BARCELONA/ LAJETANA	27/04/2005	02/09/2005	24
9	810007	BARCELONA/ BONANOVA	26/04/2005	12/09/2005	30
10	810027	BARCELONA/ VIA AUGUSTA	26/04/2005	12/09/2005	30
11	810017	BARCELONA/ LLACUNA	18/02/2005	23/09/2005	39
12	2810012	MADRID/ CHAMARTIN	18/02/2005	23/09/2005	39
13	2810020	MADRID/ ESQUERDO	18/02/2005	23/09/2005	39
14	2810041	MADRID/ MANOTERAS	18/02/2005	23/09/2005	39
15	2810067	MADRID/ JAVA	15/02/2005	23/09/2005	39
16	2815001	COSLADA/CAÑADA	18/02/2005	23/09/2005	39
17	2810027	MADRID/ TETUAN	18/02/2005	07/10/2005	49
18	2810045	MADRID/ BELLAS VISTAS	18/02/2005	28/10/2005	63
19	4110002	SEVILLA/SAN FERNANDO	18/02/2005	29/11/2005	64
20	2810010	MADRID/ PACIFICO	18/02/2005	05/12/2005	68
21	2810040	MADRID/ SAN BLAS	18/02/2005	05/12/2005	68
22	2810054	MADRID/ VISTA ALEGRE	21/03/2005		

Se han producido, en total, 684 días de retraso en todas las solicitudes y, en término medio, Telefónica ha incurrido en un retraso medio de 32 días y medio para cada solicitud respecto del plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

Segundo.- Que Telefónica no ha provisionado en el plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005 las solicitudes realizadas con posterioridad al mes de mayo de 2005.

Este hecho probado resulta del análisis de las propias alegaciones y documentación presentadas por Telefónica en sus escritos de fecha 10 de noviembre de 2006 y de fecha 2 de agosto de 2007 ya que reconoce, bien



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expresamente bien por lo datos concretos aportados, que existen solicitudes que fueron provisionadas con retraso.

Tal y como se establece en el antecedente de hecho primero de esta Propuesta, donde se transcribe el tenor literal del resuelve de la citada Resolución de 14 de julio de 2005, a través de esta Resolución se declaraba la razonabilidad de las solicitudes sobre este servicio y se determinaba las condiciones que se les tenía que aplicar desde entonces (Resuelve primero y tercero). Estas condiciones se establecían en el Anexo I de la citada Resolución en cuanto a plazos, precios y penalizaciones.

En este Anexo se diferencian dos grandes fases: por un lado, la primera etapa comprende desde la fecha de solicitud⁶ hasta la fecha de presentación del proyecto a Jazztel, estableciendo que habrán de transcurrir 7 días laborables entre ambos hitos. Por otro lado, la segunda etapa comprende desde la fecha de aceptación del proyecto por Jazztel hasta la fecha final de entrega del servicio, estableciendo que habrán de transcurrir 20 días laborables.

Este segundo periodo, que debe finalizar con la entrega definitiva del servicio, es sobre el que se plantea el presunto incumplimiento del plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005, es decir, el plazo de 20 días laborables desde la fecha de aceptación del proyecto hasta la fecha final de entrega del servicio.

La siguiente tabla está elaborada, únicamente, a partir de los datos aportados por la propia Telefónica en su escrito de fecha 6 de marzo de 2006, en la que se incluyen los siguientes campos: identificación de la central a través de su código MIGA y su ubicación, la fecha de solicitud (para comprobar que todas las solicitudes son posteriores a mayo de 2005), la fecha de aceptación del proyecto por Jazztel (que es el hito inicial sobre el que empieza a computarse el plazo de 20 días laborables), fecha de fin de obras y fecha del correo comunicando el fin de las obras.

Asimismo, se ha incluido una última columna adicional en la cual se señala la fecha límite en la que el servicio debió de ser provisionado, es decir, 20 días laborables desde la fecha de aceptación del proyecto, teniendo en cuenta que el cómputo de plazos establecido en la OBA excluye los sábados como día hábil.

⁶ Teniendo en cuenta, tal y como se determinó en la Resolución de 21 de junio de 2007, que se podrá considerar como hito inicial la fecha de finalización de los trabajos de coubicación necesarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	miga	solicitud/central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de instalación	Fecha de la comunicación del fin	Fecha límite para la entrega del servicio
1	810032	SAN JOAN	26/07/2005	06/02/2006	06/02/2006	24-ago-05
2	2810040	MADRID /SAN BLAS	06/09/2005	12/12/2005	19/12/2005	04-oct-05
3	2810035	MADRID/ RICARDOS	06/09/2005	02/12/2005	19/12/2005	04-oct-05
4	2861001	ALCALA DE HENARES	08/09/2005	29/09/2005	03/04/2006	06-oct-05
5	2810037	MADRID/ PILAR	13/09/2005	03/11/2005	03/04/2006	11-oct-05
6	2910001	MALAGA LARIOS	19/09/2005	18/11/2005	03/04/2006	18-oct-05
7	5019003	ZARAGOZA	05/10/2005	15/03/2006	28/03/2006	4-nov-05
8	2810026	MADRID/ VILLAVERDE	11/10/2005	01/03/2006	08/03/2006	10-nov-05
9	2810053	MADRID/ VICALVARO	11/10/2005	29/12/2005	03/04/2006	10-nov-05
10	2810040	MADRID /SAN BLAS	14/10/2005	12/12/2005	19/12/2005	14-nov-05
11	2810003	MADRID/ DELICIAS	14/10/2005	03/01/2006	03/04/2006	14-nov-05
12	2810057	MADRID/ PEÑUELAS	19/10/2005	29/11/2005	03/04/2006	17-nov-05
13	2910003	MALAGA	20/10/2005	13/12/2005	19/12/2005	18-nov-05
14	810004	BARCELONA	20/10/2005	17/01/2006	17/01/2006	18-nov-05
15	810003	BARCELONA	20/10/2005	19/01/2006	19/01/2006	18-nov-05
16	810034	BADALONA	20/10/2005	13/01/2006	23/01/2006	18-nov-05
17	811001	MASNOU	25/10/2005	02/03/2006	06/03/2006	23-nov-05
18	2810030	M/HORTALEZA	28/10/2005	01/12/2005	19/12/2005	28-nov-05
19	840003	SABADELL	28/10/2005	10/01/2006	11/01/2006	28-nov-05
20	210003	ALBACETE	28/11/2005	09/01/2006	13/01/2006	29-nov-05
21	2810042	ORCASITAS	28/11/2005	02/01/2006	13/01/2006	29-nov-05
22	4111001	ALCALA	28/11/2005	15/01/2006	23/01/2006	29-nov-05
23	2510004	LLEIDA	28/11/2005	21/01/2006	25/01/2006	29-nov-05
24	2710002	LUGO SAN	28/11/2005	24/01/2006	30/01/2006	29-nov-05
25	4610012	VSAN VICENTE	28/11/2005	20/01/2006	30/01/2006	29-nov-05
26	4610005	VCARMEN	28/11/2005	15/02/2006	17/02/2006	29-nov-05
27	1510005	CORUÑA	28/11/2005	24/01/2006	03/04/2006	29-nov-05
28	2810043	SAN CRISTOBAL	28/11/2005	29/12/2005	03/04/2006	29-nov-05
29	3110002	PAMPLONA	30/11/2005	15/12/2005	03/04/2006	30-nov-05
30	4311006	TORREDEMBARRO	01/12/2005	24/01/2006	27/01/2006	31-dic-05
31	2010011	DONOSTIA	02/12/2005	09/02/2006	09/02/2006	03-en-06
32	2010001	DONOSTIA	02/12/2005	15/02/2006	15/02/2006	03-en-06
33	4410001	TERUEL	02/12/2005	08/02/2003	17/02/2006	03-en-06
34	865006	CANOBVELLES	05/12/2005	11/01/2006	13/01/2006	04-en-06
35	2810061	MADRID	05/12/2005	12/01/2006	23/01/2006	04-en-06
36	840001	SABADELL	07/12/2005	10/01/2006	10/01/2006	05-en-06
37	710003	PM/MOLINA	07/12/2005	10/01/2006	13/01/2006	05-en-06
38	4610009	V/MISLATA	07/12/2005	31/01/2006	09/02/2006	05-en-06
39	2010009	PM/AVENIDAS	07/12/2005	20/02/2006	08/03/2006	05-en-06
40	5019010	ZARAGOZA MA	07/12/2005	27/02/2006	08/03/2006	05-en-06
41	5019006	ZARAGOZA MO	07/12/2005	06/03/2006	08/03/2006	05-en-06



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	miga	solicitud/central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de instalación	Fecha de la comunicación del fin	Fecha límite para la entrega del servicio
42	5019004	ZARAGOZA PA	07/12/2005	08/03/2006	15/03/2006	05-en-06
43	5019005	ZARAGOZA DE	07/12/2005	23/03/2006	28/03/2006	05-en-06
44	5019007	ZARAGOZA MI	07/12/2005	24/03/2006	28/03/2006	05-en-06
45	1520002	FERROL INFER	12/12/2005	20/02/2006	08/03/2006	10-en-06
46	1520001	FERROL FRUTOS	12/12/2005	05/02/2006	24/03/2006	10-en-06
47	310002	ALICANTE	16/12/2005	01/03/2006	08/03/2006	16-en-06
48	310003	ALICANTE /CAROLINAS	16/12/2005	03/03/2006	08/03/2006	16-en-06
49	362003	ALICANTE/ BENIDORM	16/12/2005	02/03/2006	08/03/2006	16-en-06
50	4710002	VALLADOLID	16/12/2005	09/03/2006	15/03/2006	16-en-06
51	3210002	OURENSE	16/12/2005	17/03/2006	28/03/2006	16-en-06
52	3620003	VIGO CALVARIO	16/12/2005	23/03/2006	28/03/2006	16-en-06
53	810024	BARCELONA /CERDA	09/01/2006	31/01/2006	01/02/2006	06-feb-06
54	812001	MOLLET	09/01/2006	03/02/2006	06/02/2006	06-feb-06
55	2810010	MADRID/ PACIFICO	12/01/2006	08/02/2006	17/02/2006	09-feb-06
56	2110002	HUELVA	17/01/2006	06/02/2006	17/02/2006	14-feb-06
57	501903	ZARAGOZA	17/01/2006	15/03/2006	28/03/2006	14-feb-06
58	910001	BURGOD	17/01/2006	24/02/2006	03/04/2006	14-feb-06
59	4110012	SEVILLA	17/01/2006	25/02/2006	03/04/2006	14-feb-06
60	2910003	MALAGA	17/01/2006	11/04/2006	17/04/2006	14-feb-06
61	2814003	LAS ROZAS	20/01/2006	10/03/2006	15/03/2006	17-feb-06
62	2410002	LEON TORRE	20/01/2006	09/03/2006	03/04/2006	17-feb-06
63	3310002	OVIEDO	20/01/2006	14/10/2005	03/04/2006	17-feb-06
64	2011002	IRUN	25/01/2006	23/02/2006	23/02/2006	22-feb-06
65	1112002	PTA STA M	25/01/2006	17/02/2006	08/03/2006	22-feb-06
66	1120002	ALGECIRAS	25/01/2006	17/03/2006	22/03/2006	22-feb-06
67	1130002	JEREZ	25/01/2006	17/03/2006	28/03/2006	22-feb-06
68	1115001	SAN FERNANDO	25/01/2006	06/03/2006	28/03/2006	22-feb-06
69	1111001	CHICLANA	25/01/2006	24/02/2006	03/04/2006	22-feb-06
70	2867005	COLMENAR	30/01/2006	22/02/2006	08/03/2006	27-feb-06
71	2812006	PRADILLO (MOSTOLES)	30/01/2006	03/03/2006	08/03/2006	27-feb-06
72	1530002	SANTIAGO / LA CORUÑA	30/01/2006	01/03/2006	08/03/2006	27-feb-06
73	2910010	MALAGA	30/01/2006	20/03/2006	28/03/2006	27-feb-06
74	110002	VITORIA AVENIDA	31/01/2006	23/02/2006	23/02/2006	28-feb-06
75	110003	VITORIA ZARAN	31/01/2006	23/02/2006	23/02/2006	28-feb-06
76	3110002	PASAI	31/01/2006	01/03/2006	06/03/2006	28-feb-06
77	2810006	NORTE	31/01/2006	22/02/2006	08/03/2006	28-feb-06
78	2810048	POZUELO	31/01/2006	17/02/2006	08/03/2006	28-feb-06
79	810024	BARCELONA /CERDA	06/02/2006	01/03/2006	01/03/2006	06-mar-06
80	4810014	BARAKALDO	06/02/2006	22/02/2006	08/03/2006	06-mar-06



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	miga	solicitud/central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de instalación	Fecha de la comunicación del fin	Fecha límite para la entrega del servicio
81	4810005	BILBAO DEUSTO	06/02/2006	22/02/2006	08/03/2006	06-mar-06
82	3910005	SANTANDER	06/02/2006	25/02/2006	08/03/2006	06-mar-06
83	4810003	SESTAO	06/02/2006	22/02/2006	08/03/2006	06-mar-06
84	2410003	LEON	06/02/2006	24/03/2006	28/03/2006	06-mar-06
85	3310001	OVIEDO	06/02/2006	21/03/2006	28/03/2006	06-mar-06
86	4110007	SEVILLA	06/02/2006	20/03/2006	28/03/2006	06-mar-06
87	1410004	CORDOBA	08/02/2006	15/03/2006	28/03/2006	08-mar-06
88	1165002	SAN LUCAR	20/02/2006	17/03/2006	28/03/2006	20-mar-06

Estas 88 solicitudes se encuentran ordenadas por la fecha de aceptación del proyecto por Jazztel que, como se ha señalado anteriormente, es el hito inicial de la obligación de provisión y por la fecha de la comunicación a Jazztel de la disponibilidad del servicio que es el hito final.

Se observa que, efectivamente, todas las solicitudes son posteriores a mayo de 2005. En realidad, las 88 solicitudes son posteriores a la fecha de notificación de la Resolución de 14 de julio de 2005 que fue notificada a Telefónica con fecha 21 de julio de 2005, según acuse de recibo que obra en el expediente DT 2005/658.

En cuanto a la entrega del servicio cabe señalar que de las 88 solicitudes analizadas únicamente 5 de ellas fueron provisionadas en el plazo que señalaba la Resolución de 14 de julio de 2005. Estas solicitudes, dado el cumplimiento se excluyen del objeto del presente procedimiento sancionador, son las siguientes: (1) Barcelona/Cerda (Miga 0810024, número 53 del listado anterior) cuya disponibilidad fue comunicada el día 1 de febrero de 2006 habiéndose aceptado el proyecto el día 9 de enero de 2006, (2) Mollet (Miga 812001, número 54 del listado anterior) cuya disponibilidad fue comunicada el 2 de febrero de 2006 habiéndose aceptado el proyecto el día 9 de enero de 2006, (3) Vitoria Avenida (Miga 110002, número 74 del listado anterior), (4) Vitoria Zaran (Miga 110003, número 75 del listado anterior) cuya disponibilidad fue comunicada el día 23 de febrero de 2006 habiéndose aceptados los proyectos el día 31 de enero de 2006 y (5) Barcelona/ Cerda (Miga 810024, número 79 del listado anterior) cuya disponibilidad no fue comunicada hasta el día 6 de marzo de 2006 habiéndose aceptado el proyecto el día 6 de febrero de 2006.

Por tanto, de la información aportada por la propia Telefónica se deduce que en la provisión de 84 solicitudes ha existido un retraso respecto del plazo fijado en la Resolución de 14 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica reconoce la existencia de estos retrasos, sin embargo, alega distintos motivos por los que justifica estos retrasos. Los motivos que esgrime en su escrito son los que a continuación se exponen:

Telefónica alega que el plazo de la Resolución de 14 de julio de 2005 es insuficiente. Aplicación analógica del plazo de 4 meses señalado en la OBA para la implantación de un nuevo servicio.

Telefónica se basa en la misma argumentación que utilizó para justificar los retrasos en las solicitudes realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2005 (hecho probado primero). Sin embargo, en la motivación del retraso de estas solicitudes va más allá y alega que se ha servido del plazo que, con carácter general, aplica la OBA cuando incorpora un nuevo servicio. Afirma que *“la obligación de provisión del servicio y el inicio del cómputo de plazo no debería empezar a correr en ningún caso con anterioridad al 14 de noviembre de 2005”* y concluye analizando las solicitudes que son entregadas después de esa fecha.

Pues bien, además de reiterar el hecho de que las Resoluciones de la Comisión son ejecutivas y efectivas desde el día en que se dictan, es necesario recordar a Telefónica que la imposición de un plazo para la provisión de un determinado servicio es vinculante y obligatoria.

Telefónica no se opuso a la citada Resolución por medio de algún mecanismo legal, no puso en conocimiento de esta Comisión una situación de contingencia que motivase una ampliación del plazo impuesto para la provisión, no comunicó al operador afectado una incidencia que le impidiese prestar el servicio, simplemente, no lo presta. Y, posteriormente, cuando se le imputa un incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 alega que el plazo era insuficiente pero no logra probar dicha insuficiencia.

Además, tal y como se ha señalado en el hecho probado primero, la Resolución de 14 de julio de 2005 obligaba a la entrega de un servicio que ya estaba siendo provisionado por Telefónica a los operadores alternativos y que no entrañaba una dificultad específica. En cambio, fue la Resolución de 14 de septiembre de 2006 por la que se modificaba la OBA, la que añadió *“un procedimiento para realizar solicitudes a través de la herramienta SGO”* señalándose un plazo de implementación de 4 meses dadas las modificaciones que se tenían que introducir.

Por tanto, la obligación de implementar el servicio a través del SGO no nace hasta la aprobación de la Resolución de 14 de septiembre de 2006, esto es, a partir de la última modificación de la OBA llevada a cabo por esta Comisión que se produjo un año más tarde de dictarse la Resolución de 14 de julio de 2005. Esta Resolución obligaba, únicamente, a la entrega del servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así que, la aplicación analógica y unilateral que realiza Telefónica de este plazo de implementación no es correcta y, por tanto, este criterio no deberá ser tenido en cuenta para determinar si ha existido o no un incumplimiento de los plazos de provisión señalados en la Resolución de 14 de julio de 2005.

Telefónica alega que en la Resolución de 14 de julio de 2005 no se determina cual es el momento en que ha de entenderse la obligación de provisión del servicio finalizada, entendiéndose que es la fecha de finalización de los trabajos.

Telefónica alega que el momento de finalización de los trabajos es el hito final de la obligación y no la fecha en que se produzca la comunicación al otro operador lo cual supone “una mayor diligencia” por su parte, existiendo en algunas de las solicitudes, una gran diferencia entre la fecha que según ella han finalizado los trabajos y la fecha en que procedió a comunicar el fin de los mismos al otro operador.

A modo de ejemplo, en dos solicitudes la diferencia entre ambas fechas es superior a los 6 meses: la primera es la solicitud sobre la central de Alcalá de Henares (Miga 2861001) que según la información aportada por la propia Telefónica los trabajos se terminaron con fecha 29 de septiembre de 2005 y no se comunicó el fin de las obras hasta el día 3 de abril de 2006 y la segunda es la solicitud sobre la central de Oviedo (Miga 3310002) que según la información aportada por la propia Telefónica los trabajos se terminaron con fecha 14 de octubre de 2005 y no se comunicó el fin de las obras hasta el día 3 de abril de 2006.

Cabe señalar, con carácter general, que los servicios se consideran entregados cuando se produce la disponibilidad de los mismos, entendiéndose disponibilidad en el marco de la OBA como la comunicación del fin de los trabajos que el operador solicita, esto es, comunicar la efectividad del servicio.

Alega Telefónica que se deduce la falta de interés de Jazztel por este servicio “ya que espera a la comunicación formal” del fin de los trabajos, en lugar de hacer uso de los mismos una vez que las obras están de facto finalizadas.

Esta Comisión se muestra totalmente disconforme con esta afirmación ya que este servicio consiste en la realización de obras en la propia central de Telefónica por lo que, por definición, Telefónica es la única habilitada para realizarlas y, por ende, es la única capaz de saber el fin de las mismas. Excepto que, por medio de algún mecanismo, comunique el fin de los trabajos y la disponibilidad del servicio. Por ello, la comunicación adquiere tanta importancia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega que en la Resolución de 14 de julio de 2005 no se le obligaba a la comunicación y que si alguna vez lo ha hecho es porque ha obrado con diligencia.

Pues bien, efectivamente, la Resolución de 14 de julio de 2005 no obligaba de manera expresa a comunicar el fin de las obras al operador alternativo, sin embargo, sí que obligaba a Telefónica a la entrega de las solicitudes. Para que se produzca la entrega de un servicio tiene que existir una puesta a disposición del mismo a la parte que lo ha solicitado, es decir, tiene que producirse una entrega efectiva sino ocurre esto no se puede dar por cumplida dicha obligación.

La comunicación es una obligación que implícitamente está recogida en la entrega del servicio como medio para hacer efectiva la entrega.

Desde otro punto de vista, el artículo 1.157 del Código Civil al regular el pago o cumplimiento como medios de extinción de las obligaciones determina que el cumplimiento (o pago) ha de ser completo o íntegro. Por ello, para dar por cumplida la entrega de un servicio, éste ha de ser, de forma obvia, entregado, por cualquier medio o mecanismo. En el caso de la OBA no es otro que la comunicación a la contraparte de la disponibilidad del servicio para que tome posesión del mismo.

En conclusión y de forma obvia, para que se produzca la entrega de un servicio tiene que existir la entrega del mismo.

Telefónica, en su escrito de fecha 4 de enero de 2008, alega que Jazztel no precisaba de la comunicación formal de la finalización de los trabajos porque dicha comunicación se realizaba telefónicamente.

Pone de manifiesto que este servicio antes de la Resolución de 14 de julio de 2005 era un servicio que se ofrecía de forma comercial a los operadores produciéndose las comunicaciones por vía telefónica para evitar demoras que se podían producir al realizarse formalmente. Alega que esta es la forma de la que se ha servido para comunicarse con Jazztel.

Pues bien, en la medida que un servicio deja de ser comercial y se decide regular por la Comisión debido a que los operadores denuncian la falta de cumplimiento del mismo y se considera que es un servicio razonable de acceso, las condiciones de prestación del mismo cambian. Se fijan los plazos de provisión, las posibles penalizaciones y se dota de un formalismo al mismo que en su forma comercial no tiene, por el simple hecho que Telefónica está obligado, no sólo por un contrato comercial entre las partes, sino por mandato expreso de la Comisión a cumplir esos términos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica es consciente que las consecuencias de incumplir un servicio regulado a incumplir un servicio comercial son distintas por lo que, en base a esa mínima diligencia que ha de regir sus actuaciones como operador obligado por la citada Resolución debería haber aumentado su buen hacer y haberse asegurado de que Jazztel recibía la comunicación del fin de las obras para dar cumplimiento a la Resolución de 14 de julio de 2005.

En cuanto a determinadas Centrales.

Telefónica alega en su escrito de 4 de enero sobre determinadas Centrales como la de Alcalá de Henares (código miga 2861001) que finalizó los trabajos con fecha 29 de septiembre de 2005 pero que no procedió a comunicárselo hasta el día 3 de abril de 2006. Sin embargo, Jazztel cursó peticiones de TCI en las dos salas OBA en el intervalo entre las dos fechas anteriores por lo que, concluye Telefónica, Jazztel conocía que el servicio estaba finalizado sin necesidad de ninguna comunicación formal.

Pues bien, en contra de lo que afirma Telefónica el hecho de que Jazztel solicitase 2 peticiones distintas de TCI en dos salas OBA diferentes simplemente prueba el hecho de que conocía la existencia de estas dos salas con sus dos equipos diferentes y de esta actuación no puede deducirse claramente que Jazztel fuese consciente del fin de las obras, tal y como alega Telefónica.

Por todo lo anterior, el hito final de la obligación consiste en la fecha de comunicación del fin de los trabajos y esta fecha es la que se toma para comprobar al existencia de incumplimiento del plazo señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

Conclusión, Telefónica reconoce expresamente la existencia de retrasos en la provisión del citado servicio y al no considerarse las justificaciones que esgrime, motivo suficiente de eximente de responsabilidad, se declara a Telefónica responsable del incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 respecto de las siguientes solicitudes:

A continuación se muestra el concreto incumplimiento en el que ha incurrido Telefónica respecto de cada una de las 83 solicitudes realizadas con posterioridad al mes de mayo de 2005. los datos se encuentran ordenados por la fecha en la que realizó la entrega del servicio, esto es, la comunicación del fin de las obras y la fecha en la que tuvo que ser entregado el servicio y no se hizo. La última columna muestra los días concretos de retraso en los que ha incurrido Telefónica en cada una de las 83 solicitudes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Miga	Solicitud/Central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de la comunicación	Fecha límite para la entrega del servicio	Días de retraso producidos
1	2810040	MADRID /SAN BLAS	06/09/2005	19/12/2005	04-oct-05	50
2	2810035	MADRID/ RICARDOS	06/09/2005	19/12/2005	04-oct-05	50
3	2810040	MADRID /SAN BLAS	14/10/2005	19/12/2005	14-nov-05	23
4	2910003	MALAGA	20/10/2005	19/12/2005	18-nov-05	19
5	2810030	M/HORTALEZA	28/10/2005	19/12/2005	28-nov-05	13
6	840001	SABADELL	07/12/2005	10/01/2006	05-ene-06	1
7	840003	SABADELL	28/10/2005	11/01/2006	28-nov-05	29
8	210003	ALBACETE	28/11/2005	13/01/2006	29-nov-05	30
9	2810042	ORCASITAS	28/11/2005	13/01/2006	29-nov-05	30
10	865006	CANOBVELLES	05/12/2005	13/01/2006	04-ene-06	6
11	710003	PM/MOLINA	07/12/2005	13/01/2006	05-ene-06	5
12	810004	BARCELONA	20/10/2005	17/01/2006	18-nov-05	40
13	810003	BARCELONA	20/10/2005	19/01/2006	18-nov-05	42
14	810034	BADALONA	20/10/2005	23/01/2006	18-nov-05	44
15	4111001	ALCALA	28/11/2005	23/01/2006	29-nov-05	36
16	2810061	MADRID	05/12/2005	23/01/2006	04-ene-06	12
17	2510004	LLEIDA	28/11/2005	25/01/2006	29-nov-05	38
18	4311006	TORREDEMBARRO	01/12/2005	27/01/2006	31-dic-05	19
19	2710002	LUGO SAN	28/11/2005	30/01/2006	29-nov-05	41
20	4610012	VSAN VICENTE	28/11/2005	30/01/2006	29-nov-05	41
21	810032	SAN JOAN	26/07/2005	06/02/2006	24-Agt-05	113
22	2010011	DONOSTIA	02/12/2005	09/02/2006	03-ene-06	24
23	4610009	V/MISLATA	07/12/2005	09/02/2006	05-ene-06	24
24	2010001	DONOSTIA	02/12/2005	15/02/2006	03-ene-06	30
25	4610005	VCARMEN	28/11/2005	17/02/2006	29-nov-05	54
26	4410001	TERUEL	02/12/2005	17/02/2006	03-ene-06	32
27	2810010	MADRID/ PACIFICO	12/01/2006	17/02/2006	09-feb-06	6
28	2110002	HUELVA	17/01/2006	17/02/2006	14-feb-06	3
29	2011002	IRUN	25/01/2006	23/02/2006	22-feb-06	1
30	811001	MASNOU	25/10/2005	06/03/2006	23-nov-05	70
31	3110002	PASAI	31/01/2006	06/03/2006	28-feb-06	4
32	2810026	MADRID/ VILLAVERDE	11/10/2005	08/03/2006	10-nov-05	81
33	2010009	PM/AVENIDAS	07/12/2005	08/03/2006	05-ene-06	43
34	5019010	ZARAGOZA MA	07/12/2005	08/03/2006	05-ene-06	43
35	5019006	ZARAGOZA MO	07/12/2005	08/03/2006	05-ene-06	43
36	1520002	FERROL INFER	12/12/2005	08/03/2006	10-ene-06	41
37	310002	ALICANTE	16/12/2005	08/03/2006	16-ene-06	37
38	310003	ALICANTE	16/12/2005	08/03/2006	16-ene-06	37



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Miga	Solicitud/Central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de la comunicación	Fecha límite para la entrega del servicio	Días de retraso producidos
		/CAROLINAS				
39	362003	ALICANTE/ BENIDORM	16/12/2005	08/03/2006	16-ene-06	37
40	1112002	PTA STA M	25/01/2006	08/03/2006	22-feb-06	10
41	2867005	COLMENAR	30/01/2006	08/03/2006	27-feb-06	7
42	2812006	PRADILLO (MOSTOLES)	30/01/2006	08/03/2006	27-feb-06	7
43	1530002	SANTIAGO / LA CORUÑA	30/01/2006	08/03/2006	27-feb-06	7
44	2810006	NORTE	31/01/2006	08/03/2006	28-feb-06	6
45	2810048	POZUELO	31/01/2006	08/03/2006	28-feb-06	6
46	4810014	BARAKALDO	06/02/2006	08/03/2006	06-mar-06	2
47	4810005	BILBAO DEUSTO	06/02/2006	08/03/2006	06-mar-06	2
48	3910005	SANTANDER	06/02/2006	08/03/2006	06-mar-06	2
49	4810003	SESTAO	06/02/2006	08/03/2006	06-mar-06	2
50	5019004	ZARAGOZA PA	07/12/2005	15/03/2006	05-ene-06	48
51	4710002	VALLADOLID	16/12/2005	15/03/2006	16-ene-06	42
52	2814003	LAS ROZAS	20/01/2006	15/03/2006	17-feb-06	18
53	1120002	ALGECIRAS	25/01/2006	22/03/2006	22-feb-06	20
54	1520001	FERROL FRUTOS	12/12/2005	24/03/2006	10-ene-06	53
55	5019003	ZARAGOZA	05/10/2005	28/03/2006	04-nov-05	82
56	5019005	ZARAGOZA DE	07/12/2005	28/03/2006	05-ene-06	61
57	5019007	ZARAGOZA MI	07/12/2005	28/03/2006	05-ene-06	61
58	3210002	OURENSE	16/12/2005	28/03/2006	16-ene-06	51
59	3620003	VIGO CALVARIO	16/12/2005	28/03/2006	16-ene-06	51
60	501903	ZARAGOZA	17/01/2006	28/03/2006	14-feb-06	30
61	1130002	JEREZ	25/01/2006	28/03/2006	22-feb-06	24
62	1115001	SAN FERNANDO	25/01/2006	28/03/2006	22-feb-06	24
63	2910010	MALAGA	30/01/2006	28/03/2006	27-feb-06	20
64	2410003	LEON	06/02/2006	28/03/2006	06-mar-06	16
65	3310001	OVIEDO	06/02/2006	28/03/2006	06-mar-06	16
66	4110007	SEVILLA	06/02/2006	28/03/2006	06-mar-06	16
67	1410004	CORDOBA	08/02/2006	28/03/2006	08-mar-06	14
68	1165002	SAN LUCAR	20/02/2006	28/03/2006	20-mar-06	6
69	2861001	ALCALA DE HENARES	08/09/2005	03/04/2006	06-oct-05	122
70	2810037	MADRID/ PILAR	13/09/2005	03/04/2006	11-oct-05	119
71	2910001	MALAGA LARIOS	19/09/2005	03/04/2006	18-oct-05	115
72	2810053	MADRID/ VICALVARO	11/10/2005	03/04/2006	10-nov-05	99
73	2810003	MADRID/ DELICIAS	14/10/2005	03/04/2006	14-nov-05	97
74	2810057	MADRID/ PEÑUELAS	19/10/2005	03/04/2006	17-nov-05	94



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Miga	Solicitud/Central	Aceptación del proyecto de instalación por Jazztel	Fecha de la comunicación	Fecha límite para la entrega del servicio	Días de retraso producidos
75	1510005	CORUÑA	28/11/2005	03/04/2006	29-nov-05	86
76	2810043	SAN CRISTOBAL	28/11/2005	03/04/2006	29-nov-05	86
77	3110002	PAMPLONA	30/11/2005	03/04/2006	30-nov-05	85
78	910001	BURGOD	17/01/2006	03/04/2006	14-feb-06	34
79	4110012	SEVILLA	17/01/2006	03/04/2006	14-feb-06	34
80	2410002	LEON TORRE	20/01/2006	03/04/2006	17-feb-06	31
81	3310002	OVIEDO	20/01/2006	03/04/2006	17-feb-06	31
82	1111001	CHICLANA	25/01/2006	03/04/2006	22-feb-06	28
83	2910003	MALAGA	17/01/2006	17/04/2006	14-feb-06	43

Se han producido, en total, 3.100 días de retraso en todas las solicitudes y, en término medio, Telefónica ha incurrido en un retraso medio de 37 para cada solicitud respecto del plazo de 20 días señalado en la Resolución de 14 de julio de 2005.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del análisis llevado a cabo y de las consideraciones que se han vertido en el Apartado III de Hechos Probados, se ha concluido que Telefónica ha incumplido la Resolución de 14 de julio de 2005, incurriendo con ello en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel. Más aún, Telefónica no ha acreditado ninguna causa de justificación por lo que conducta resulta antijurídica.

Se procede a continuación a contestar las alegaciones formuladas por Telefónica.

Sobre que los Hechos Probados ya han sido sancionados en el expediente RO 2004/1811. Vulneración del principio non bis in idem.

Señala Telefónica que la Resolución que puso fin al procedimiento sancionador 2004/1811 le sancionaba por un incumplimiento generalizado de sus obligaciones en el marco de la OBA y en concreto por el incumplimiento de determinadas resoluciones, entre ellas, la que puso fin al procedimiento DT 2005/658, es decir, la Resolución de 14 de julio de 2005.

Alega que dado que el incumplimiento se ha considerado generalizado y teniendo en cuenta que el propio expediente DT 2005/658 ha sido enjuiciado en su totalidad, entiende que la instrucción del presente procedimiento sancionador derivaría en una conculcación del principio de non bis in idem.

Telefónica alega que el servicio de unión de equipos situados en salas diferentes de una misma central es un recurso asociado a la prestación de servicios de acceso al bucle de abonado y como tal ha sido sancionado ya en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 que puso fin al procedimiento sancionador RO 2004/1811. En este procedimiento se sancionaba a Telefónica por un incumplimiento generalizado de la OBA, incluidos los recursos asociados.

En resumen, Telefónica considera que la Comisión ha iniciado un expediente sancionador por unos hechos que ya han sido instruidos, enjuiciados y sancionados. Si la Comisión ha entendido que se ha producido un incumplimiento generalizado, esto es mayoritario, de los servicios de la OBA y además continuado en el tiempo, un posible incumplimiento por un retraso en la entrega de un servicio en el espacio temporal en que se incardinan los hechos enjuiciados del sancionador no podrían dar lugar a una nueva sanción ya que es subsumible en cuanto sujeto, hecho y fundamento en general.

Sin embargo, cabe señalar que esta interpretación de Telefónica resulta del todo errónea si se tienen en cuenta los requisitos que se establecen para que se aplique el principio "non bis in idem". El artículo 133 de la LRJPAC establece que: "*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

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

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

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

En el caso concreto en el que nos encontramos, resulta evidente que el bien jurídico que se tutela en ambos procedimientos no es otro que el cumplimiento de las resoluciones de esta Comisión al amparo de la legislación vigente, esto es, por un lado, la Resolución de 29 de abril de 2002 y la Resolución de 31 de marzo de 2004 en las que se establecen una serie de obligaciones que debe contener la Oferta de Referencia de Telefónica (OBA), y por otro, en este caso la Resolución de 14 de julio de 2005 que pone fin al conflicto de acceso entre Telefónica e Jazztel.

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

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

En efecto, en el procedimiento RO 2004/1811 los hechos sancionados eran los incumplimientos de forma continuada y generalizada de los procedimientos y condiciones materiales de provisión de los servicios incluidos en la OBA y a recursos asociados de Telefónica, siendo necesario basarse en incumplimientos de esas condiciones constatados por la Comisión en distintas Resoluciones previas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario señalar que la Resolución de 14 de julio de 2005 no fue ni siquiera utilizada como prueba documental para acreditar los retrasos en los que se basa el incumplimiento generalizado de los servicios incluidos en la OBA, subrayando así el carácter independiente y diferenciado de estos hechos.

En el presente procedimiento sancionador los hechos sancionados son aquellos por los que Telefónica no ha dado cumplimiento a lo establecido en la Resolución de 14 de julio de 2005. Teniendo en cuenta, además, que el servicio sobre el que trata la presente Resolución no se introdujo en la OBA hasta la última modificación de 14 de septiembre de 2006 por lo que en ningún caso el procedimiento sancionador RO 2004/1811 podía referirse a estos hechos.

Sobre la existencia de una infracción continuada sancionada en el expediente RO 2004/1811.

Telefónica alega que nos encontramos ante una infracción continuada contenida en el artículo 4.6 del Reglamento Sancionador que establece que:

“No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

Telefónica considera que, en este caso en concreto, concurren estos requisitos ya que ha llevado a cabo una pluralidad de acciones aprovechando idéntica ocasión que han derivado en puntuales retrasos en la provisión del servicio de unión de equipos y que se ha incumplido, por tanto, los plazos OBA fijados mediante una Resolución.

Manifiesta que, a pesar de habersele sancionado ya con 20 millones de euros por un incumplimiento generalizado de la OBA, en el marco de este procedimiento se está proponiendo imponer una nueva sanción por un incumplimiento puntual en la provisión de un servicio que estaría infringiendo el mismo precepto administrativo – artículo 53.r de la LGTel- ya imputado y sancionado por el expediente RO 2004/1811.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, puesto que el expediente sancionador RO 2002005/1407 se inició el 18 de octubre de 2006 y el procedimiento sancionador RO 2004/1811 no se resolvió hasta el 16 de noviembre de 2006, procede analizar si los hechos o conductas tipificados en el primero se pueden entender englobados en la infracción continuada sancionada en el segundo, tal y como alega Telefónica.

Con carácter previo es necesario realizar las siguientes consideraciones:

- En el expediente sancionador RO 2004/1811 se declaró a Telefónica responsable de la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 53 r) de la LGTel por haber incumplido el apartado Primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y el apartado Primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA.

En cambio, el expediente RO 2005/1407 se incoa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, por haber incumplido la Resolución de 14 de julio de 2005 que ponía fin al conflicto de acceso sobre la conexión de equipos cubricados en diferentes recintos de una misma central (DT 2005/658).

Se observa, por tanto, que se trata de incumplimientos relativos a dos resoluciones distintas cuyo único punto en común es el haberse dictado por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

- El Hecho Probado Primero del expediente sancionador RO 2004/1811 determinó que TESAU *“ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su OBA”*. Es necesario tener en cuenta que la Oferta a la que se refiere era la aprobada mediante la Resolución de 29 de abril de 2002 modificada posteriormente por la Resolución de 31 de marzo de 2004, es decir, la OBA 2004.

En el presente procedimiento sancionador - RO 2005/1407 - se está analizando la conducta de Telefónica que supone un incumplimiento de la citada Resolución de 14 de julio de 2005 que establecía, de forma sucinta, lo siguiente:

- Que todas las solicitudes de este tipo son *“peticiones razonables”* de acceso a recursos asociados al bucle de abonado por lo que TELEFONICA está obligada a atenderlas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que todas las solicitudes realizadas por JAZZTEL antes del mes de mayo de 2005 y que todavía no hubiesen sido entregadas, fuesen suministradas en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de esa resolución. Aplicando los precios del Anexo 1.
- Que a todas las solicitudes adicionales, salvo acuerdo en contrario entre las partes, se les aplicarán las condiciones del Anexo 1 de esa Resolución en cuanto a precios, plazos y penalizaciones.

Esto es, el establecimiento mediante Resolución de las condiciones de provisión de un determinado servicio no incluido en la OBA hasta el año 2006.

Según razona la Resolución de 14 de julio de 2005, este servicio de unión de equipos del mismo operador coubicado en salas diferentes de la misma central era prestado por Telefónica a algunos operadores con anterioridad a la citada Resolución. No fue hasta la fecha de la resolución que se declaró el carácter razonable de este servicio y, en base al principio de no discriminación, se le instaba para que lo ofreciese en determinadas condiciones a todos los operadores que lo solicitasen. Y, según los hechos probados, Telefónica incumplió esas condiciones específicas siendo este incumplimiento independiente del incumplimiento general de la OBA.

- El expediente sancionador RO 2004/1811, según se determinó en el Hecho Probado Primero de su Resolución, sancionó hechos ocurridos en el periodo de tiempo comprendido entre, al menos, los meses de los meses de enero de 2004 y abril de 2005.

Por su parte, el periodo de tiempo en el que se pueden enmarcar los conflictos acumulados al expediente RO 2005/1407 se encuentran entre julio de 2005 y marzo de 2007 aproximadamente.

En suma, de acuerdo con el artículo 4.6 del Reglamento Sancionador para que exista una infracción continuada es necesario que los *“hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo”*.

Cabe señalar que los hechos conocidos en el presente expediente suponen un incumplimiento de una concreta y determinada Resolución que definía un servicio no incluido en la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA cuyo incumplimiento fue sancionado en el procedimiento sancionador RO 2004/1811, resultando, por tanto, hechos distintos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, se trata de dos conductas de Telefónica totalmente diferenciadas que consisten, la primera, en el incumplimiento de forma generalizada de los servicios y plazos incluidos en la OBA 2004 durante un concreto periodo de tiempo y la segunda en el incumplimiento de una Resolución dictada por la Comisión que instaba a Telefónica a cumplir unos plazos concretos en la entrega de un servicio que no fue incluido en la OBA hasta septiembre de 2006.

En resumen, no se puede hablar de infracción continuada por el simple hecho de que no se continúa la misma infracción sino que se trata de dos infracciones diferentes tramitadas, y sancionadas, en dos procedimientos diferentes.

Por último, el artículo 4.6 del citado Reglamento Sancionador exige para que exista una infracción continuada, *“la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*

Tal y como se ha señalado, no existe en este caso la misma infracción sino que se trata de dos incumplimientos distintos referidos a dos Resoluciones diferentes. El procedimiento sancionador RO 2004/1811 que finalizaba con la Resolución de 16 de noviembre de 2006 sancionaba a Telefónica por haber incumplido el apartado Primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y el apartado Primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA. En cambio, el presente procedimiento sancionador – RO 2005/1407- sanciona a Telefónica por haber incumplido la Resolución de 14 de julio de 2005.

Telefónica, en su escrito de 4 de enero de 2008, alega que en el marco del presente procedimiento sancionador se le sancionaría por una infracción del artículo 53.r) de la LGTel por el incumplimiento de Resoluciones dictadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones siendo esta infracción ya sancionada en el marco del procedimiento sancionador RO 2004/1811.

De acuerdo con esta afirmación, y siguiendo el razonamiento de Telefónica, no sería posible la existencia de dos procedimientos sancionadores abiertos por incumplimiento de resoluciones dictadas por la Comisión, esto es, basados en la infracción del artículo 53. r) de la LGTel, cualesquiera que sean las resoluciones incumplidas.

Sin embargo, para que pueda operar la figura de la infracción continuada las infracciones han de ser asimilables, es decir, que se refieran a la misma resolución administrativa y a los mismos o similares hechos y no a la infracción del artículo 53.r de la LGTel con carácter general.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo anterior, se concluye que los hechos analizados en el presente procedimiento no forman parte de la infracción continuada que fue objeto de sanción en el expediente RO 2004/1811.

Sobre la caducidad del expediente sancionador.

Telefónica, en su escrito de alegaciones de 4 de enero de 2008, manifiesta la necesidad de tener en cuenta que el concepto jurídico de la caducidad tiene como fin fomentar la actuación de la Administración con el objetivo de evitar que el administrado quede sujeto, durante un periodo excesivo de tiempo, a la incertidumbre que supone la tramitación de un expediente sancionador.

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

A lo anterior se deben hacer las siguientes consideraciones:

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

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

Las alegaciones de Telefónica deben ser rechazadas por esta Comisión ya que la ampliación de plazo se acordó por esta Comisión con razones sobradamente justificadas tales como la especial complejidad del procedimiento, que se concreta en la existencia de al menos 180 documentos referidos a 88 centrales distintas, la complejidad que implica la correcta valoración de todos los documentos aportados en el expediente RO 2006/1234 que finalizaba mediante la Resolución de 21 de junio de 2007 y que acordaba la acumulación al presente procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Resulta necesario resaltar, por un lado, la dificultad con que se ha encontrado la Instrucción del presente procedimiento a la hora de sistematizar toda la documentación aportada de los distintas centrales afectadas (solicitudes de cada uno de los servicios en las 100 centrales afectadas, correos electrónicos de confirmación de costes, confirmaciones de proyectos técnicos, cruces de correos entre los dos operadores, presentación de incidencias por los servicios solicitados, cuadro de fechas aportadas, etc.), y por otro, que la necesidad de ampliación de plazo se debió principalmente a la existencia de nueva documentación que formaba parte del expediente RO 2006/1234 y que fue acumulada con fecha 21 de junio de 2007.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por Telefónica de que durante el periodo de información previa se han practicado la mayoría de las actuaciones necesarias para determinar la existencia de indicios de infracción de la Resolución de esta Comisión de 14 de julio de 2005, se debe tener en cuenta lo siguiente:

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

Teniendo en cuenta todo lo anterior, esta Comisión entiende que cada una de las actuaciones llevadas a cabo han sido realizadas correctamente, así mismo en el marco de las actuaciones previas, teniendo en cuenta que la denuncia de Jazztel hacía referencia a 22 centrales y que más tarde se amplió hasta 100 centrales afectadas.

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

Telefónica alega para la imposición de una sanción por la Comisión se exige que el sujeto infractor sea culpable de los actos sancionados. No basta con que la conducta sea típica y antijurídica sino que también es necesario que sea de forma intencionada, esto es, el infractor debe tener una clara voluntad obstativa de cumplimiento.

Telefónica alega, en su escrito de alegaciones de 4 de enero de 2008, que la propuesta afirma que existe una conexión intrínseca entre tipicidad y culpabilidad, esto es, que si no cumple un plazo será *siempre* porque no ha hecho lo posible, o lo que es lo mismo, el incumplimiento del plazo lleva asociada la presunción *iuris et de iure* de que Telefónica es culpable. Señala que el principio de culpabilidad es cualquier cosa menos lo que la Comisión expone en su propuesta de Resolución. El principio de culpabilidad exige una prueba concreta de que, *atendidas las circunstancias del caso*, el presunto infractor no ha empleado la diligencia exigible. Por el contrario, lo que hace la propuesta es instaurar un régimen de responsabilidad objetiva, pues no se molesta en probar que los retrasos hubieran sido evitados si Telefónica de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

España hubiera empleado una mayor diligencia, ya fuese aportando medios técnicos, materiales o humanos adicionales.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 de la LRJPAC establece que: *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

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

Esto es, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho ilícito.

Como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de marzo de 2003, RJ 2003\2621), *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción”*.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Se deduce de los hechos probados que Telefónica no ha actuado con la diligencia debida en la provisión de estas solicitudes ya que no sólo no ha cumplido los plazos sino que si aceptáramos tal y como ella alega que las obras se habían finalizado en plazo, la comunicación de la disponibilidad no se realiza hasta, por ejemplo la Central de Alcalá de Henares, 4 meses más tarde. Si Telefónica hubiera mostrado una conducta diligente y hubiese



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicado el fin de las obras y por tanto la disponibilidad del servicio al terminar las obras el resultado se hubiera podido evitar y si Telefónica hubiera comunicado a Jazztel la no disponibilidad del servicio ante circunstancias excepcionales en plazo, al menos, hubiese mostrado una conducta previsora.

Sin embargo, Telefónica, ha dejado a su arbitrio el cumplimiento de unas condiciones establecidas mediante una Resolución dictada por la Comisión sin justificar, ni siquiera mínimamente y con carácter previo, los posibles retrasos en los que pudiera recaer. En definitiva, Telefónica no ha obrado diligentemente y este procedimiento sancionador ha de reprochar esta conducta.

La culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

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

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.r) de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto⁷. En definitiva, Telefónica tenía que haber evitado el incumplimiento de la Resolución.

De todo lo anterior, se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Telefónica en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador.

⁷ A diferencia del artículo 53 r) de la LGTel, hay otros artículos como el 53 e) o el 53 o) donde sí se recoge expresamente el dolo como un elemento subjetivo del tipo, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia. Así el artículo 53 e) considera infracción muy grave “*la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)*”. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave “*el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

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

A la vista de los hechos, y sobretodo de sus efectos, se considera proporcional y adecuado aplicar las siguientes circunstancias atenuantes al presente procedimiento sancionador:

Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, esta Comisión determina que se debe tener en cuenta la circunstancia de que a pesar de haberlo hecho de forma muy tardía, Telefónica ha entregado los servicios solicitados por Jazztel.

Así, el artículo 21.5ª del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, *“[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 (RJ 1986\6612), de 30 de mayo de 1989 (RJ 1989\4107), de 13 de octubre de 2004 (RJ 1986\6612) y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, habrá que tener especialmente en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de aplicar estas circunstancias atenuantes para graduar la sanción aplicable únicamente a este caso en concreto y dadas las características propias del mismo, sobretodo el hecho de que las solicitudes fueron entregadas.

Telefónica, en su escrito de alegaciones de 4 de enero de 2008, alega que la Comisión no ha tenido en consideración la ausencia de incidencia que la conducta seguida por ella ha tenido en el mercado. Concretándolo en la ausencia de perjuicios para Jazztel y en la no obtención de beneficios por parte de Telefónica.

Resulta evidente que obstruir el posicionamiento de un competidor en el mercado no reporta beneficios directos pero sí indirectos desde el punto de vista económico. Es necesario precisar que los perjuicios existen desde el momento en que no se cumplen los plazos para la provisión del servicio por razones evidentes que abarcan desde la planificación empresarial hasta el grado de cumplimiento con los clientes.

No obstante, esta Comisión ha tenido en consideración la atenuante anterior a la hora de calcular la sanción aplicable.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal

La LGTel fija unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel, *“por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al 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 de que su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- *El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción,*
- *20 millones de euros.”*

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener asimismo en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

La aplicación de los anteriores criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1990 (RTC 1990, 207, FJ tercero) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción.

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

Tampoco es aplicable al presente supuesto el criterio del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria. Tratándose de una infracción consistente en una omisión del cumplimiento de unas obligaciones establecidas, no es posible determinar qué fondos pueden haberse destinado a la comisión de la infracción.

Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como límite máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio o en el ejercicio actual y la cifra de 20 millones de euros.

El primer aspecto que debe dilucidarse es la determinación del concepto de rama de actividad afectada en relación con la infracción cometida. Ciertamente no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y las referencias existentes en el ámbito fiscal y mercantil no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

En el presente caso, las actividades afectadas son *“aquellos servicios en los que el bucle de abonado es un elemento esencial para que los competidores alternativos puedan competir en los servicios minoristas conexos y en los que Telefónica contaba con un beneficio esperado relevante”*. Debe tenerse en cuenta que sólo se consideran los servicios sobre los que la conducta de Telefónica ha impactado realmente y en los que tenía incentivos para incidir negativamente en las condiciones de competencia con respecto a Jazztel.

En particular, se considera que Telefónica tiene incentivos para no prestar los servicios de acceso desagregado al bucle, que son herramientas regulatorias encaminadas a la introducción de competencia en mercados minoristas conexos, por lo que buscará beneficios en mercados minoristas conexos a aquéllos en los que la obligación de acceso ha sido impuesta. La posibilidad de influencia de Telefónica sobre las condiciones de competencia de los servicios en cuestión variará en función de si, en el momento de la comisión de la infracción, se determina que existían alternativas a nivel mayorista a las que los operadores pudieron recurrir para prestar sus servicios minoristas. También dependerá de la importancia de la actividad minorista a nivel estratégico, en función de si los beneficios esperados por Telefónica en términos de ingresos son significativos, o de si la actividad es la forma de entrada a otros mercados para los competidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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

Fuente: Telefónica – último informe trimestral 2006.

Así, de la aplicación de las reglas enunciadas anteriormente y fijando el 1% de los ingresos obtenidos en 50.280.000 euros como referencia, el límite de 20 millones de euros no resulta de aplicación teniendo en cuenta que dicho 1% correspondiente a la rama de actividad afectada es una cantidad superior, por lo que la primera ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.

3. Determinación de la sanción.

Hay que tener en cuenta que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). Este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, la presente instrucción, una vez analizada toda la documentación aportada así como las alegaciones vertidas por la imputada en el presente procedimiento, ha valorado el hecho de que, a pesar de haberlo hecho de forma muy tardía, Telefónica ha entregado los servicios solicitados por Jazztel.

Así, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía de ingresos de Telefónica de España que figuran en el informe anual del Grupo Telefónica correspondiente al ejercicio 2006 y, sobretodo, del gran retraso producido en el cumplimiento de la citada Resolución, en total 6.784 días de retraso, se considera que procede imponer una sanción de cuatro millones (4.000.000) de euros.

De las alegaciones presentadas por Telefónica, en su escrito de 4 de enero de 2008, se deduce que considera que la sanción propuesta de cuatro millones de euros, y sometida a audiencia, carece de la proporcionalidad debida. Para apoyar esta afirmación se basa en la sanción contenida en la Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador RO 2005/1053 que, de acuerdo con lo alegado, ascendía a 2 millones de euros.

Este expediente sancionador – RO 2005/1053- se inició por un presunto incumplimiento de Telefónica de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 que resolvía un conflicto con World Wide Web Ibercom, S.L y obligaba a Telefónica a la provisión de todos los servicios OBA solicitados por el operador, a solucionar incidencias y a negociar la modalidad de entrega de señal solicitada en la mayor brevedad posible.

Telefónica manifiesta que la citada Propuesta de Resolución imponía una sanción que ascendía a la cantidad de 2 millones de euros tras entender que existían determinados incumplimientos referidos a un total de 46 centrales.

Y, sin embargo, en el marco de este procedimiento relativo a un posible incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005, es decir, estando en presencia de un posible incumplimiento de plazos en relación a un único servicio y para un mínimo de solicitudes demoradas, la propuesta de resolución cuantifica la sanción en 4 millones de euros, lo que resulta un tanto desproporcionado.

Pues bien, en primer lugar cabe recordar a Telefónica que en la Propuesta de Resolución del procedimiento alegado – RO 2005/1053 – la instructora del mismo proponía que la sanción que se impusiese a Telefónica ascendiera a 3.000.000 de euros. No obstante, en la resolución final de fecha 5 de julio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2007, el Consejo como órgano competente para resolver, impuso una sanción de 2.500.000 de euros.

También, con fecha 20 de diciembre de 2007, el Consejo resolvía imponer a Telefónica una sanción de 2.000.000 de euros por incumplimiento de la Resolución de 14 de julio de 2005 que ponía fin a un conflicto de acceso en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la OBA (DT 2005/628).

Sin embargo, todas estas infracciones son diferentes entre sí y en el cálculo de cada una se ha guardado la debida adecuación entre la gravedad del hecho o de los hechos constitutivos de la infracción y la sanción, finalmente, aplicada.

En el presente procedimiento sancionador ha quedado acreditado el incumplimiento de Telefónica de 105 solicitudes del servicio en cuestión referidas a 105 centrales de un total de 681 solicitudes que, de acuerdo con lo alegado por ella, ha provisionado desde mayo de 2005 hasta julio de 2007 lo que supone un porcentaje de incumplimiento del 15% de las solicitudes recibidas. Estos retrasos han alcanzado en algunas ocasiones más de 100 días produciéndose como consecuencia de una falta de diligencia en la conducta de Telefónica. Por todo ello, se considera proporcionado imponer a Telefónica una sanción de 4.000.000 de euros teniendo en cuenta la existencia de los atenuantes anteriormente descritos.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de esta Comisión,

RESUELVE

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Imponer una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal por importe de CUATRO MILLONES de EUROS (4.000.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1548 68 2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander (BS). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera