



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, en sustitución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 17/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de mayo de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2006/12, INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 18 DE ENERO DE 2006.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de enero 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. /07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, "TESAU") por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001, y de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado.

El acuerdo de inicio fue notificado a TESAU y a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en adelante, "DTI2") el día 23 de enero de 2006, según consta debidamente acreditado en el expediente. Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora del expediente en fecha 23 de enero de 2006, con traslado de las actuaciones practicadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Con fecha 3 de febrero de 2006, la instructora del procedimiento sancionador incoado solicitó al Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la remisión de las actuaciones practicadas en el expediente con número 2003/1737, por tratarse de un expediente sancionador incoado por las mismas razones que el de referencia.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 6 de febrero de 2006 se acordó remitir las actuaciones del expediente número 2003/1737, cuyo archivo se acordó por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha 18 de enero de 2006.

Segundo.1 Las actuaciones practicadas en el período de información previa RO 2003/1737 fueron las siguientes:

1. En fecha 11 de septiembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de DTI2, denunciando el incumplimiento por TESAU de diversas resoluciones.

DTI2 denunciaba, en primer lugar, el incumplimiento de la Resolución dictada en fecha 29 de julio de 2003 (en el expediente DT 2003/700), cuyo Resuelve Segundo señalaba:

*“(...) **SEGUNDO.** TESAU deberá proporcionar a DTI2, a la mayor brevedad posible desde la fecha de notificación de la presente Resolución, acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el sistema web especificado en la OBA (apartados 1.5.1 y 1.6).”*

2. En fecha 4 de noviembre de 2003, DTI2 presentó otro escrito señalando que, a día 3 de noviembre de aquel año, TESAU seguía sin prestar a DTI2 acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el sistema web especificado en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (o, en lo sucesivo, OBA).

Asimismo, reiteraba que el incumplimiento del Resuelve segundo de la Resolución de 29 de julio de 2003 causaba un grave perjuicio a DTI2, *“ya que le dificulta el seguimiento de las incidencias de provisión del servicio”*.

En virtud de tal consideración, reiteraba su solicitud de que se determinase la responsabilidad de TESAU en la comisión de la infracción consistente en el incumplimiento del Resuelve segundo anteriormente transcrito y ampliaba su denuncia, solicitando que se determinase la responsabilidad de TESAU en la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, en tanto no sólo no hubiera proporcionado a DTI2 el acceso especificado en el apartado anterior, sino que no tuviese disponible u operativo con carácter general el procedimiento de gestión de incidencias desde el sistema web especificado en la OBA (en sus apartados 1.5.1 y 1.6).

3. En fecha 27 de noviembre de 2003, se dictaron escritos del Secretario de esta Comisión, por los que se informaba a TESAU y a DTI2 de la apertura de un período de información previa (con número de expediente RO 2003/1737) con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del caso y,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuentemente, la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

4. En fecha 16 de diciembre de 2003, TESAU presentó escrito de alegaciones.
5. DTI2 presentó nuevo escrito de alegaciones en fecha 27 de enero de 2004, en el que reiteraba la procedencia de iniciar un procedimiento sancionador, toda vez que había habido un incumplimiento claro de las resoluciones anteriormente mencionadas.
6. Por otra parte, mediante Resolución de 4 de diciembre de 2003, recaída en el expediente DT 2003/1534, el Consejo de esta Comisión puso fin al conflicto de acceso al bucle de abonado suscitado entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, "Uni2") y TESAU acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido, acordando la acumulación de las actuaciones previas a las ya abiertas en esta Comisión con número de referencia RO 2003/1737.

Dicha acumulación de actuaciones previas fue notificada a TESAU mediante escrito de fecha 12 de enero de 2004. Asimismo, se incorporó a las actuaciones previas copia de un escrito de alegaciones de Uni2 de fecha 27 de noviembre de 2003, obrante en el citado expediente DT 2003/1534, para su consideración.

7. Con fecha 16 de diciembre de 2003 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU respecto de los hechos denunciados, alegando la falta de justificación de la apertura de un procedimiento sancionador por falta de acreditación de tales hechos.

Dicho escrito de alegaciones de TESAU fue trasladado a DTI2 en el marco de las actuaciones previas seguidas, con el fin de que, a su vez, efectuase las alegaciones que tuviese por oportunas, alegaciones que formuló en fecha 27 de enero de 2004.

8. Mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 28 de enero de 2004, TESAU presentó alegaciones respecto de la realización de las actuaciones previas acordadas, acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido.
9. En fecha 22 de enero de 2004, se incorporan a las actuaciones las alegaciones formuladas por DTI2 en fecha 18 de diciembre de 2003, en el procedimiento de modificación de la OBA (MTZ 2003/1000).
10. Mediante escritos de 9 de junio de 2004, esta Comisión remitió un cuestionario a Uni2, Colt Telecom, S.A. (en adelante, "Colt"), Red Eléctrica Telecomunicaciones, S.A. (en lo sucesivo, "Albura"), Grupalia Internet, S.A. (en adelante, "Grupalia") y Tiscali España, S.A. (en adelante, "Tiscali"), con el fin de recabar datos sobre la disponibilidad, en el sistema web llamado Sistema de Gestión de Operadores o, en adelante "SGO", de todas las funcionalidades definidas en la OBA, el cumplimiento de los requisitos de los procedimientos del sistema web, la disposición de los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferentes niveles de gestión de incidencias y su implementación en el sistema web, así como sobre la disponibilidad y cumplimiento de especificaciones de las cuatro bases de datos a las que se refiere el apartado segundo de la citada Resolución de 29 de abril de 2002, especificadas en el apartado 4.2 “Servicios de provisión de información de repartidores, cables y pares” de la OBA de TESAU.

Los citados cuestionarios fueron cumplimentados y remitidos a esta Comisión, tal como consta en el expediente. Asimismo, Comunitel Global, S.A. (en adelante, “Comunitel”) remitió el citado cuestionario mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 12 de julio de 2004.

Segundo.2 A la vista de las actuaciones practicadas en el período de información previa, en fecha 14 de octubre de 2004, se aprueba por el Consejo de esta Comisión Resolución relativa a la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la OBA publicada en fecha 20 de enero de 2001, y de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA.

Las actuaciones relevantes practicadas en dicho procedimiento fueron las siguientes:

1. TESAU formuló escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 3 de diciembre de 2004, en el que señalaba, entre otros aspectos, lo siguiente:

- a) La falta de concreción de los hechos supuestamente constitutivos de la infracción, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución por causarse indefensión a TESAU.
- b) Según TESAU, había cumplido las Resoluciones de la OBA y no obstaculizaba el desarrollo del alquiler del bucle de abonado. Aunque haya podido haber incidencias puntuales, los objetivos preceptuados en la OBA se han cumplido.
- c) En relación con lo anterior, TESAU alegaba que no concurría tipicidad, esto es, no podía subsumirse la conducta de TESAU en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), porque no infringió las Resoluciones citadas.

Afirmaba TESAU (página 10) que *“para que existiera un incumplimiento por mi representada, sería necesario que existiera y pudiese probarse que TELEFÓNICA DE ESPAÑA ha incumplido de manera sistemática y habitual con lo preceptuado en la OBA, respecto al SGO, acceso a las bases de datos, etc.”*, supuesto que no se daba, según la imputada.

- d) Afirmaba asimismo que no concurría el requisito de culpabilidad, existiendo una inequívoca voluntad de proceder conforme a Derecho por su parte, ausencia de intencionalidad y actuación de buena fe.
- e) TESAU se refirió a la contradicción existente en los cuestionarios realizados a los operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Con fecha 14 de julio de 2005, mediante escrito del Instructor del procedimiento, se procedió a la apertura de un período de prueba estimándose pertinente la práctica de prueba documental consistente en que los Servicios de Inspección de la Comisión comprobaran la disponibilidad y funcionalidad del SGO, así como la disponibilidad y funcionalidad de las bases de datos establecidas de conformidad con la OBA.
3. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de julio de 2005 se acordó la Orden de Inspección, por la cual se nombraba a D. José Manuel Vilares Landriz inspector encargado de llevar a cabo las actuaciones correspondientes en las sedes sociales de Jazz Telecom, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, "Jazztel"), Uni2 y DTI2.
4. Con fecha 4 de noviembre de 2005 mediante escrito del Secretario de esta Comisión se dio traslado al instructor del procedimiento de las actuaciones de inspección, una vez practicadas y levantadas las actas correspondientes.
5. Con fecha 18 de enero de 2006 se adopta por el Consejo de esta Comisión Acuerdo por el cual se aprueba Resolución relativa a la declaración de caducidad del procedimiento sancionador RO 2003/1737, ordenándose el archivo de las actuaciones practicadas y notificándose dicha Resolución a TESAU mediante escrito de fecha 23 de enero de 2006.

Como se señalaba en el Antecedente Primero, en la misma sesión del Consejo se adopta el Acuerdo de incoación del presente expediente sancionador.

TERCERO. Con fecha 7 y 14 de febrero de 2006, TESAU ha tenido acceso al presente expediente sancionador RO 2006/12 y al RO 2003/1737 adjunto, tomando vista del mismo y obteniendo copias de la documentación obrante.

CUARTO. Mediante escrito de la Instructora de fecha 24 de febrero de 2006 se informa a TESAU formalmente, para su conocimiento, de la remisión de las actuaciones del expediente número 2003/1737 y su incorporación al presente procedimiento RO 2006/12.

QUINTO. Mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión el 1 de marzo de 2006, el representante legal de TESAU solicitó la ampliación del plazo de alegaciones inicialmente concedido de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, "LRJPAC").

Mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2006 el Instructor da contestación a dicha solicitud de ampliación de plazo, concediéndose la misma por diez días hábiles.

SEXTO. Con fecha 8 de marzo de 2006 tiene entrada en esta Comisión escrito de DTI2 por el cual realiza una serie de alegaciones y aporta determinados documentos en el marco del presente expediente sancionador.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO. Con fecha 17 de marzo de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU, en el cual se formulan las siguientes alegaciones:

1. TESAU ha cumplido las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA, toda vez que el incumplimiento de las mismas supondría la inexistencia del SGO, de los sistemas de información y del acceso web, *“y esto es falso”*.

Según TESAU, la misma *“dispone de una OBA, de unas bases de datos de información sobre acceso al bucle, de la correspondiente interfaz mediante sistema web vía Internet, y ha implementado el sistema denominado SGO”*, respecto al cual señala *“su complejidad y magnitud”*, indicando que las deficiencias o errores observados en las Actas de inspección realizadas por esta Comisión son puntuales y no hacen más que constatar la existencia de los referidos sistemas informáticos.

TESAU incide en que los defectos o deficiencias que pudieran existir en el SGO *“son mínimos, anecdóticos y absolutamente razonables ante el volumen y complejidad del sistema”*.

2. TESAU señala que lo que debe tenerse en consideración es la finalidad teleológica de las obligaciones impuestas a dicha entidad, dirigidas a cumplir el objetivo de *“lograr el conocimiento por parte de los operadores de aquellos hechos, datos, actuaciones que precisan para la realización de su negocio”*, siendo el SGO una simple herramienta, ello al objeto de sostener que no existe ningún inconveniente jurídico en que dicho sistema informático se complemente con sistemas alternativos.

La existencia de dichos sistemas alternativos, según TESAU, implica un cumplimiento de la finalidad teleológica de las referidas resoluciones.

3. Más aun, TESAU alega que las imputaciones realizadas constitutivas de supuesta infracción carecen de la concreción necesaria, es decir, que la CMT no ha determinado *“qué supuestos concretos de los apartados de la OBA que cita, [está TESAU] incumpliendo, debiendo mi mandante deducirlo de las Actas de Inspección realizadas en el domicilio social de distintos operadores en fechas 19, 20 y 21 de julio, y en las que, dicho sea ya en este momento, no se permitió la asistencia de mi representada”*.

En consecuencia, según TESAU, se vulnera el derecho de defensa previsto en el artículo 24.2 de la Constitución y los artículos 135 de la LRJPAC y el artículo 13 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”*), por no garantizar al presunto responsable el derecho a ser notificado de los hechos que se le imputan.

4. De otra parte, TESAU invoca la vulneración del principio de tipicidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A juicio de TESAU, las actuaciones y/o omisiones que se presumen cometidas por TESAU “*no son subsumibles de forma razonable y predecible en el tipo infractor que se le imputa*”, que consiste en el definido por el artículo 53.r) de la LGTel. Según TESAU, tal entidad ha dado cumplimiento a los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y al primero y segundo apartados de la Resolución de 31 de marzo de 2004, aspectos que se analizarán posteriormente en sede de Fundamentos de Derecho.

A estos efectos, TESAU señala que el grado de cumplimiento de las resoluciones cuyo supuesto incumplimiento se le imputa “*sería prácticamente del 100%*”.

Asimismo, señala que concurre “*inexistencia de voluntad obstativa al cumplimiento*”, siendo necesario, con base en la jurisprudencia que cita, un incumplimiento consciente, una existencia de voluntad obstativa al cumplimiento como elemento integrante del tipo infringido, más aun ante el carácter abierto o de norma en blanco del artículo 53.r) de la LGTel.

5. Íntimamente relacionado con lo anterior, TESAU alega ausencia de comportamiento antijurídico, por no lesionarse los bienes jurídicos protegidos por la norma.
6. A continuación, la inculpada invoca inexistencia de culpabilidad y ausencia de perjuicios causados a terceros operadores.

OCTAVO. Mediante escrito de 16 de junio de 2006 la instructora del presente procedimiento solicitó la remisión de las actuaciones practicadas en los expedientes instruidos por la Dirección Técnica y la Dirección de Regulación de Operadores de los que pueda desprenderse el incumplimiento por TESAU de las Resoluciones impugnadas. Dichos expedientes son los que a continuación se detallan:

1. Resolución relativa al conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica de España S.A. planteado por DTI2 en relación con el procedimiento de escalado de incidencias (**DT 2003/700**).
 - 1.1. Documento 5. Escrito de Telefónica de España, S.A. (29/05/2003).
 - 1.2. Documento 11. Acuerdo de Consejo. (29/07/2003).
2. Conflicto de acceso al bucle de abonado formulado por Uni2 Telecomunicaciones S.A. frente a TESAU, acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido (**DT 2003/1534**).
 - 2.1. Documento 1. Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares (06/11/2003).
 - 2.2. Documento 2. Alegaciones de TESAU (27/11/2003).
 - 2.3. Documento 3. Alegaciones de Uni2 (27/11/2003).
 - 2.4. Documento 4. Resolución del conflicto (04/12/2006).
3. Resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra el acuerdo del consejo de la CMT de fecha 4 de diciembre de 2003, sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A. y TESAU acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido (**AJ 2004/55**).
 - 3.1. Documento 8. Resolución del recurso de reposición planteado (22/07/2004).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Conflicto de acceso planteado por Dragonet Comunicaciones, S.L.U. frente a TESAU, en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(RO 2004/928)**.
 - 4.1. Documento 4. Contestación de TESAU al requerimiento de información (22/06/2004).
 - 4.2. Documento 15. Escrito de alegaciones de TESAU (22/10/2004).
 - 4.3. Documento 17. Resolución del conflicto (11/11/2004).
5. Resolución del conflicto de acceso planteado por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. con TESAU en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado **(RO 2004/1009)**.
 - 5.1. Documento 4. Contestación de TESAU al requerimiento de información (22/06/2004).
 - 5.2. Documento 16. Escrito de alegaciones de TESAU (02/12/2004).
 - 5.3. Documento 17. Resolución del conflicto (30/12/2004).
6. Resolución del conflicto de acceso entre World Wide Web Ibercom, S.L. y TESAU, por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado **(DT 2004/1367)**.
 - 6.1. Documento 12. Escrito de alegaciones de TESAU (26/11/2004).
 - 6.2. Documento 14. Resolución del conflicto (30/12/2004).
7. Resolución por la que se inadmite el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TESAU contra la Resolución de la CMT de fecha 11 de noviembre de 2004, por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por Dragonet Comunicaciones, S.L.U. con aquella entidad, en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado **(AJ 2004/1927)**.
 - 7.1. Documento 1. Recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de 11 de noviembre de 2004 (17/12/2004).
 - 7.2. Documento 7. Resolución del recurso potestativo (24/02/2005).
8. Resolución del conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A., y TESAU, en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de colocación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(DT 2005/811)**.
 - 8.1. Documento 13. Alegaciones de TESAU al trámite de audiencia (04/11/2005).
 - 8.2. Documento 15. Alegaciones adicionales de TESAU al trámite de audiencia (18/11/2005).
 - 8.3. Documento 16. Resolución del conflicto (02/02/2006).
 - 8.4. Documento 19. Escrito de TESAU contestando al requerimiento de información (17/03/2006).
9. Resolución del conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A., y TESAU, en relación con la modalidad de cámara multioperador del servicio de entrega de señal de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(DT 2005/992)**.
 - 9.1. Documento 6. Escrito de TESAU solicitando ampliación de plazo para contestar al requerimiento de información (19/08/2005).
 - 9.2. Documento 19. Alegaciones de TESAU al trámite de audiencia (18/11/2005).
 - 9.3. Documento 21. Resolución del conflicto (16/02/2006).
 - 9.4. Documento 24. Respuesta de TESAU al requerimiento realizado en el Acuerdo de Consejo del 16 de febrero de 2006 (30/03/2006).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

10. Resolución del conflicto de acceso entre Grupalia Internet, S.A. y TESAU, en relación con las visitas a edificios del servicio de ubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(DT 2005/1193)**.
 - 10.1. Documento 6. Alegaciones de TESAU (16/09/2005).
 - 10.2. Documento 8. Contestación de TESAU a requerimiento de información (28/10/2005).
 - 10.3. Documento 16. Alegaciones de TESAU (19/12/2005).
 - 10.4. Documento 26. Resolución del conflicto (27/04/2006).
11. Resolución del conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU planteado por Jazz Telecom, S.A. en relación con la solicitud de coubicación en la central de Guadalajara/Infantado **(RO 2005/1449)**.
 - 11.1. Documento 5. Alegaciones de TESAU (04/11/2005).
 - 11.2. Documento 11. Alegaciones a la Audiencia de TESAU (16/03/2006).
 - 11.3. Documento 15. Resolución del conflicto (23/03/2006).
12. Resolución del conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A. y TESAU, en relación con el envío del proyecto específico y costes para ubicación distante en parcela de telefónica de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(DT 2005/1686)**.
 - 12.1. Documento 1. Escrito de Jazz Telecom, S.A. interponiendo conflicto de acceso (01/12/2005).
 - 12.2. Documento 5. Alegaciones de TESAU (18/01/2006).
 - 12.3. Documento 12. Alegaciones de TESAU. Adjuntan CD (24/04/2006).
 - 12.4 Documento 12bis. Resolución del conflicto (8/06/2006).
13. Resolución del conflicto de acceso entre France Telecom España, S.A. y TESAU, en relación con el SGO de la Oferta de Acceso al bucle de abonado **(DT 2006/103)**.
 - 13.1. Documento 5. Alegaciones de TESAU (27/02/2006).
 - 13.2. Documento 13. Alegaciones de TESAU (03/05/2006).
 - 13.3. Documento 14. Requerimiento de información enviado a FTE (22/06/2006).
 - 13.4. Documento 15. Contestación de FTE (13/07/2006).
 - 13.5. Documento 16. Resolución del conflicto (14/09/2006).
14. Resolución por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por Jazz Telecom, S.A. contra la resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se se resolvió el conflicto de acceso entre el recurrente y TESAU en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de coubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) **(AJ 2006/392)**.
 - 14.1. Documento 8. Resolución del recurso de reposición planteado. (29/06/2006).
15. Resolución sobre el conflicto de acceso entre Comunitel Global, S.A. y Telefónica de España, S.A., en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) por falta de espacio **(DT 2006/208)**.
 - 15.1. Documento 4. Escrito de Telefónica de España, S.A. con alegaciones al expediente. (19/04/2006).
 - 15.2. Documento 5. Escrito de Comunitel Global, S.A. adjuntando información de centrales. (20/04/2006).
 - 15.3. Documento 12. Acuerdo de Consejo. (27/07/2006).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Con fecha 16 de octubre de 2006 se remitió Nota interna a la Dirección de Internacional de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, solicitando informe sobre determinados aspectos necesarios para la adecuada instrucción del presente procedimiento sancionador.

Con fecha 27 de febrero de 2007, se ha recibido el informe de la Dirección de Internacional citado en el párrafo anterior, con el resultado que figura en el expediente (Documento 42 del expediente).

DECIMO.- Siendo necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, con fecha 16 de octubre de 2006, se requirió a France Telecom España, S.A. (en adelante, "FTE"), Jazztel, Grupalia y Comunitel, información actualizada relativa a (i) la disponibilidad y funcionamiento del SGO en relación con los procedimientos de acceso al bucle definidos en la OBA que se especificaban en el requerimiento, (ii) la implantación y funcionamiento de las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado referidas en la OBA, y (iii) la existencia de perjuicios directos o indirectos causados a las citadas entidades, como consecuencia de las posibles deficiencias habidas en la implantación del SGO.

Con fecha 25 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Comunitel, por el que viene a solicitar ampliación de plazo para responder al requerimiento solicitado.

Mediante escrito de la Instructora de fecha 26 de octubre de 2006 se le viene a dar contestación al mismo concediéndole una ampliación de 5 días al plazo inicialmente señalado.

Con fecha 6 de noviembre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Grupalia, por el que viene a solicitar ampliación de plazo para responder al requerimiento solicitado.

Mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2006 se le viene a dar contestación al mismo concediéndole una ampliación de 5 días al plazo inicialmente señalado.

DECIMOPRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FTE por el que se remite a la información suministrada a esta Comisión en el marco del expediente DT 2006/103, resuelto el pasado día 14 de septiembre de 2006, por no existir información adicional de la que pudiera dar traslado.

DECIMOSEGUNDO.- En fecha 20 de noviembre de 2006, Grupalia contesta al requerimiento llevado a cabo por esta Comisión, con el resultado que obra al expediente, en el Documento número 27.

DECIMOTERCERO.- En fecha 4 de diciembre de 2006, se acuerda decretar la apertura de un período de prueba por un plazo común de treinta días para la práctica de la prueba, notificándose dicho acuerdo a TESAU, el día 13 de diciembre del mismo año. En virtud de dicho Acuerdo, se estima pertinente la práctica de los siguientes medios de prueba:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“A) PRUEBA DOCUMENTAL:

1. **Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorporen al ramo de prueba los documentos que forman parte del presente expediente, incluidos los aportados por TESAU junto a su escrito de alegaciones (Documentos 1 al 13, ambos inclusive) de fecha 10 de marzo de 2006.**
2. **Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorpore al ramo de prueba testimonio de las alegaciones y documentos acompañados a los escritos de alegaciones formulados por TESAU en el seno del expediente RO 2003/1737.**

En todo caso, la documentación obrante en el expediente RO 2003/1737 fue remitida e incorporada en su integridad al presente expediente, habiendo sido informada de ello TESAU por Diligencia de fecha 24 de febrero de 2006.

3. **De oficio: Consistente en que se incorporen al ramo de prueba todos y cada uno de los documentos obrantes en 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 las resoluciones recaídas en los mismos:**

- (i) Expediente RO 2004/928.
- (ii) Expediente RO 2004/1009.
- (iii) Expediente DT 2004/1367.
- (iv) Expediente DT 2005/811.
- (v) Expediente DT 2005/992.
- (vi) Expediente DT 2005/1193.
- (vii) Expediente RO 2005/1449.
- (viii) Expediente DT 2005/1686.
- (ix) Expediente DT 2006/103.
- (x) Expediente DT 2006/208.

B) INSPECCIÓN:

Propuesta por la interesada: Consistente en que los Servicios de Inspección de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comprueben la disponibilidad y funcionalidad del Sistema de Gestión de Operadores, así como la disponibilidad y funcionalidad de las bases de datos establecidas de conformidad con la vigente Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.”

DECIMOCUARTO.- Con fecha 13 de diciembre de 2006, tras recibir la propuesta del instructor, el Consejo de esta Comisión acordó ampliar en cuatro meses más el plazo máximo de resolución y notificación del presente expediente sancionador (Documento 32 del expediente).

DECIMOQUINTO.- Tras solicitarse al Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la correspondiente asistencia, en fecha 15 de diciembre de 2006,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se dicta por el mismo Orden de inspección, designándose el personal inspector a tal efecto, y notificándose a TESAU, con fecha 27 de diciembre, el lugar y las fechas de celebración de la prueba de inspección, tal como figura acreditado en el expediente (Documento número 36).

Asimismo, en fecha 21 de diciembre de 2006, se remitieron a las empresas identificadas en la Orden de inspección -Cableuropa, S.A. (en adelante, "ONO"), Jazztel, T-Online Telecommunications Spain, S.A. (en lo sucesivo, "T-ONLINE"), y FTE- las correspondientes notificaciones.

DECIMOSEXTO.- Previos los trámites oportunos, entre los días 9 y 12 de enero de 2007, se llevaron a cabo las actuaciones de inspección en las sedes de las entidades citadas anteriormente. Las actas levantadas de la prueba practicada fueron remitidas a la instructora del presente expediente, tras su firma por los operadores asistentes (con excepción de la realizada en FTE), en fechas 12 y 16 de marzo de 2007 (Documentos números 45 y 46 del expediente).

A dichas actuaciones compareció TESAU, debidamente representada.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 16 de febrero de 2007, se remitió nota interna a la Dirección de Análisis Económico y Mercados (en adelante, "Dirección AEM"), solicitando determinada información relevante para la adecuada instrucción del presente procedimiento sancionador (Documento número 40 del expediente).

Con fecha 12 de marzo de 2007 se recibió informe de la Dirección citada en el párrafo anterior, con el resultado que figura en el expediente (Documento número 44 del expediente).

DECIMOCTAVO.- En fecha 23 de febrero de 2007, se ha remitido nota interna a la Dirección Técnica, solicitando determinada información relevante para la instrucción del presente procedimiento (Documento número 41 del expediente). Con fecha 7 de marzo de 2007, se recibió informe de la Dirección Técnica (Documento número 43 del expediente).

DECIMONOVENO.- Con fecha 16 de marzo de 2007, la Instructora del expediente dictó la correspondiente propuesta de resolución en la que propuso (Documento 48 del expediente):

"PRIMERO. Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001, y los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, por la falta de puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en relación con distintos procedimientos y las bases de datos de información especificadas en el texto de la presente Resolución, durante el período comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 y enero de 2007.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. *Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por importe de trece millones (13.000.000) de euros.*

TERCERO. *Que se ordene a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. que ponga en funcionamiento de inmediato en el SGO los procedimientos que faltan y que elimine las deficiencias encontradas en el SGO.”*

VIGÉSIMO.- La propuesta de resolución fue notificada a TESAU el día 20 de marzo de 2007, mediante escrito de la instructora del día 19 del mismo mes y año (Documento 49 del expediente).

VIGESIMOPRIMERO.- Con fecha 16 de abril de 2007 TESAU ha solicitado de esta Comisión que acuerde otorgar ampliación del plazo inicialmente concedido para contestar alegaciones, ampliación que se ha otorgado por un plazo adicional de tres días hábiles.

VIGESIMOSEGUNDO.- En fecha 27 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU frente a la propuesta de resolución mencionada anteriormente (Documento 53 del expediente).

II. HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO: Que Telefónica de España, S.A. no ha habilitado en el plazo exigido los procedimientos necesarios para la provisión de determinados servicios de acceso al bucle, exigibles algunos desde 29 de diciembre de 2002 (por la Resolución de 29 de abril de 2002 –MTZ 2001/4038-) y otros desde 30 de junio de 2004 (por la Resolución de 31 de marzo de 2004 –MTZ 2003/1000-), y no ha tenido habilitadas correctamente las bases de datos de información previstas en la OBA, debiendo estarlo desde noviembre de 2002.

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente, al que se ha incorporado la documentación relevante de otros expedientes tramitados por esta Comisión, y de las actuaciones probatorias realizadas directamente en el expediente RO 2003/1737 y en el presente expediente.

Al objeto de dotar de mayor claridad la exposición de los hechos, se ha procedido a sistematizar el examen de los mismos en función de los procedimientos administrativos de los que traen causa.

1. Procedimiento sancionador frente a TESAU con número de referencia RO 2003/1737.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el expediente con número de referencia RO 2003/1737 se practicaron varias actuaciones:

- 1.1. *Conflicto de acceso al bucle de abonado planteado por DTI2 frente a TESAU en relación con el procedimiento de escalado de incidencias (DT 2003/700).*

En fecha 11 de septiembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de DTI2 por el que denunciaba el incumplimiento del Resuelve segundo de la Resolución recaída en el expediente con número de referencia DT 2003/700, por el que se instaba a TESAU a “proporcionar a DTI2, a la mayor brevedad posible (...) acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el sistema Web especificado en la OBA (apartados 1.5.1 y 1.6)”.

El problema específico que se ventilaba en el expediente citado consistía en una falta de acuerdo entre TESAU y DTI2 en el procedimiento de escalado de incidencias en sus distintos niveles. El procedimiento de escalado de incidencias se realiza al margen del SGO. DTI2 denunciaba que TESAU incumplía lo establecido en la OBA en relación con la determinación de los puntos de contacto para llevar a cabo el escalado de las incidencias.

Del escrito de alegaciones presentado por TESAU en fecha 29 de mayo de 2003 se desprende que suministra una variedad de medios comerciales para tramitar incidencias, sin que quede nada clara la prioridad entre los mismos, con una presencia preponderante de puntos de contacto telefónicos y por correo electrónico, y el acceso al sistema de gestión de incidencias HASE¹, que nada tiene que ver con SGO.

En la Resolución recaída en aquel conflicto en fecha 29 de julio de 2003 se señalaba:

“El problema de fondo que se plantea en este expediente, y que se puede apreciar en la falta de acuerdo entre TESAU y DTI2, es el de la gestión de las incidencias, que hace que el operador autorizado se vea obligado a recurrir al escalado de las mismas para intentar solucionar sus problemas. (...)”

Esta Comisión cree que se resolverían gran cantidad de problemas relacionados con el escalado de incidencias si el sistema de aperturas y gestión de las mismas se realizase en los términos recogidos en la OBA. TESAU debe ofrecer un sistema web que, entre otras cosas, permita iniciar el proceso de gestión de incidencias y mantener un canal de comunicación que facilite la resolución de las mismas, incluyendo la posibilidad de realizar consultas vía web para el seguimiento de incidencias en curso e históricas. Este sistema debía estar disponible desde enero de 2003 para todo tipo de incidencias (de provisión, por averías o interferencias).”

En efecto, como hace constar DTI2 en su escrito de denuncia de 9 de septiembre de 2003, en virtud de la resolución recaída el 29 de julio del mismo año se instó a TESAU a proporcionar a DTI2, a la mayor brevedad posible desde la fecha de

¹ Aplicación cuyas siglas se refieren a la “Herramienta Averías Servicios Especiales para los servicios de acceso indirecto al bucle”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación de la resolución, *“acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el sistema web especificado en la OBA (apartados 1.5.1 y 1.6)”*. A dicho escrito de denuncia adjunta varios correos electrónicos en los que solicita a TESAU mantener una reunión con el objeto de solucionar sus problemas y dar cumplimiento al Resuelve segundo de la resolución anteriormente citada.

En fecha 4 de noviembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión otro escrito de denuncia de DTI2 denunciando los graves perjuicios que el no acceso al sistema de gestión de incidencias causaba a la entidad, *“ya que le dificulta el seguimiento de las incidencias de provisión del servicio”*.

Al escrito de alegaciones presentado por TESAU en fecha 16 de diciembre de 2003, se adjuntaba un correo electrónico (Anexo 1): en fecha 28 de octubre de 2003 se envió por correo electrónico al personal de DTI2 las palabras de paso y códigos de usuario necesarios para poder acceder vía web al módulo de gestión de incidencias y reclamaciones del servicio de acceso indirecto al bucle. TESAU remitió a la Comisión un correo electrónico, en fecha 30 de octubre de 2003, informando de las actuaciones que se estaban llevando a cabo esos días para dar de alta a DTI2 en el módulo de reclamaciones de SGO (Anexo 1 adjunto al documento 5 del expediente RO 2003/1737).

En definitiva, de las actuaciones anteriores queda acreditado que en un primer momento (julio de 2003) TESAU no puso en funcionamiento correctamente la interfaz web única para la gestión de incidencias (apertura y seguimiento). Asimismo, queda acreditado que TESAU no permitió a DTI2 el acceso al SGO desde enero a noviembre de 2003, incumpliendo en consecuencia el plazo establecido (en principio, cinco días). TESAU y DTI2 firmaron un acuerdo de acceso el 5 de diciembre de 2002. Se le exigió que proporcionase a DTI2 acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el SGO a la mayor brevedad posible y no lo hizo hasta noviembre de 2003 (como dice en su escrito de alegaciones).

En la OBA aprobada por Resolución de 29 de abril de 2002, se establecía que la gestión de incidencias tenía que llevarse a cabo a través del *“bloque gestión de incidencias de la página Web”* (página 1-70 de la OBA). Por otra parte, sin perjuicio de que hubiera que utilizar otra interfaz para el envío de una solicitud, se establecía que *“una vez recibida se incorporará al sistema informático (que será único) y, por tanto, será posible emplear la interfaz web para realizar cualquier otra operación (modificación, consulta, gestión de incidencias, etc)”* (página 1-36 de la OBA).

Ello se reiteraba, y se señalaba su importancia, en el texto de la Resolución que aprobaba la OBA:

“En lo que respecta a la interfaz en que se basan los procedimientos, se ha optado por hacer una descripción basada en accesos web, por considerarse que esta vía va a ser la empleada mayoritariamente por los operadores a medio y largo plazo. La interfaz de tipo web cuenta con la clara ventaja de la interactividad, lo que hace que en general sea el método más ágil para la tramitación y el seguimiento de las solicitudes, así como para consultas e incidencias.” [página 57]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.2. *Requerimientos formulados por esta Comisión a varios operadores en el marco del expediente de información previa RO 2003/1737.*

Mediante escritos de 9 de junio de 2004, esta Comisión remitió un cuestionario a Uni2, COLT, Albura, Grupalia y Tiscali, con el fin de recabar datos sobre la disponibilidad en SGO de todas las funcionalidades definidas en la OBA, el cumplimiento de los requisitos de los procedimientos del sistema web, así como la disponibilidad y cumplimiento de especificaciones de las bases de datos a las que se refiere el apartado 4.2 de la OBA.

Analizando las contestaciones a tales requerimientos, todos los operadores denunciaban problemas comunes en el SGO, que podrían sistematizarse de la siguiente forma:

- A la fecha de contestación de los requerimientos, seguían sin estar disponibles por SGO todos los procedimientos relativos a los servicios de ubicación (con excepción de la baja o modificación, según algún operador) y de entrega de señal, siendo en estos aspectos las respuestas coincidentes, además de denunciar los operadores otros procedimientos con los que tienen problemas concretos (traspaso desde/hasta una conexión ADSL IP en alta/baja/cambio de modalidad de conexión en GigADSL; algún operador concreto señala que tampoco estaban disponibles los procedimientos de TCI y TCE y de prolongación de par; problemas con los procedimientos de basculación de par e instalación de PTR; problemas con la instalación de splitter en GigADSL – únicamente se podía solicitar con el alta-), debiendo realizarse la solicitud de estos servicios a través de correo electrónico al buzón bucle@telefonica.es.

Para los operadores, la imposibilidad de llevar a cabo las solicitudes a través de SGO se traduce en una mayor lentitud operativa derivada de la necesidad de articular los procedimientos vía correo electrónico.

- En relación con los servicios de acceso a la información, no estaban disponibles (o lo estaban, pero con fallos) las cuatro bases de datos de información. La base de datos de unidades básicas no estaba publicada en SGO.

En relación con la base de datos de edificios y repartidores, los operadores con carácter general denuncian que la información se proporciona en varios ficheros donde no constan todos los datos que exige la OBA. A este respecto, es común la denuncia sobre la falta de actualización de la información o sobre el desconocimiento de la fecha de actualización. También se alega que faltaba información, como la identificación de la central –si es atendida o desatendida-, o los mapas geográficos de cobertura por central.

La base de datos de demarcaciones y centrales para acceso indirecto estaba disponible en la web de TESAU donde estaba publicada la OBA, con información errónea y dificultades para identificar los archivos correctos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con respecto a la base de datos de pares de cobre individuales, casi todos los operadores indican que se puede consultar a través de SCRABA, pero que falta información de la establecida en la OBA.

- El seguimiento de las incidencias, ya sean de provisión o por averías, presenta problemas y o se hace con muchas dificultades (la información que se vierte al sistema es escasa), o no se puede hacer a través del SGO. FTE señala que el seguimiento de las averías se tenía que hacer a través del ATC (asesor técnico comercial) y el comercial de TESAU.

Las tablas siguientes muestran las contestaciones de los operadores al cuestionario que esta Comisión les remitió en su momento:

Tabla 1: Solicitudes de servicios de acceso al bucle

Tipo	Subtipo	GRUPALIA (25/06/04)	ALBURA (24/06/04)	COLT (25/06/04)	TISCALI (28/06/04)	UNI2 (5/07/04)	COMUNITEL (30/06/04)
Tendido de cable interno	Alta / ampliación / baja de tendido	Desde 19/04/2004	Sí	Sí	No	Desde 20/02/2002	Sí
Tendido de cable externo	Alta / ampliación / baja de tendido	Desde 19/04/2004	Sí	Sí	No	No utilizado	Sí
Prolongación del par	Alta / baja del par	Desde 19/04/2004	No utilizado	Sí	No	Desde 1/09/2002	Sí
	Cambio de modalidad	Desde 19/04/2004	No utilizado	Sí	No	Desde 1/09/2002	Sí
	Basculación de par	No utilizado	No utilizado	Sí	No	No	-
	Instalación de PTR	No utilizado	No utilizado	Sí	No	No	Sí, con problemas
GigADSL	Alta / baja / cambio de modalidad de conexión	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	Sí	Sí
	Cambio de ITV / ICV de conexión	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	Sí	Sí
	Alta / baja / migración de pPAI	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	No	Sí, con problemas
	Desactivación CAC	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	Sí	Sí
	Instalación de splitter	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	No	Sí
Espacio de ubicación	Visitas y accesos programados no acreditados	No	No	No	-	No	No
	Solicitud de ubicación en SdO / SdT	No	No	No	-	No	No (únicamente bajas)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Solicitud de ubicación distante	No	No	No	-	No	No (únicamente bajas)
	Visita-replanteo para reubicación	No	No	No	-	No	No
Entrega de señal	Alta / ampliación / baja de cámara multioperador	No	No	No	-	No	No utilizado
	Alta / ampliación / baja de capacidad portadora	No	No	No	-	No	No
	Alta / baja de infraestructuras de interconexión	No	No	No	-	No	No
	Alta / ampliación / baja de enlaces radio	No	No	No	-	No	No utilizado
	Visita-replanteo para enlaces radio	No	No	No	-	No	No utilizado
Gestión del espectro	Reubicación de pares	Desde 19/04/2004	-	Sí	-	No	Sí

Tabla 2: Servicios de acceso a la información

Tipo	Subtipo	GRUPALIA (25/06/04)	ALBURA (24/06/04)	COLT (25/06/04)	TISCALI (28/06/04)	UNI2 (5/07/04)	COMUNITEL (12/07/04)
Servicios de provisión de información	Bases de datos de edificios y repartidores	No	No utilizado	No existe	No utilizado	No	No figuran todos los datos
	Bases de datos de unidades básicas	No	No utilizado	No existe	No utilizado	No	No
	Bases de datos de pares	No	No utilizado	Se puede ver en SCRABA	No utilizado	No, en SCRABA	A través de SCRABA
	Bases de datos de demarcaciones y centrales para acceso indirecto	No	No utilizado	Se puede ver en SCRABA	No utilizado	No	Sí
	Caracterización del par	No	No utilizado	Sí	No utilizado	No	-

Tabla 3: Gestión de incidencias



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tipo	Subtipo	GRUPALIA (25/06/04)	ALBURA (24/06/04)	COLT (25/06/04)	TISCALI (28/06/04)	UNI2 (5/07/04)	COMUNITEL (12/07/04)
Incidencias de provisión	Apertura	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	Sí	-
	Seguimiento	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	No	-
Incidencias por averías	Apertura	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	Sí	-
	Seguimiento	No utilizado	Sí	Sí	Desde 2002	No	-

Alegaba TESAU en su escrito presentado en fecha 3 de diciembre de 2004, en el seno del expediente de información previa RO 2003/1737, que las contestaciones a dicho cuestionario no pueden tomarse como referencia para imputar a TESAU infracción alguna, ya que existen muchas contradicciones en dichas respuestas.

Sin embargo, lo que sí es evidente es que TESAU señala que los procedimientos de la OBA están disponibles, con la excepción de los procedimientos de ubicación y entrega de señal, que se prestan a través de un buzón de correo electrónico.

En lo que respecta a los procedimientos relativos al servicio de ubicación, la OBA de abril de 2002 permitía que las solicitudes para la ubicación de equipos se hicieran por correo electrónico (apartado 2.15.1 de la OBA, página 2-20), no siendo así para el procedimiento de solicitud de visitas y accesos programados por personal no acreditado previamente (apartado 2.14.1 de la OBA, página 2-18) ni para el procedimiento de visita-replanteo para coubicación (apartado 2.16.1 de la OBA, página 2-31), que tenían que hacerse a través del SGO. Por tanto, queda acreditado el incumplimiento por TESAU del plazo establecido en la OBA aprobada en fecha 29 de abril de 2002, en relación con estos dos procedimientos, desde enero de 2003 hasta diciembre de 2004.

En relación con los procedimientos de los servicios de entrega de señal (o, en lo sucesivo, "ES"), los apartados 3.3 (página 3-6), para la ES en cámara multioperador, apartado 3.6.1 (página 3-13), para la ES mediante capacidad portadora, 3.8.1 (página 3-22), para la ES mediante utilización de Pdl, 3.11.1 (página 3-35), para la ES mediante enlace radio, y 3.10.1 (página 3-32), para el procedimiento de visita-replanteo para enlace de radio, requieren que las solicitudes se realicen a través de SGO. Queda acreditado, en consecuencia, el incumplimiento de TESAU, a diciembre de 2004 (desde enero de 2003) del plazo establecido en la OBA aprobada el 29 de abril de 2002, en relación con el bloque de procedimientos para ES.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De otra parte, los procedimientos para solicitar y llevar a cabo el seguimiento de incidencias de provisión y de averías están disponibles en SGO, según TESAU.

Con respecto a las bases de datos de información, TESAU afirma que el acceso se instrumenta a través de la página de servicios y productos www.telefonicaonline.com, en la parte restringida de servicios OBA, afirmando en términos literales que:

- a) **“Edificios y repartidores:** Disponible de forma restringida a los operadores OBA a través de www.telefonicaonline.com. Hay 4 ficheros Excel, “que en estos momentos han sido actualizados de manera global por Telefónica de España, y que contienen la información referida, sobre callejeros de cobertura de cada central, numeraciones, dirección, espacios disponibles para coubicación, etc.
- b) **Unidades Básicas:** disponible a través de www.telefonicaonline.com (SCRABA). Todos los meses se informa a esa CMT sobre la planta. Es actualizada continuamente la información de la que sale.
- c) **Pares:** disponible a través de www.telefonicaonline.com (SCRABA), siendo actualizada continuamente la información publicada.
- d) **Demarcaciones y centrales para acceso indirecto:** disponible y actualizada todos los meses a los operadores OBA a través de www.telefonicaonline.com.”

TESAU alega que resulta paradójico que los operadores que hacen un mayor uso del sistema de consultas a SCRABA manifiesten que no existe disponibilidad de las bases de datos. A juicio de esta Comisión, precisamente aquellos operadores que necesiten más la información contenida en las bases de datos han podido comprobar las deficiencias existentes.

En relación con los anteriores aspectos y otras contestaciones de los operadores, si bien las mismas podrían constituir un indicio de las irregularidades del SGO, en particular en lo que se refiere al bloque de gestión de incidencias y a la disponibilidad de las bases de datos de información, al ser las respuestas coincidentes en gran medida, se han analizado los problemas en los que incidían los operadores en las inspecciones, siendo en esta prueba en la que se han alcanzado las conclusiones relevantes.

1.3. *Sobre las inspecciones llevadas a cabo entre los días 19 y 21 de julio de 2005.*

Durante los días 19 a 21 de julio de 2005, se llevaron a cabo actuaciones de inspección en la sede de varios operadores, en el marco del procedimiento sancionador RO 2003/1737. El objeto de las inspecciones era comprobar la disponibilidad y funcionalidad del SGO, en particular en relación con los procedimientos incluidos en el Anexo II de la Orden de inspección de 15 de julio de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2005 (documento núm. 37 del expediente RO 2003/1737), incluyendo las bases de datos de información especificadas en la OBA vigente en aquel momento (OBA aprobada por Resolución de 31 de marzo de 2004).

Por lo que importa en el presente expediente, las mismas arrojaron los siguientes resultados de relevancia, que se sistematizan por bloques de servicios:

a) *Ubicación.*

Como se hace constar en el informe emitido por la Dirección Técnica (documento número 43 del expediente) –en adelante, “DT”–, en la inspección realizada en DTI2 se comprobó que en el formulario de solicitud de espacio para ubicación, en el campo “tipo de ubicación” solamente están disponibles las opciones “distante en domicilio operador” y “física”, no existiendo la opción “distante Telefónica”, hecho que posteriormente se volvió a constatar en la inspección llevada a cabo en Jazztel.

Por otra parte, DTI2 aportó un correo electrónico remitido por TESAU en fecha 4 de enero de 2005 (Documento 15 adjunto al Acta) que explicaba el procedimiento de intercambio de información para los servicios de ubicación. TESAU adjuntaba las plantillas o formularios e indicaba las personas de contacto y el correo electrónico al que debían adjuntarse. Esto prueba que a dicha fecha (enero de 2005) las solicitudes no se estaban cursando a través de SGO, sino vía correo electrónico con una serie de formularios facilitados por TESAU.

En la OBA aprobada por Resolución de 31 de marzo de 2004, en vigor en aquel momento, se exigía que las solicitudes de ubicación se realizaran a través de SGO, desde el 30 de junio de 2004 (apartado 2.15.1 de la OBA -página 2-22).

En la inspección llevada a cabo en Jazztel se intentó hacer un alta de coubicación. Al introducir el código MIGA de una central determinada (código MIGA 2862002), el SGO da la siguiente respuesta: “no existe ese código de central”. Sin embargo, al buscar dicho código MIGA en la base de datos de edificios y repartidores que se descarga durante la inspección (documento 19 adjunto al acta), se observa que sí existe la central de referencia, lo que muestra, como la DT señala en su informe (página 13) una incoherencia entre la información de la que se nutre el SGO y la que es puesta a disposición de los operadores en las bases de datos, que en el ejemplo supone la imposibilidad de tramitar el alta del servicio.

En Jazztel, se lleva a cabo una consulta sobre el estado de planta de una central y aparecen únicamente las UNC existentes en SdT, teniéndose constancia en cambio de que existe un proyecto técnico de coubicación también para SdO (al consultar la misma central en el enlace de consulta de proyectos técnicos, se accede a la versión del proyecto técnico de dicha central de julio de 2005 y figura el proyecto de coubicación para SdO). Esto es, el estado de la planta no está correctamente actualizado, de forma que para el SGO no existe la SdO, rechazando las solicitudes de TCI sobre UNC ubicadas en SdO, aunque en la práctica estén instaladas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior prueba que no está correctamente actualizado el estado de planta, con el resultado de que el SGO rechaza sistemáticamente todas las solicitudes de TCI sobre UNC ubicadas en SdO, aunque en la práctica estén instaladas. Ello constituye una nueva muestra de la incorrección y falta de actualización de la información en la que se basa el SGO para procesar las solicitudes.

- *Procedimiento de visitas y accesos programados.*

En la inspección llevada a cabo en Uni2 (cuya acta figura como Documento núm. 38 en el expediente RO 2003/1737), se constata la inexistencia de este procedimiento en SGO y, por tanto, la continuidad de la infracción del plazo establecido en la OBA en este punto. Se ha señalado con anterioridad que la OBA de 2002 ya establecía la accesibilidad a este procedimiento desde el SGO (apartado 2.14.1 de la OBA, página 2-18), siendo ello reiterado en la OBA aprobada por la Resolución de 31 de marzo de 2004 (apartado 2.14.1, página 2-20) y en el propio texto de la Resolución (página 115).

b) Tendido de cable interno (TCI).

Tal como se señala en el informe de la DT, en la inspección llevada a cabo en DT12 se realizó una consulta de altas de TCI entre dos fechas determinadas (de 21 de mayo a 18 de julio 2005), advirtiendo el SGO que el resultado se devolvería en forma de consulta diferida. Accedida la consulta diferida "Tendidos de cable hasta 16-07-2005", se aprecia que sólo contiene 19 registros. Parece desprenderse que el SGO no comprueba el número de registros que va a generar la consulta a la hora de determinar si debe devolverse el resultado de forma diferida, y, según lo estipulado en el apartado A.9.3 del Anexo 1 de la OBA, no debería existir ninguna consulta diferida con menos de 200 registros (es decir, estas consultas tendrían que resolverse en el acto).

En la inspección efectuada en Jazztel se observaron ciertas deficiencias en cuanto a la actualización del estado de las solicitudes de TCI. En particular, se constató que una determinada solicitud estaba "en gestión", cuando a Jazztel se le había notificado vía correo electrónico (de 5 de julio de 2005, muy anterior a la consulta) que ya estaba entregada.

Adicionalmente, se pudo observar que no es posible la consulta del estado de las solicitudes de este servicio a través de la introducción del número administrativo, al no contenerse este campo en el formulario de consulta. El apartado 1.5.1.3 de la OBA señala que las solicitudes pendientes se tienen que poder consultar a través del número administrativo de la solicitud. El cumplimiento de esta previsión es relevante para los operadores que acceden a SGO porque es el número administrativo de la solicitud el que identifica inequívocamente el servicio y el que TESAU pide y tiene en cuenta cuando atiende solicitudes o consultas por teléfono, no siendo posible hacer un seguimiento fiable de las solicitudes.

c) Tendido de cable externo (TCE).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la inspección realizada en DTI2, se perciben ciertas deficiencias en el procedimiento de TCE. El SGO parece no tramitar las solicitudes de TCE si no hay ubicación en parcela de TESAU. Se realizó una solicitud de TCE, introduciéndose en el campo “lugar de conexión del cableado” la referencia “local operador”, lo que significa que se trata de una solicitud de TCE para equipos ubicados en dependencias del operador, no en parcela de TESAU. El SGO denegó la solicitud por “no existencia de solicitud de ubicación distante”, siendo tal rechazo improcedente, toda vez que el TCE se había solicitado para equipos ubicados en dependencias del operador. Posteriormente, en la inspección llevada a cabo en Uni2, se comprueba que para poder solicitar este servicio para equipos situados en dependencias del operador, debe introducirse un código especial en el campo “referencia de ubicación” contenido en el formulario de solicitud.

Como concluye la DT en su informe, el procedimiento de TCE debería estar contenido en SGO de un modo más claro, diferenciando los campos “datos en ubicación distante en parcela de Telefónica” y los correspondientes a los “datos de la ubicación distante en dependencias del Operador”, conforme exige la OBA (página 1-42), a fin de que esté perfectamente determinado el tipo de ubicación distante para el que se solicita el TCE, y no a través de un código específico que no se prevé en la OBA y sobre el que no se tiene constancia de que todos los operadores lo conozcan. Esta falta de claridad en el formulario de la solicitud de TCE deriva en dificultades en la tramitación de las solicitudes para los operadores, según se ha comprobado, ya que en caso de no conocer este código, sus solicitudes de TCE son rechazadas de forma automática.

d) Prolongación de par.

En la inspección realizada en Uni2, se lleva a cabo una consulta sobre una solicitud de alta de prolongación del par en acceso compartido. El SGO ofrece el resultado de la consulta efectuada, observándose que la solicitud está rechazada por “Datos erróneos en la solicitud”, figurando, en el campo “Observaciones del último cambio de estado”, la expresión “Bucle pertenece a Central 2910018” (Documento 37 adjunto al acta). Se rechaza la solicitud por pertenecer el bucle a una central distinta de la indicada en la solicitud.

Sin embargo, al acceder al enlace OBA “Descarga ficheros OBA” (el contenido de los ficheros se muestra en el Documento 39), y entrando en el fichero descargado “c_abtas (06-05).zip”, que contiene la información de rangos de numeración de centrales abiertas a junio de 2005 (parece corresponder a la base de datos de las centrales donde se ofrece acceso indirecto), se comprueba que el bucle figura asociado a la central que se indicó en la solicitud anterior, según consta en el Documento 40. Queda demostrado que las bases de datos que nutren al SGO no son las mismas o no coinciden exactamente con las que alimentan los servicios de información de la OBA, es decir, no se encuentran sincronizadas, con los problemas que ello causa en la tramitación de solicitudes, que se pueden rechazar por causas no procedentes, suponiendo ello retrasos innecesarios en la provisión de los servicios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En Jazztel, se inspecciona la función de consulta diferida de solicitudes. Por un correo electrónico remitido por TESAU (documento 31 adjunto al Acta), se informa a Jazztel de que el sistema sólo permite tener un máximo de diez consultas diferidas activas por operador y hay que esperar a que se retire alguna del SGO en el plazo de una semana (y no se pueden retirar manualmente, de forma que hace falta esperar una semana para hacer consultas diferidas adicionales). En la OBA no se contienen estas limitaciones, se trata de un límite impuesto por TESAU que reduce así la función de consulta de solicitudes a los operadores autorizados.

En Jazztel, se comprueba el procedimiento de basculación de par. Se hace una consulta sobre una solicitud, señalando el SGO que el número administrativo al que corresponde la solicitud “no corresponde con un par desagregado instalado”. Sin embargo, se consulta dicho par y el SGO ofrece el resultado reflejado en el Documento 38 adjunto al acta, donde puede comprobarse que la solicitud de prolongación está finalizada y corresponde al número administrativo anteriormente obtenido.

Por último, se comprueba un rechazo de solicitud de cambio de modalidad de indirecto a compartido por la causa “bucle pertenece a la central A” (la solicitud se había hecho con central “B”). Una nueva solicitud sobre el mismo bucle, efectuada cuatro días después del primer rechazo, introduciendo esta vez la central A es rechazada esta vez por la causa “bucle pertenece a central B”. Del análisis del fichero que contiene la información sobre rangos de numeración GigADSL, se desprende que el bucle figura como perteneciente a la central B. Nuevamente quedan constatadas las incoherencias en la información que utiliza el SGO.

Adicionalmente, al igual que en el supuesto anterior de TCI, se observa que no es posible consultar el estado de las solicitudes mediante su número administrativo.

Por otra parte, en las inspecciones llevadas a cabo en DTI2 y Uni2 se pudo comprobar que no existía un procedimiento específico para migraciones masivas. DTI2 manifestó que existe un denominado “procedimiento de contingencia”, comunicado por TESAU a los operadores con fecha 29 de septiembre de 2004 vía correo electrónico. Analizado el contenido de este correo electrónico, donde se explica el procedimiento que deben seguir los operadores para solicitar el procedimiento de migraciones masivas, se comprueba que se trata de un procedimiento bastante farragoso: se deben cumplimentar N solicitudes individuales, introduciendo en el campo fax de cada una de ellas un código específico. El procedimiento de migraciones masivas fue establecido mediante Resolución de 28 de julio de 2004 (expediente DT 2004/543), en el que se instó a TESAU a implementarlo en un plazo de dos meses desde la notificación de dicha resolución. No se tiene en consideración tal procedimiento en el presente expediente, al ser establecido en un expediente distinto, pero se advierte a TESAU de que debe ofrecer implementar dicho procedimiento en el SGO.

e) *GigADSL.*

En Uni2, se llevan a cabo dos consultas de altas de pPAI en una determinada provincia, central y tipo de PAI, a través de la función de Provisión de Puerto en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Punto de Acceso Indirecto. Se comprueba como una solicitud fue rechazada por causa "Demarcación o Central de interconexión incorrecta" y, a continuación, como una segunda solicitud con los mismos datos fue aceptada en abril de 2005, según consta en el Documento 31 del Acta. Lo anterior representa una incorrección de cierta información utilizada por SGO para la tramitación de las solicitudes de los diferentes servicios.

De otra parte, se observa que no es posible consultar el estado de las solicitudes mediante su número administrativo.

f) Entrega de señal.

En las inspecciones llevadas a cabo en DT12, Uni2 y Jazztel se pone de manifiesto que siguen sin estar disponibles en SGO los procedimientos asociados a este servicio, siendo ello un incumplimiento del plazo previsto en la OBA aprobada por la Resolución de 29 de abril de 2002, tal como se analizó en el apartado 1.2 anterior de los Hechos Probados.

g) Gestión del espectro (reubicación de pares).

En DT12, se comprueba que no figura en el formulario de alta en el servicio de reubicación de pares el campo "par en servicio (sí/no)" y sólo es posible identificarlo mediante el número administrativo (y no por teléfono o dirección postal). Lo anterior implica que sólo es posible solicitar la reubicación de par si el operador autorizado es titular de ese bucle o tiene aceptada la solicitud de prolongación del mismo, con el consiguiente retraso en la provisión del servicio. La OBA establece que este servicio se puede solicitar también cuando el operador solicitante de la reubicación no presta todavía servicios sobre el bucle (apartado 6.6.3 de la OBA) y, por tanto, ambas solicitudes deberían poder cursarse en paralelo.

h) Servicios de acceso a la información.

Tal como se ha señalado en el informe de la DT (página 1 y siguientes), en las inspecciones realizadas se pudo constatar que las bases de datos no siguen el modelo de ventanilla única hallándose la información dispersa y accesible a través de diferentes rutas de acceso y encontrándose mezclada con otra información que no guarda relación con los servicios de acceso a la información de la OBA.

Por otra parte, la información se encuentra distribuida en multitud de ficheros (en concreto, se constató como la base de datos de edificios y repartidores estaba conformada por 23 ficheros) que en muchas ocasiones son de difícil identificación y en muchos de ellos ni siquiera figura la fecha de última actualización. Todo lo anterior, además de no ajustarse a lo previsto en la OBA, evidentemente supone numerosas dificultades a los operadores alternativos a la hora de obtener la información que precisan, ello sin perjuicio de que la información contenida en los archivos disponibles es deficiente en muchos aspectos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el informe de la DT se enumeran los ficheros encontrados que contienen la información que debe estar disponible en la **base de datos de edificios y repartidores**. Se constatan las siguientes deficiencias:

- *“No está disponible la información relativa a espacio disponible en SdT y/o SdO, ni el estado de acondicionamiento de las mismas, ni el espacio disponible en parcela de TESAU, con las consiguientes dificultades a la hora de tener una información adecuada y completa del estado de las centrales en cuanto a espacio disponible para coubicación y ubicación distante en parcela de TESAU.*
- *No se indica si el edificio es permanentemente atendido o no, con las consiguientes implicaciones, pues los operadores autorizados precisan de este dato para conocer el precio de los accesos, y los requerimientos de dicho acceso.*
- *No hay ninguna información sobre las áreas de cableados en curso de instalación.*
- *No se proporciona información sobre el área atendida por los repartidores en formato tratable por sistemas de información geográfica, solamente se ofrece en formato texto, en consecuencia los operadores autorizados se ven obligados a invertir un esfuerzo extra de recursos y tiempo en su tratamiento.*
- *La fecha de actualización de los ficheros que contienen los datos de área atendida por el repartidor es inexistente, incumpliendo así lo estipulado en la OBA, que dice que TESAU deberá informar de la fecha de actualización a través de su ventanilla única.*
- *La fecha de actualización de los ficheros que contienen información topológica de los bucles es de 2001, lo cual resulta inaceptable.”*

En relación con la **base de datos de pares de cobre individuales**, se observan en DTI2 diversas deficiencias en la información que suministra el sistema, en concreto, tanto si se efectúa la consulta por número de teléfono como por domicilio, el SGO no ofrece los siguientes datos (obligatorios según el apartado 4.5 de la OBA): datos relativos a la unidad básica del par, par equipado con PTR, TR1, splitter o bucle vacante, par caracterizado para algún operador (indicando fecha y operador). Por otra parte, aunque figura el campo “calibre” para cada tramo, la base de datos devolvió este campo en blanco en ambas consultas. Tampoco en las inspecciones que se realizaron en las sedes de Uni2 y Jazztel se obtuvo este dato en las consultas a esta base de datos, con lo cual se puede concluir que difícilmente se trata de un error puntual, sino que este dato no esta disponible de forma generalizada.

En cuanto a la **base de datos de unidades básicas**, se pudo constatar que no estaba en el SGO en las inspecciones realizadas en DTI2 y Jazztel.

En las inspecciones llevadas a cabo en Uni2 y Jazztel, se descargaron los ficheros con los datos que supuestamente contienen la información de la **base de datos de demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto y lista de PAIs** (en la página web desde donde se descarga dicho fichero, en ningún punto se detalla qué tipo de información contiene, debiendo deducirse en base a los datos que contiene). Vuelve a comprobarse que no se sigue el formato de las bases aprobado en la OBA y que resulta extremadamente difícil identificar la información disponible. Por otra parte, en el fichero solamente constan los datos de código MIGA, nombre de la central, demarcación, provincia y rangos de numeración, obviando la opción de tecnología contemplada, tal y como requiere la OBA (apartado 4.6 de la OBA).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente, en la inspección realizada en Uni2 se constató la incoherencia entre la anterior información y la que TESAU utiliza para sus propios servicios minoristas. En concreto, se buscó un número de teléfono de abonado en el citado fichero, encontrándose que según esa información dicho número supuestamente no tenía cobertura GigADSL, y seguidamente se introdujo el mismo número de teléfono en la página web comercial de TESAU, obteniendo de esta última consulta la demarcación y los datos de cobertura ADSL del teléfono.

i) Gestión de incidencias.

Tras realizar varias gestiones sobre una incidencia determinada, se observa que el SGO no arroja información fidedigna sobre el número de reactivaciones de dicha incidencia. Así, el SGO informa de que ha habido una reactivación (Documento 38 del Anexo II) y DTI2 aporta las grabaciones de las pantallas de distintas reactivaciones, lo que queda probado en la medida en que aparecen distintas causas y respuestas de los operadores en los campos correspondientes y distintas fechas de solución de la misma (que hacen referencia a la fecha de franqueo). Por otro lado, tras llevar a cabo un rechazo del franqueo de la citada incidencia en el acto de la inspección, al hacer una consulta de la misma, sigue apareciendo una reactivación (Documentos 42 y 43), no recogiendo por tanto el SGO la anterior reactivación. En definitiva, el SGO no recogía el número de reactivaciones para las incidencias, lo que dificulta el seguimiento de las mismas por parte de los operadores.

2. Conflicto de acceso planteado por Dragonet Comunicaciones, S.L.U. frente a TESAU en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/928).

Con fecha 20 de mayo de 2004, Dragonet Comunicaciones S.L.U. (en adelante, "Dragonet") solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por la falta de provisión de determinados servicios en la OBA (servicio de coubicación, alta de pPAI, servicio de entrega de señal).

Adicionalmente a otros extremos, Dragonet solicitó en su escrito de 26 de octubre de 2004 que se obligase a TESAU a incluir en el SGO la totalidad de los servicios, en particular, los servicios de coubicación y sus servicios asociados. A tal respecto, en la tramitación del conflicto TESAU señalaba, en el escrito presentado en fecha 22 de junio de 2004, por el que se contestaba al requerimiento formulado por esta Comisión, que:

- Hasta la fecha, todos los operadores contratantes de los servicios de coubicación y de entrega de señal realizaban sus peticiones por correo electrónico, no contestando a la pregunta de si estaban disponibles vía web.
- En relación con el procedimiento de solicitud de tarjetas de acceso a centrales vía SGO, si bien formalmente era posible realizarla, habitualmente este tipo de solicitudes se realizaban vía fax.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ya se ha analizado con anterioridad, en los apartados 1.2 y 1.3, como ninguno de los procedimientos relativos a ES estaban incluidos en SGO a julio de 2005. El procedimiento de solicitud de visita-replanteo para coubicación estaba recogido en la OBA aprobada por Resolución de 29 de abril de 2002, en el apartado 2.16. En cuanto a los procedimientos de atención de solicitudes de espacio, los mismos tenían que estar disponibles a través de SGO a partir de 30 de junio de 2004, tal como prevé la OBA aprobada por Resolución de 31 de marzo de 2004.

En la Resolución recaída en este conflicto, en fecha 11 de noviembre de 2004, se recuerda a TESAU la obligación de incluir en SGO los procedimientos de servicios de acceso al bucle que faltaban:

“En relación con el Sistema de Gestión de Operadores, mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2004, se instó a TELEFÓNICA a modificar su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, sustituyéndola por el texto anexo a la referida Resolución.

La Oferta que, en consecuencia, se vio modificada (abril 2002) contemplaba la implementación de una interfaz mediante sistema web vía internet que supondría el canal de comunicación para la gestión de las solicitudes de servicios OBA. Nos referimos al denominado SGO (Sistema de Gestión de Operadores). Dicho sistema, según el Resuelve tercero de la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002, debería haber estado disponible para pruebas en un plazo de seis meses y de forma definitiva en un plazo máximo de ocho meses desde la aprobación de la referida Resolución.”

Como se señalaba en aquella Resolución, el incumplimiento sistemático de una determinada condición de la OBA puede suponer que dicha condición se pueda llegar a considerar “no efectivamente implementada”, con el consiguiente incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, en cuanto obligó a TESAU a disponer de una OBA en unas condiciones específicas, no cumplidas por su mera publicación.

3. Conflicto de acceso planteado por DTI2 frente a TESAU, en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/1009).

Con fecha 31 de mayo de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2, por el que solicitaba la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el posible incumplimiento de la OBA de TESAU, en relación con varios servicios. Entre otros aspectos, DTI2 señalaba, en su escrito de alegaciones presentado en fecha 6 de julio de 2004, que, en el SGO no existía la funcionalidad de contratación de los servicios de coubicación ni de las solicitudes de visitas a las centrales de TESAU.

Se ha acreditado con anterioridad que tales procedimientos no estaban disponibles en julio de 2004, que el procedimiento de visitas a centrales tenía que estar implantado en SGO desde enero de 2003 y los procedimientos de atención de solicitudes de ubicación, desde 30 de junio de 2004.

4. Conflicto de acceso entre World Wide Web Ibercom, S.L. y TESAU, por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2004/1367).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 10 de agosto de 2004, tuvo entrada en la Comisión escrito de World Wide Web Ibercom, S. L. (en adelante, "Ibercom"), por el que plantea conflicto de acceso contra TESAU por un posible incumplimiento de su OBA. Entre otros aspectos, Ibercom denunciaba el incumplimiento por TESAU de la Resolución de modificación de la OBA al no dar acceso a Ibercom al sistema Web de ventanilla única.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, TESAU indicó que había cumplido con sus obligaciones en cuanto al sistema Web porque permitió el acceso a Ibercom el 19 de noviembre de 2004, cuando Ibercom había manifestado, mediante un escrito recibido en TESAU con fecha 28 de abril de 2004, que aceptaba la OBA vigente en su integridad y que, por ello, estaba interesado en firmar los contratos tipo incluidos en la OBA.

En la Resolución recaída en dicho conflicto en fecha 30 de diciembre de 2004, se señaló que:

"Por definición, esta actuación [modificación de su perfil de usuario para habilitarle como operador autorizado en acceso desagregado] no puede superar el plazo máximo definido para la obtención por parte de los operadores solicitantes del primer código de usuario y la contraseña asociada para acceder al sistema Web (cinco días). Es decir, desde el día 5 de mayo de 2004, transcurridos los cinco días desde la petición por parte de Ibercom del usuario y contraseña, Ibercom tendría que haber tenido acceso a todas las funcionalidades del sistema Web de ventanilla única definido en la OBA. Sin embargo, según afirman tanto TESAU como Ibercom, hasta el 19 de noviembre de 2004 no se habilitó a Ibercom para solicitar servicios de acceso desagregado mediante el sistema Web (SGO), esto es, siete meses después de la petición de Ibercom, cuando el plazo máximo es de 5 días."

En definitiva, queda acreditada una infracción de la OBA (apartado 1.5.1) en relación con la obligación de dar el acceso al SGO en el plazo de cinco días, tardando en este supuesto un período de siete meses.

5. Conflicto de acceso al bucle de abonado entre Jazztel y TESAU, en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de coubicación de la OBA (DT 2005/811).

Con fecha 25 de mayo de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso frente a TESAU en relación con el incumplimiento en la provisión por parte de TESAU de 510 solicitudes de coubicación.

De las actuaciones de este procedimiento se desprende claramente, una vez más y hasta marzo de 2005, el incumplimiento por parte de TESAU de la obligación de tener implantado en el SGO el procedimiento de solicitud del servicio de coubicación.

Como se señala en la Resolución del conflicto citado, de 2 de febrero de 2006, "a la vista de la documentación aportada al expediente, resulta claro que no constan en el sistema SGO los datos de las solicitudes de coubicación anteriores a una determinada fecha (que puede situarse en marzo de 2005, según se desprende de la información que obra en el expediente). En efecto, TESAU viene a reconocer que no está utilizando la herramienta SGO definida en la OBA para este servicio, puesto que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aporta voluminosa documentación acreditativa de las comunicaciones mantenidas exclusivamente a través de correo electrónico. Parece claro que ello supone un incumplimiento de lo establecido en la OBA en el apartado relativo al modelo de procedimientos administrativos (apartado 1.5.1)."

De forma que al no realizarse la contratación del servicio por SGO y no volcar TESAU a SGO la información relativa a solicitudes cursadas por otros medios, se incrementan las dificultades de seguimiento de las mismas para los operadores.

En efecto, TESAU señala, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, que *"ha habido un cambio en el sistema de provisión del servicio de cobricación. Desde Marzo 05 se solicita el servicio a través de una nueva aplicación en el SGO"* (página 4 del escrito). Así, TESAU únicamente aporta impresiones del SGO de solicitudes e incidencias ocurridos a partir de marzo de 2005 (página 8 y documento número 10 adjunto a su escrito de alegaciones). En tal escrito, TESAU señalaba que, *"respecto a las solicitudes referidas en el informe que no han entrado en fase de ejecución, que son difíciles de identificar "al ser anteriores al SGO y no constar el número de solicitud (...)"* (página 11 de su escrito).

Por último, la Resolución recaída en el presente conflicto señaló que *"en cualquier caso, parece evidente que si TESAU cumple de ahora en adelante con lo especificado en la OBA velando por que el SGO contenga información actualizada sobre el estado real de las solicitudes, JAZZTEL estará en condiciones de comprobar periódicamente en el SGO la situación de las solicitudes que considera pendientes. En tal sentido, cabe recordar que en resolución de 9 de junio de 2005 ya se instaba a TESAU "a garantizar que su sistema Web para los servicios de acceso al bucle suministre información veraz y debidamente actualizada que muestre de forma inmediata la situación real de una determinada solicitud."*

6. Conflicto de acceso entre Jazztel y TESAU, en relación con la modalidad de cámara multioperador del servicio de entrega de señal de la OBA (DT 2005/992).

Con fecha 23 de junio de 2005, Jazztel planteó conflicto de acceso frente a TESAU, por considerar que se estaban produciendo incumplimientos de los plazos de entrega del servicio de ES en la modalidad de cámara multioperador. Recayó resolución en fecha 16 de febrero de 2006.

Como se acreditó a lo largo de la instrucción del expediente citado, TESAU seguía sin tener implantado en SGO (en febrero de 2006) el procedimiento de solicitud del servicio de ES mediante cámara multioperador, al sustanciarse todas las comunicaciones entre los operadores a través de correo electrónico. Una consecuencia de tal situación es que no podía seguirse y conocerse a través de SGO la evolución de las solicitudes relativas a este servicio, por lo que, cómo se señalaba en la Resolución, existían discrepancias entre los datos aportados por las entidades en conflicto.

La citada Resolución añadía y recordaba en su Resuelve Primero, una vez más:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El uso de esta herramienta [SGO] clarificaría la confusión relativa a la fecha de comunicación del fin de las obras, evitando la interposición de estos conflictos. En consecuencia, se considera oportuno instar a TESAU para que disponga la mencionada herramienta en el plazo de 1 mes contado a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución (incluyendo periodo de pruebas).”

7. **Conflicto de acceso entre Grupalia y TESAU, en relación con las visitas a edificios del servicio de ubicación de la OBA (DT 2005/1193).**

Con fecha 3 de agosto de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Grupalia por el que planteaba conflicto de acceso contra TESAU por considerar que se estaban produciendo incumplimientos en el procedimiento de visitas a centrales, en las que se le ha rechazado previamente la ubicación por falta de espacio.

Tal como se señala en la Resolución recaída en el citado conflicto, los operadores autorizados pueden visitar los emplazamientos en los que se haya rechazado la ubicación por motivos de falta de espacio. Esta solicitud de visita se tramita vía Web con una antelación de 2 días hábiles a la fecha prevista y el acceso se realiza en régimen de acompañamiento. Se aplica a estos supuestos el mismo procedimiento que a los accesos no urgentes por personal no acreditado previamente, procedimiento señalado en el apartado 2.14 de la OBA.

Como se señaló en la mencionada resolución (recaída en fecha 27 de abril de 2006), a abril de 2006, TESAU todavía no había introducido el procedimiento de visitas a centrales en SGO, lo que supone un incumplimiento del plazo establecido en la Resolución de 29 de abril de 2002. Así, en el Fundamento Sexto de dicha Resolución se escribe:

“Además se debe tener en cuenta que Tesau todavía no ha implementado el procedimiento de visitas vía la herramienta web definida en la OBA (SGO), tal y como se deduce tanto del proceso de interacciones vía correo electrónico seguido por Grupalia a la hora de solicitar las visitas como de la documentación aportada por dicha entidad en su primer escrito. (...) La ausencia de la implementación vía web de las comunicaciones entre operadores relacionadas con el servicio de visitas objeto del presente expediente, debe destacarse que supone un incumplimiento de la OBA por parte de Tesau.

(...) Además, se considera oportuno instar a TESAU para que implemente el procedimiento de visitas en la mencionada herramienta en el plazo de 1 mes contado a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución (incluyendo periodo de pruebas).”

8. **Conflicto de acceso al bucle de abonado de Telefónica planteado por Jazztel en relación con la solicitud de ubicación en la central de Guadalajara/Infantado. (RO 2005/1449).**

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señalaba TESAU en el escrito de alegaciones formulado en el marco del anterior conflicto, con entrada en el Registro de esta Comisión el 4 de noviembre de 2005, que, con fecha 28 de febrero de 2005 se comunicó a todos los operadores que se iba a implantar, en fecha 4 de marzo de 2005, el servicio de coubicación de la OBA en el SGO, y que a partir del día 28 de febrero se automatizarían las fases de respuesta de operadores (página 2 del escrito de alegaciones). TESAU adjuntaba copia del correo electrónico remitido a los operadores, como Anexo 1.

Con tal declaración se comprueba nuevamente el incumplimiento por TESAU de su obligación de tener disponible en SGO el procedimiento de atención de solicitudes de espacio (ubicación) en el plazo señalado por la Resolución de 31 de marzo de 2004 (a partir de 30 de junio de 2004), hasta marzo de 2005.

9. Conflicto de acceso entre Jazztel y TESAU, en relación con el envío del proyecto específico y costes para ubicación distante en parcela de TESAU de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/1686).

Con fecha 1 de diciembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel por el que planteaba conflicto frente a TESAU, por considerar que se estaban produciendo incumplimientos de la OBA en relación con determinados procedimientos del servicio de ubicación distante en parcela de TESAU.

Tal como queda probado en el procedimiento, TESAU no había introducido, a fecha de tramitación del expediente, que finaliza el 8 de junio de 2006, el procedimiento del servicio de ubicación distante en parcela de TESAU, constituyendo ello un incumplimiento de la Resolución de 31 de marzo de 2004. Ello se desprende del intercambio de correos electrónicos adjuntos al escrito presentado por Jazztel, por el que daba inicio al presente conflicto (TESAU lo indicaba en un correo electrónico de 23 de junio de 2005 -Anexo 1 adjunto al escrito inicial de Jazztel-) y de las alegaciones de TESAU que señala en el procedimiento que era imposible incorporar dicho procedimiento al SGO, por no haber un procedimiento específico para dicho servicio.

Sin embargo, como se señaló en la Resolución del expediente analizado, el apartado 2.15.1 de la OBA indicaba que en el formulario para la tramitación de solicitudes de asignación de espacio se podrá especificar, entre otros campos, el tipo de ubicación (coubicación, distante Telefónica, o distante Operador). Asimismo, el apartado 2.15.15 de la OBA señalaba que *“se aplicarán los principios de los procedimientos establecidos para coubicación en SdO, (...)”*.

10. Conflicto de acceso entre Comunitel y TESAU, en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado por falta de espacio (DT 2006/208).

Con fecha 13 de febrero de 2006, Comunitel planteó conflicto de acceso frente a TESAU, por considerar que esta última rechazaba de forma injustificada, alegando falta de espacio, solicitudes del servicio de coubicación de la OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se comprobó en la tramitación del procedimiento analizado, el procedimiento para la realización de visitas por parte de los operadores autorizados había sido acordado entre TESAU y Comunitel, quedando al margen del SGO. La Resolución recaída en dicho conflicto, en fecha 27 de julio de 2006, señalaba:

“ Sobre el procedimiento mediante SGO

El medio de contacto para solicitar las visitas no ha sido el sistema web SGO definido en la OBA a tal efecto sino el contacto comercial de Telefónica. En el informe de Audiencia se indicó que de este hecho se podría inferir que no se ha implementado el procedimiento de visitas vía SGO definido en la OBA. (...) Además, otros operadores han denunciado la deficiente implementación en SGO del procedimiento de visitas.

(...) Telefónica manifiesta que tiene previsto implantar esta funcionalidad en el SGO durante el mes de julio. En cuanto a la implementación del procedimiento de solicitud de visitas a través de SGO, la propia Telefónica reconoce que no está implementado todavía.” [Fundamento de Derecho Octavo de la Resolución]

Como se señalaba asimismo en aquella resolución, el apartado 2.13.4 de la OBA es claro cuando afirma que *“las visitas de edificios (entendidas según la definición dada) se solicitarán siguiendo el mismo procedimiento que los accesos no urgentes por personal no acreditado previamente, (...)”*, esto es, vía SGO.

En consecuencia, en virtud de dicha Resolución, queda acreditado el incumplimiento de la OBA de 2002, en julio de 2006, por no tener incluido en el SGO el procedimiento de visitas a centrales. Por dicha Resolución, se volvía a instar a TESAU a que pusiese en marcha el mismo en el plazo de un mes.

11. Conflicto de acceso entre FTE y TESAU, en relación con el SGO de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (DT 2006/103).

Mediante escrito de 28 de diciembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión solicitud de FTE, por el que planteó conflicto de acceso contra TESAU, por considerar que el SGO presentaba graves deficiencias.

En el Resuelve de la Resolución recaída en el seno de este conflicto, en fecha 14 de septiembre de 2006, se instó a TESAU a subsanar las siguientes deficiencias puestas de manifiesto en la tramitación del expediente:

- 1º.** *Instar a TESAU a implementar en el SGO el **servicio de reubicación de pares para la modalidad de acceso desagregado compartido**, del modo especificado en el apartado 6.6.3 de la OBA.*
- 2º.** *Instar a TESAU a **subsanar las deficiencias** en la implementación en SGO del procedimiento de solicitud de **“Instalación de splitter de abonado”** en las modalidades de acceso indirecto (apartado 1.5.12 de la OBA) y acceso desagregado compartido (apartado 1.5.4.4 de la OBA) que provocan problemas y retrasos en la provisión del servicio, de forma que sea plenamente operativo para ambas modalidades y que cumpla lo especificado en la OBA.*
- 3º.** *Instar a TESAU a completar la implantación en SGO de todos los **procedimientos no disponibles asociados al servicio de ubicación de la***



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OBA en SGO, y a subsanar las deficiencias en los ya existentes. En concreto, TESAU deberá implementar por completo los procedimientos de “accesos por personal no acreditado previamente” (apartado 2.14 de la OBA) y “visita-replanteo para coubicación” (apartado 2.16 de la OBA), y subsanar las deficiencias que ocasionan falta de transparencia en los procedimientos de solicitud de ubicación distante y coubicación, atendiendo a lo estipulado en el apartado 1.5.1.3 de la OBA relativo a la verificación del estado de las solicitudes de servicios de provisión.

- 4º. Instar a TESAU a completar la implantación en SGO de todos los **procedimientos asociados al servicio de entrega de señal** de la OBA:
 - Alta, ampliación y baja de entrega de señal mediante cámara multioperador, según lo especificado en el apartado 3.3 de la OBA.
 - Alta, ampliación y baja de entrega de señal mediante capacidad portadora, según lo especificado en el apartado 3.6 de la OBA.
 - Alta, ampliación y baja de entrega de señal mediante utilización de infraestructuras de interconexión (o PdIs), según lo especificado en el apartado 3.8 de la OBA.
 - Alta, ampliación y baja de entrega de señal mediante enlace de radio (según el apartado 3.11 de la OBA) y Visita-Replanteo para enlace de radio (según el apartado 3.10 de la OBA).
- 5º. Instar a TESAU a **implementar la base de datos de unidades básicas** e incluir toda la información relativa a éstas en la base de datos de pares de cobre individuales, según lo estipulado en los apartados 4.4 y 4.5 de la OBA.
- 6º. Instar a TESAU a **completar y actualizar la base de datos de edificios y repartidores**, de modo que figuren en ella todos los elementos de información indicados en el apartado 4.3 de la OBA y estructurarla en un único archivo, tal y como se especifica en el mismo apartado. En particular, se ha constatado en el presente procedimiento que en esta base de datos no figuran los siguientes elementos: Edificio permanentemente atendido o no atendido, mapas geográficos de cobertura de la central y número de pares vacantes. Cuando TESAU realice actualizaciones o correcciones de la base de datos debe informar a los operadores, a través de la ventanilla única, de dichas actuaciones y de la fecha en que se van a producir.
- 7º. Instar a TESAU a **corregir y actualizar la base de datos de demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto y lista de PAIs**, a fin de que proporcione, de forma actualizada y correcta, la información especificada en el apartado 4.6 de la OBA.
- 8º. Instar a TESAU a **subsanar las deficiencias en el sistema de gestión de incidencias**, de forma que sea posible un completo y adecuado seguimiento y control a través de la interfaz web (sin perjuicio de que TESAU deba además proporcionar un seguimiento mediante correo electrónico de las incidencias), según lo especificado en el apartado 1.6.6 de la OBA, relativo al seguimiento de incidencias.
- 9º. Instar a TESAU a **eliminar todas las incoherencias existentes entre el SGO, las bases de datos de los servicios de información de la OBA y los distintos sistemas internos de TESAU**, a fin de evitar los rechazos injustificados de solicitudes, y que los operadores autorizados dispongan de una información actualizada y veraz, e idéntica a la que TESAU utiliza internamente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 10°. *Instar a TESAU a **corregir los defectos del procedimiento de validación de solicitudes**, de forma que el número de pasaporte sea aceptado como identificador de abonado válido, tal y como recoge la OBA en su apartado 1.5.4.4, poniendo fin así a este tipo de rechazo impropio de solicitudes.*
- 11°. *Instar a TESAU a **solventar las deficiencias en SGO** que provocan la **pérdida de la mensajería** asociada a solicitudes de provisión de servicios OBA y la **imposibilidad de realizar un adecuado seguimiento de las solicitudes mediante la interfaz web**, tal y como establece el apartado 1.5.1.3 de la OBA (relativo a la comprobación del estado de solicitudes de provisión de servicios), independientemente de que TESAU facilite dicha funcionalidad vía correo electrónico.*
- 12°. *Instar a TESAU a **subsana las deficiencias en el procedimiento de volcado de incidencias desde SGO a sus sistemas internos**, a fin de que TESAU curse con diligencia las acciones que le correspondan para solventar las incidencias.*
- 13°. *Instar a TESAU a **tomar las medidas precisas a fin de cumplir con los niveles de servicio del SGO** requeridos en punto A.9 del Anexo I de la OBA, en cuanto a disponibilidad del sistema y velocidad de respuesta. El incumplimiento de estos niveles de servicio provoca rechazos masivos de solicitudes, una deficiente tramitación de las incidencias e impedimentos en el proceso de solicitud de provisión de servicios, tal y como ha quedado constatado a lo largo del presente procedimiento.”*

Procede incidir sobre los siguientes incumplimientos:

- a) FTE denunciaba en su escrito de 28 de diciembre de 2005 que el procedimiento del servicio de reubicación de pares no estaba disponible en SGO para la modalidad de acceso desagregado compartido. TESAU alegaba que la OBA no contemplaba la obligación de proporcionar dicho servicio.

Como se señala en la Resolución, en ningún punto de la OBA aplicable se señalaba que el servicio de reubicación de pares no fuera obligatorio para la modalidad de acceso desagregado compartido y debía estar disponible a través de SGO. En definitiva, queda acreditado el incumplimiento del apartado 6.6.3 de la OBA, en su versión aprobada por la Resolución de 31 de marzo de 2004, en relación con el procedimiento de reubicación de pares, a septiembre de 2006.

- b) En relación con el servicio de instalación de splitter de abonado, los datos proporcionados por FTE en aquel conflicto parecen indicar que efectivamente se han producido muchos problemas y retrasos en la provisión de este servicio, tanto en la modalidad de acceso indirecto como en la de acceso compartido, en algún momento debido a una incorrecta implementación del mismo en SGO, problemas que deberían ya haber sido solventados por TESAU. El hecho de que TESAU solicite en los correos electrónicos el envío de la información en fichero Excel supone un indicio de que no se puede hacer por SGO.
- c) En la tramitación del procedimiento, TESAU reconoce que los procedimientos de “visitas y accesos programados no acreditados previamente” y de “visita-replanteo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para coubicación” siguen sin funcionar en SGO, al señalar en su escrito de alegaciones (páginas 6 y 7) presentado en fecha 27 de febrero de 2006 en el Registro de esta Comisión, que la solicitud de tales procedimientos se instrumenta a través de correo electrónico. Por tanto, en septiembre de 2006 seguía incumpléndose la OBA de 2002 en relación con estos dos procedimientos.

- d) TESAU señala, en su escrito de alegaciones presentado en fecha 27 de febrero de 2006, que la solicitud de todos los servicios de entrega de señal -mediante cámara multioperador, capacidad portadora, infraestructuras de interconexión, enlaces radio; y la visita-replanteo para enlaces radio-, se hacía a través del buzón BUCLE, esto es, a través de correo electrónico. Queda constatada la continuidad en la infracción del plazo establecido en la Resolución de 29 de abril de 2002 en relación con este bloque de servicios, a septiembre de 2006.
- e) En lo que atañe a los servicios de acceso a la información, en el conflicto analizado se comprobaron los siguientes extremos:
- Con respecto a la base de datos de unidades básicas, seguía sin publicarse en fuente alguna de TESAU a la fecha de resolución del conflicto citado (14 de septiembre de 2006). Que los parámetros relativos a las unidades básicas no estaban publicados en la OBA es un aspecto sobradamente reconocido por TESAU.
 - La información sobre edificios y repartidores se proporcionaba a los operadores en varios ficheros Excel y no en una sola base de datos. Tal como señala TESAU en su escrito de alegaciones presentado en fecha 27 de febrero de 2006, tales ficheros deben descargarse por los operadores en la página <https://www.telefonicaonline.es/operadores>.

En el apartado 4.3 de la OBA 2002 y de la OBA 2004 se indica que la base de datos de edificios y repartidores debe estar unificada en un único archivo MS-Access o texto CSV (valores separados por comas) para facilitar su tratamiento automatizado, e integrada en el SGO, y no en varios ficheros y distribuida en diferentes sistemas.

El apartado 6º del Resuelve anteriormente transcrito reproduce la información que faltaba de la base de datos.

- f) Parecen existir demasiados problemas con la implementación del sistema de gestión de incidencias y el volcado al SGO de las incidencias y solicitudes cursadas por otros medios alternativos. FTE denunciaba que la información volcada al SGO era mínima, impidiendo tener un control y seguimiento de las incidencias cursadas. TESAU, sin embargo, afirma que sí es posible realizar el seguimiento vía web y que era responsabilidad de FTE no haber facilitado sus direcciones de correo electrónico para la configuración de la funcionalidad de seguimiento de las incidencias mediante notificaciones vía mail.

Se producen problemas con la recepción de la mensajería asociada a las solicitudes en determinadas fechas especificadas en la Resolución (página 13) y TESAU justifica algunas de las mismas por “problemas de espacio físico en la base



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de datos” y en otros supuestos, se producen problemas con el volcado de la información de incidencias desde el SGO a los sistemas internos de TESAU, según TESAU, por problemas puntuales de lentitud.

Se recuerdan a TESAU en el procedimiento de referencia las obligaciones que tiene de proporcionar una calidad mínima en lo que atañe a la disponibilidad y velocidad de respuesta del SGO. Según el Anexo I.9, apartado 1 (“Niveles de servicio del sistema web”) de la OBA, la disponibilidad mínima del sistema web ha de ser del 99,75%. Asimismo, el apartado 1.6.6 de la OBA señala que el seguimiento y control de las incidencias debe poder ser efectuado desde el SGO, y el estado de las solicitudes debe poder ser asimismo consultado vía SGO (apartado 1.5.1.3 de la OBA).

La OBA 2002 ya señalaba, en su página 57, que “*sin perjuicio de la interfaz empleada en el envío de la solicitud, ha de indicarse que una vez recibida deberá ser incorporada al sistema informático que será único, y por tanto será posible emplear la interfaz web para realizar cualquier otra operación (modificación, consulta, gestión de incidencias, etc)*”. La falta del volcado de incidencias o solicitudes realizadas por otros sistemas es un incumplimiento.

Con respecto a la gestión de incidencias, en la Resolución de 31 de marzo de 2004 se señalaba:

“La necesidad de disponer de información actualizada y completa de las incidencias es, para todos los operadores implicados, uno de los pilares que permiten ofrecer un servicio de calidad, equiparable al que puede prestar TESAU a sus clientes. Gracias a la herramienta web, tanto esta información como el seguimiento estricto del procedimiento y las interacciones entre operadores se producirán correctamente, evitando los posibles problemas que pueden surgir si no existiese un registro de todas las actuaciones de los operadores.”

- g) El procedimiento de Alta/baja/migración de pPAI en GigADSL presenta continuas y prolongadas indisponibilidades, lo que obliga a usar el correo electrónico. TESAU alegaba que tales indisponibilidades del sistema se han podido deber a errores puntuales y que, en cualquier caso, se han podido solventar estos inconvenientes haciendo uso del sistema alternativo de correo electrónico dando así TESAU cumplimiento a sus obligaciones.

La OBA exige que el SGO esté disponible con los niveles mínimos de disponibilidad especificados en la misma. La disponibilidad mínima del sistema web ha de ser del 99,75%, según el Anexo A.9, apartado 1, de la OBA.

SEGUNDO: Que Telefónica de España, S.A. ha mejorado el estado del SGO recientemente, como se desprende de las últimas inspecciones realizadas, si bien aun persisten irregularidades.

El anterior hecho se desprende de las inspecciones realizadas durante los días 9 a 12 de enero de 2007 en la sede de varios operadores, con el mismo objeto que las anteriormente realizadas (en julio de 2005).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La conclusión alcanzada en el informe de la DT sobre tales inspecciones es que *“se ha mejorado el sistema en diversos aspectos, principalmente introduciéndose funcionalidades que no estaban disponibles anteriormente, y subsanando y completando diversos aspectos de otras que sí existían, pero el SGO y sus bases de datos siguen presentando diversas deficiencias, en ocasiones de carácter muy grave, tal y como se ha puesto de relieve en el presente informe”*.

Por lo que interesa en el presente expediente, en dichas inspecciones se han comprobado los siguientes extremos de relevancia:

a) *Ubicación.*

De las inspecciones realizadas en Jazztel se constata que el procedimiento de ubicación distante sigue sin ser efectivamente implantado como tal en el SGO. Así, una vez solicitado el acceso al formulario de ubicación distante, no se pudo acceder al mismo. Seguidamente, en la misma inspección se intentaron consultar dos códigos de solicitud de ubicación distante, que le fueron facilitados por TESAU vía correo electrónico, no existiendo datos en SGO para dichas solicitudes, obteniéndose los mensajes de “la consulta no tiene datos”.

De estos hechos se desprende que no se pueden tramitar ni hacer un seguimiento de solicitudes de ubicación distante anteriores.

En lo que respecta a las solicitudes de alta del servicio de coubicación, en la inspección de FTE esta entidad manifestó que no se han volcado al SGO las solicitudes que se tramitaron por medios alternativos anteriormente a la inclusión del procedimiento en el SGO, hecho éste reconocido por TESAU. La OBA recoge la obligación para TESAU de mantener durante un período de dos meses la información asociada a procedimientos ya concluidos (página 1-35 de la OBA de 2004), con lo que lo anterior sería un incumplimiento con respecto a los servicios contratados en los dos meses anteriores a la consulta, aspecto que en este caso no se ha podido comprobar.

Como se hace constar en el informe de la DT (página 13), en la inspección de FTE se expuso que no se podía ver el proceso exacto de la tramitación de solicitudes, pues el SGO no reflejaba en sus plazos la aprobación del proyecto técnico. Al analizar una consulta de solicitud de coubicación, se comprueba que no figura el trámite de la presentación u ofrecimiento del proyecto técnico para su confirmación por el operador alternativo, lo cual muestra una falta de fiabilidad en el seguimiento de las solicitudes de coubicación.

- *Procedimiento de visitas y accesos.*

Constatada en las inspecciones de 2005 la inexistencia de este procedimiento en SGO infringiendo la OBA en este punto, en las inspecciones a T-ONLINE y FTE se puso de manifiesto que existían en SGO, en enero de 2007, los formularios para la solicitud de tales servicios, manifestando ambos operadores que hasta la fecha se venían solicitando estos procedimientos vía correo electrónico. En la inspección se han



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puesto de manifiesto discrepancias en cuanto a la fecha de comunicación y a la comunicación misma de la disponibilidad de este procedimiento por SGO.

Analizado el formulario de solicitud de alta de visita/acceso no urgente, se constata que falta el campo "Código de referencia", obligatorio según la OBA. Efectuada una consulta de una solicitud de visita realizada el 15 de diciembre de 2006, el SGO da el resultado "la consulta no contiene datos" (documento 6 del Acta de FTE).

Al igual que ocurría en relación con las altas de coubicación, ha de señalarse que según se establece en el apartado 1.5.1.9 de la OBA 2004 (página 1-38), "sin perjuicio de la interfaz empleada en el envío de la solicitud, una vez recibida se incorporará al sistema informático (que será único) y, por tanto, será posible emplear la interfaz web para realizar cualquier otra operación (modificación, consulta, gestión de incidencias, etc)". Dicho lo anterior, parece que TESAU no ha procedido a volcar todas las solicitudes en el SGO o no las mantiene, incumpliendo por tanto con lo establecido al respecto en el texto de la OBA.

b) *Tendido de cable interno (TCI).*

En cuanto a este servicio, cabe destacar que en la inspección llevada a cabo en ONO tras efectuarse una consulta de alta, se constató que el formulario para este tipo de consultas sigue sin permitir efectuar la misma mediante el número administrativo, según estipula la OBA, como ya ocurrió en las inspecciones del año 2005, pudiéndose confirmar por tanto que al respecto no se ha realizado ninguna mejora por parte de TESAU.

c) *Tendido de cable externo (TCE).*

Como se señala en el informe de DT y se desprende de la inspección realizada en ONO, tras realizar una solicitud de alta de este servicio, se constató que el formulario de solicitud de alta de TCE está estructurado de forma similar a como estaba en las inspecciones realizadas en julio de 2005, es decir, sigue sin existir la posibilidad de forma clara de indicar si la solicitud es para ubicación distante en parcela de TESAU o bien en dependencias de operador. Como se desprende de la inspección, sigue haciéndose necesaria la diferenciación mediante el campo "referencia de ubicación", pues al intentar introducirse una solicitud con dicho campo a "005", se rechazó la misma por "no existencia de solicitud de ubicación distante".

También se constató que siguen sin poder efectuarse consultas de solicitudes mediante número administrativo.

d) *Prolongación de par.*

En la inspección llevada a cabo en Jazztel, se consulta una solicitud de alta de prolongación de par y se aprecia que la misma había sido anulada por TESAU por causa "imposible coordinación trabajos repartidor", y en observaciones se indicaba "domicilio no normalizado. Indicar num, planta y puerta o tf fijo instalado en dom."



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Seguidamente, se consultó otra solicitud que aparecía como finalizada en el sistema. Analizados los datos de esta solicitud, son idénticos a la anterior que fue anulada, con la salvedad de que en lugar de indicar “bajo” en el número de planta, se indica “local”.

Del supuesto anterior y de otros analizados se desprende que están produciéndose problemas en la tramitación de las solicitudes por motivos asociados a la metodología que utiliza TESAU para la introducción de las direcciones postales en sus bases de datos, no encontrándose las mismas sincronizadas ni actualizadas suponiendo retrasos innecesarios en la provisión de servicios solicitados por los operadores alternativos.

De la misma manera que en 2005, en todas las consultas realizadas de estado de solicitudes que se efectuaron se constató que continúa sin estar disponible la facilidad de consulta por número administrativo.

Por otro lado, cabe resaltar que en la inspección llevada a cabo en FTE, una vez realizadas varias consultas de solicitud de prolongación de par en acceso compartido, se observó la pérdida de mensajería, en los casos de solicitud de traspaso por un tercer operador, no recibiendo mensaje alguno de anulación o fin de traspaso ni por correo electrónico ni por SGO. El problema del anterior aspecto es relevante, pues el operador no puede dar de baja a un abonado mientras no se le comunique que se han finalizado los trabajos de traspaso hacia otro operador, con las consiguientes reclamaciones de clientes y la problemática que previsiblemente esta pérdida de mensajería ocasiona a los operadores alternativos que no disponen de una información completa y actualizada de la situación de sus clientes.

En lo relativo al procedimiento de las migraciones masivas, en la inspección realizada en ONO se solicitó acceder a dicha funcionalidad, reconociendo TESAU, como se refleja en el Acta de inspección, que no está disponible dicho procedimiento. Esto lleva a confirmar que se sigue utilizando el mismo procedimiento de contingencia que TESAU notificó a los operadores en septiembre de 2004, lo que supone que se sigue incumpliendo la Resolución de 28 de julio de 2004 (expediente DT 2004/543), en la que se concedía a TESAU un plazo de 2 meses para implementarlo.

e) GigADSL.

En ONO se realizó una consulta de solicitudes de alta de conexión en acceso indirecto entre las fechas de 17 a 31 de diciembre de 2006, devolviendo el sistema un resultado de 177 registros. Tanto ONO como TESAU mostraron su acuerdo en relación a que *“si se realiza una consulta delimitándose por dos fechas separadas más de quince días se pasaría al modo consulta diferida”*.

Ello viene a demostrar que el SGO no verifica el número de registros que va a generar una consulta a la hora de determinar si debe hacerse en diferido o no, tal y como ya se constató en las inspecciones de julio de 2005 y en contra de lo estipulado en el apartado A.9.3 del Anexo 1 de la OBA.

En FTE, se solicitó una consulta de solicitud de alta de pPAI, constatándose que entre las opciones que ofrecía el formulario de consulta, no estaba contemplado el número



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo, hecho éste recalcado expresamente por FTE, que manifestó que este número “es el que identifica el servicio solicitado” y “que en la interlocución con el ATC de Telefónica se les solicita el número administrativo para identificar un servicio y debería en consecuencia poder hacerse consultas en SGO con este mismo criterio de selección para la búsqueda”. La carencia de esta funcionalidad prevista en la OBA causa dificultades a los operadores para efectuar una adecuada gestión, consulta y seguimiento de sus solicitudes de provisión de servicios OBA.

En esta misma inspección también se realizaron dos consultas de solicitudes de alta de conexión en acceso indirecto, introduciendo como parámetro en el formulario el número de teléfono. En ambos casos se devolvió, como resultado, los datos de dos solicitudes para cada número de teléfono: la primera rechazada con causa “línea sin servicio telefónico”, y la segunda tramitada, con una diferencia de unos días entre ambas. Estos hechos son otro indicativo más de la incorrección de la información que maneja el SGO, y la consecuencia es, obviamente, un retraso innecesario en la provisión de los servicios a los operadores.

f) *Entrega de señal.*

Realizadas las inspecciones sobre este servicio en ONO, FTE y Jazztel y teniendo en cuenta que en las inspecciones de 2005 no se encontraba el mismo implementado, cabe señalar que desde fechas recientes (según FTE, se le comunicó por parte de TESAU el 27 de octubre de 2006) los procedimientos asociados a la entrega de señal se encuentran disponibles en SGO.

También resulta de importancia destacar que no es posible consultar solicitudes de entrega de señal en ninguna de sus modalidades a través del número administrativo.

Cabe destacar las siguientes deficiencias detectadas dependiendo del modelo de entrega de señal de que se trate:

- En cuanto al procedimiento de alta de entrega de señal mediante infraestructura de interconexión, incorporando la señal en equipos y medios de transmisión en servicio de un Pdl con capacidad disponible, no se permite seleccionar la opción de interfaz óptico a 622 Mbps, contemplada en el apartado 3.7.3 de la OBA 2004. Además, se detectó por otra parte que son solicitados una serie de datos relativos a direcciones postales como obligatorios que no lo son según la OBA.
- En cuanto al procedimiento de entrega de señal mediante cámara multioperador, se observa que en el formulario al que se accede en el SGO se añaden campos obligatorios como son “tipo de sala” y “número de sala” que en el modelo de formulario de la OBA no se exigen para este servicio. No obstante, no se ha comprobado como utiliza TESAU estos dos datos y si realmente los requiere de forma obligatoria.

También cabe reseñar la imposibilidad de solicitar una ampliación de entrega de señal a través del número administrativo de una solicitud de alta anterior sino que hay que efectuar una nueva alta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En cuanto al alta de entrega de señal mediante capacidad portadora, analizado el formulario de referencia de este servicio en la inspección llevada a cabo en JAZZTEL, se observa que faltan ciertos datos que se consideran obligatorios como son “código de referencia”, “código miga de la central”, ciertos datos de identificación del operador solicitante (código de operador y dirección postal) y en “datos del servicio de conexión”, los de dirección postal del punto de presencia del operador y capacidad requerida.

g) Gestión del espectro (reubicación de pares).

De forma semejante a como ocurría en 2005, se comprueba que en el formulario de alta de dicho servicio sólo se puede identificar el par mediante el número administrativo, lo que supone que sólo es posible solicitar la reubicación de par si el operador autorizado es titular del bucle o tiene aceptada la solicitud de prolongación del mismo.

En la inspección en Jazztel una vez consultadas diversas solicitudes de alta de reubicación de pares, en una de ellas se vuelve a observar que ciertos campos que corresponden a medidas sobre el par contienen el valor “000”, como ya se observó en las inspecciones de julio de 2005. En otra se observa la pérdida de mensajería, pues no figura el mensaje con los datos de las tres opciones de pares, por lo que no es posible continuar con la tramitación.

Analizado el formulario al cual se accedió en la inspección en FTE y comparándolo con el apartado 6.6.3.1 de la OBA, se observa alguna deficiencia en cuanto a los campos del formulario: se aprecia que no se presenta el campo “código de referencia”, y en cuanto a la identificación del operador solicitante, faltan los campos de “código de operador” y “dirección postal”, y falta la indicación de si el par está en servicio o no como exige la OBA, es decir, sigue ocurriendo, como en las inspecciones de 2005, que el único medio de identificación del par es el número administrativo.

i) Servicios de acceso a la información.

En las inspecciones llevadas a cabo en enero de 2007, se observan numerosas deficiencias que ya se manifestaron en las inspecciones de 2005 y alguna mejora respecto de las mismas. En particular, teniendo en cuenta el informe de la DT al respecto, procede señalar lo siguiente:

De la inspección en ONO se desprende que, una vez solicitado el acceso a las bases de datos de información no hay en ningún modo una correspondencia con la estructura de bases de datos que establece la OBA. En particular, para acceder a la base de datos de edificios y repartidores, es preciso hacerlo a través de un enlace denominado “Área geográfica de servicio de las centrales”, donde se encuentran una serie de ficheros en los que teóricamente está contenida la información relativa a la base de datos de edificios y repartidores, ficheros que se describen en el informe de la DT.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De forma similar a como se constató en las inspecciones de julio de 2005, sigue sin existir un fichero único que contenga toda la información a fin de facilitarse su tratamiento automatizado, y además los ficheros discrepan entre sí en cuanto a la lista de centrales sobre las que ofrecen información.

Ciertamente, aunque TESAU ha incorporado determinada información que anteriormente no estaba disponible en esta base de datos, ésta no ha evolucionado mucho en cuanto a su organización y la facilidad de tratamiento de la información contenida en la misma, de hecho los ficheros están estructurados de forma idéntica a los obtenidos en las inspecciones de julio de 2005. TESAU sigue poniendo a disposición de los operadores alternativos una información dispersa en forma de multitud de ficheros (en concreto **22 ficheros**), que son difíciles de identificar y manejar, y en los que en muchos casos ni siquiera consta la fecha de actualización, en lugar de una única base de datos homogénea y estructurada según se indica en la OBA, de forma que sea tratable de forma automatizada. Lo anterior constituye una importante traba para los operadores alternativos a la hora de obtener y manejar una información necesaria en el ámbito de los servicios de acceso al bucle.

Es destacable también que ciertos ficheros no se han actualizado desde hace tiempo, en concreto, aquéllos que contienen la información sobre rangos de numeración, pares ocupados y características topológicas de los pares (“apendxx”) son de fecha de 2001, con lo cual los datos que proporcionan han quedado obsoletos.

El archivo “Rangos_numeracion(2006-12-26)”, sí tiene una fecha de actualización reciente, aunque sólo contiene información de rangos de numeración y códigos MIGA de las centrales a las que está asociado cada rango. Son destacables dos aspectos:

- El archivo contiene muchos más códigos MIGA que el resto de ficheros (en concreto unos 2000 códigos MIGA más). Es decir, existen códigos MIGA de los cuales se pueden obtener sus rangos de numeración, pero que no es posible localizar en el archivo “Centrales_OBA_(08-01-07)”, ni en “apend31(31-05-01)”, “apend32(06-04-01)”, “apend61(31-05-01)”, “apend62(06-04-01)”. Consultados varios de estos códigos MIGA en los ficheros que contienen la información sobre acceso indirecto (ficheros obtenidos en la inspección a FTE), tampoco ha sido posible localizarlos. Es decir, existen centrales con rangos de numeración asociados y que no figuran en ninguna base de datos publicada por TESAU, con lo que sólo puede concluirse que los ficheros anteriores están incompletos.
- Los rangos de numeración presentes en los cuatro ficheros “apendxx” son distintos a los del fichero “Rangos_numeracion (2006-12-26)”, lo cual es previsible teniendo en cuenta las fechas de actualización, es decir, se proporciona una información duplicada e incoherente.

En cuanto a la información contenida en todos los ficheros relacionados, de su análisis y comparación con la información que se obtuvo en las inspecciones de julio de 2005, se concluye que cierta información ahora sí está disponible, como es el espacio disponible, diferenciando entre las SdT/SdO de cada central y el espacio en parcela (que se incluye en concreto en el fichero “Centrales_OBA_(08-01-07)”), pero el resto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de carencias constatadas en dichas inspecciones siguen presentes en la información contenida en los ficheros obtenidos en las inspecciones de enero de 2007.

Por otro lado, en la inspección realizada en la sede de T-ONLINE también se solicitó el acceso a la base de datos de edificios y repartidores, y el personal de T-ONLINE accedió a dicha base de datos también a través de SGO, pero no mediante el enlace “Área geográfica de centrales” como hizo el personal de ONO, sino que accedió mediante un enlace distinto a una herramienta denominada “Servicios de Acceso a la Información” (SEAI). **De aquí se desprende que existen dos vías para obtener la información que en teoría constituye la base de datos de edificios y repartidores, y el resultado que se obtiene no es idéntico en todos los casos.** Por ejemplo, en el citado SEAI existe una opción denominada “Consulta de salas en edificios de central”, en la que se consultó un determinado código MIGA, sin obtener dato alguno relativo a dicho código. Consultado el mismo código MIGA en el fichero “Centrales_OBA_(08-01-07)” se tiene que, aunque no hay sala OBA, existe SdT en proyecto y al menos figuran los datos de nombre de central y provincia, la dirección postal y el tipo de edificio y punto de acceso. En otras dos consultas que se realizan por ambas vías sí que coincide dicha información. Esto es, la información que se obtiene por ambos métodos es distinta en algún caso, lo cual constituye una nueva prueba de la incoherencia de la información facilitada por TESAU.

Comparando con lo detectado en las inspecciones de 2005, **sigue sin estar disponible el dato de pares vacantes por central, sólo el de pares ocupados.** Por tanto, según lo manifestado por T-ONLINE, para conocer el total de bucles susceptibles de ser desagregados en una central, se ven obligados a sumar los pares contenidos en cada uno de los rangos de numeración disponibles en el fichero “apend61(31-5).xls”, que como ya se ha mencionado anteriormente está actualizado a fecha de mayo 2001. Restando a esta cifra el número de pares ocupados, se obtienen los pares vacantes en una central. Existe una opción en la denominada aplicación SEAI de “consulta de ocupados y vacantes de una central”. Mediante un ejemplo, y tras el posterior análisis del fichero “apend61(31-5).xls”, y realización del citado cálculo, se observan notables discrepancias, constituyendo esto una prueba más de la dificultad del tratamiento de la información y de las incoherencias existentes en la misma.

En la inspección de T-ONLINE también se comprobó la funcionalidad de la base de datos de pares de cobre individuales, que está también accesible desde la herramienta SEAI. Se observan algunas mejoras en esta base de datos con respecto a las inspecciones de julio 2005:

- Está disponible una “consulta de teléfonos caracterizados”, que devuelve la fecha de caracterización y el operador que la solicitó, aunque dicha información debiera ser devuelta a través de la misma consulta individual sobre un par.
- Existe información referente a la unidad básica del bucle, en concreto se detalla el tipo de unidad básica a la que pertenece y el tipo de cable.

No obstante, sigue sin aportarse la información relativa a si el par está equipado con PTR, TR1, splitter o es un bucle vacante, y tampoco se ha obtenido dato alguno sobre el calibre del par en ninguna de las consultas realizadas en esta inspección, ni en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizada en las dependencias de FTE, donde también se comprobó esta base de datos. Por otra parte, se han constatado en algún caso discrepancias entre los datos obtenidos en la consulta de un número de teléfono y los datos obtenidos en la consulta del domicilio a que corresponde dicho número de teléfono, cuando, lógicamente, la información ofrecida por la base de datos debería ser siempre idéntica en ambos casos. En concreto, consultando un determinado número de teléfono se obtuvo información sobre la longitud, así como el número de grupo, par y caja, y en cambio, consultando el domicilio a que pertenece dicho par no se obtuvo esta información.

En la inspección efectuada en la sede de FTE se pudieron constatar, mediante ejemplos, incoherencias entre la información que utiliza SGO y las bases de datos de los servicios de información de la OBA, en concreto los ficheros que supuestamente contienen la información relativa a demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto, lo cual da lugar a rechazos injustificados de solicitudes.

En cuanto a la base de datos de unidades básicas, que también fue accedida en la inspección de FTE, la misma parecía estar en fase de desarrollo. En cualquier caso no se puede asegurar en base a los datos disponibles en las actas de la inspección si se ha notificado a los operadores la disponibilidad, total o parcial, de esta funcionalidad.

TESAU manifestó en las propias inspecciones que como tal base de datos no existe todavía, estando en desarrollo debiendo tenerse en cuenta que el plazo de implementación aún no ha expirado. En cuanto a dicha manifestación de TESAÚ, procede señalar que el plazo otorgado por esa Comisión en el marco del expediente DT 2006/103 es un plazo para subsanar todas las deficiencias constatadas en el SGO en cuanto a la base de datos de unidades básicas, tras su confirmación de que no está implementada a fecha de la resolución del conflicto en cuestión, pero se debe tener en cuenta que **dicha base de datos debía existir desde noviembre de 2002, puesto que ya se exigía en el texto de la OBA 2002**.

En cuanto a su adecuación a lo estipulado por la OBA, debe destacarse que no es posible realizar consultas individuales por par ni generales por repartidor en esta base de datos, como señala la OBA, como se pudo constatar en las inspecciones realizadas en FTE y T-ONLINE. Por otra parte, la información que ofrece esta base de datos es incompleta, pues no se incluye el dato del número de pares activos con tecnología vdsI.

j) Gestión de incidencias.

Procede señalar que es posible realizar consultas de solicitudes de incidencias activas y consultas de incidencias cerradas mediante el código MIGA, según se ha podido comprobar en las inspecciones en FTE y T-ONLINE, posibilidad que no estaba disponible anteriormente, según lo observado en las inspecciones de julio de 2005.

Por otro lado, la información obtenida de las incidencias consultadas sigue teniendo deficiencias como se desprendía de las inspecciones realizadas en 2005. Así, según se ha podido constatar en la inspección realizada en Jazztel, consultada una incidencia, aunque la misma hubiera tenido varias reactivaciones, y así se indique en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el campo “número de reactivaciones”, sólo es posible acceder a la información del último franqueo.

Así, en las consultas no se puede realizar un seguimiento adecuado de la evolución de la incidencia. TESAU reconoce en las inspecciones que en la información que se incluye en la consulta de incidencias cerradas “*no se reflejan los cambios de estado que se han podido producir en la vida de la incidencia*”, esto es, el histórico no es completo, no reflejándose la evolución de las incidencias, tal y como establece la OBA.

De otra parte, resulta de importancia destacar, como resultó de la inspección de FTE, que en situaciones de indisponibilidad del sistema de gestión de incidencias, los operadores autorizados se ven obligados a realizar la gestión de las incidencias telefónicamente con TESAU, y posteriormente la información no es volcada en SGO, hecho este reconocido por TESAU. Lo anterior también fue constatado en la inspección realizada en Jazztel, constituyendo una importante dificultad en cuanto al seguimiento de las incidencias por parte de los operadores autorizados, pues se pierde la posibilidad de gestionar y consultar mediante SGO todas aquellas abiertas a través de otros medios, debiendo hacerse vía telefónica.

La OBA (apartado 1.6.3) señala que las solicitudes que hayan alcanzado el estado de “cerradas” se incorporarán al día siguiente de ser cerradas a la base de datos “histórica” del SGO, las cuales podrán también ser consultadas en cualquier momento. Así, cualquier operador debe poder realizar el seguimiento o consultar en el histórico las incidencias en las que haya sido operador iniciador, responsable o afectado, hecho que como se desprende de las inspecciones realizadas todavía no es posible.

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 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 por 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral.

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Fundamentos de Derecho, apartado I.4), el expediente se inició contra TESAU, por haber presuntamente incumplido los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la OBA publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001, así como por el incumplimiento de los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, asimismo sobre la modificación de la OBA de TESAU. Así, en la Resolución de incoación (*Valoración de las actuaciones practicadas*) se señalaba:

“De las comprobaciones llevadas a cabo por esta Comisión, se considera que, con carácter previo, es posible concluir lo siguiente:

- *Que TESAU podría haber incumplido el apartado segundo de la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001, relativo a las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado.*
- *Que TESAU podría haber incumplido el apartado tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001, relativo a la interfaz mediante sistema web vía Internet.*
- *Que TESAU podría haber incumplido el primer y segundo apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA, en relación con la implementación en el SGO de los procedimientos administrativos aprobados.”*

Así, en el Acuerdo de incoación se concluía:

“Pues bien, en lo que se refiere a la valoración de las actuaciones previas llevadas a cabo con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un procedimiento sancionador por incumplimiento de las citadas resoluciones, esta Comisión estima que existen indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que, de las actuaciones realizadas se desprende que TESAU no disponía, en las fechas en que se llevaron a cabo las comprobaciones, de las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado referidas en la OBA ni de la interfaz mediante sistema web vía Internet en los términos establecidos en las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 y 29 de julio de 2003 y que no habían implementado en el SGO, en la citada fecha, los procedimientos administrativos de la OBA en los términos establecidos en la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004.”

II.1. *Sobre las Resoluciones por cuya infracción se ha incoado el presente expediente.*

Parece oportuno describir brevemente las previsiones, relativas al SGO y a los servicios de acceso a la información, contenidas en las Resoluciones por cuya infracción se ha incoado el presente expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter previo, ha de destacarse que las Resoluciones incumplidas se dictaron al amparo del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, derogado actualmente. Su artículo 11.1 disponía:

“1. Los operadores dominantes deberán disponer y publicar de manera que sea fácilmente accesible al resto de operadores, preferiblemente por internet, una oferta de acceso al bucle de abonado actualizada, que describa las condiciones técnicas y económicas de los distintos elementos que la componen, de forma suficientemente desglosada, e incluyendo información suficiente para que los operadores autorizados puedan formalizar acuerdos para el acceso al bucle de abonado. La oferta deberá contener, como mínimo, la información relativa a los apartados que figuran como anexo de este Reglamento.”

Entre otros, el Anexo de este Reglamento establecía, como contenido mínimo que la OBA tenía que contener, los elementos de la red en los que se ofertaba el acceso desagregado, el emplazamiento, número y disponibilidad de bucles, rango de numeración geográfica y área de servicio correspondiente a cada punto o elemento en el que se oferta el acceso y su fecha de disponibilidad, información relevante sobre los parámetros relevantes de los bucles o la información sobre los lugares en los que se podía proporcionar acceso desagregado al bucle de abonado.

En los Hechos Probados se han analizado los distintos aspectos que suponen un incumplimiento de las previsiones contenidas en la OBA en relación con el SGO, resumiéndose a continuación el sentido general de tales previsiones.

a) *Previsiones en relación con la disponibilidad de los procedimientos administrativos en SGO.*

En primer término, la Resolución de 29 de abril de 2002 (expediente MTZ 2001/4038) señalaba, en su apartado 3º, lo siguiente:

“3º. Los procedimientos administrativos de la OBA y sus plazos entrarán en vigor a partir del 1 de junio de 2002, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Se utilizará un interfaz provisional que no podrá retirarse hasta transcurridos al menos 3 meses desde la finalización de las pruebas de la interfaz mediante sistema web vía Internet. La interfaz mediante sistema web vía Internet deberá estar disponible para pruebas, en un plazo máximo de seis meses, y de forma definitiva, en un plazo máximo de ocho meses desde la aprobación de esta resolución.”

De esta forma, los procedimientos administrativos debían estar disponibles en el SGO cuando así lo indicaba la OBA en un plazo máximo de ocho meses desde la aprobación de la Resolución, esto es, a 29 de diciembre de 2002.

En el apartado 1.5 del texto de la OBA (*“Procedimientos de Provisión de los servicios”*) se señala que *“el modelo de procedimientos administrativos entre los operadores autorizados y TESAU está basado en una solución implementada por TESAU mediante un sistema de acceso seguro a Web. La*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación Web de TESAU debe ser accesible para cada operador autorizado, mediante un navegador y usando el protocolo HTTPS. El acceso a la aplicación podrá realizarse también mediante procesos automáticos. Cuando los procedimientos incluyan comunicaciones mediante correo electrónico (como para comunicar la apertura de una incidencia), se deberán cumplir igualmente los requisitos mínimos de seguridad (encriptación, autenticación, etc)."

En la tramitación del procedimiento de modificación de la OBA que dio lugar a la Resolución de 29 de abril los operadores manifestaron quejas acerca de las deficiencias del SGO. Se afirmaba en dicha Resolución (Fundamento de Derecho II.2, página 56) que el modelo de procedimientos de la OBA debía adaptarse para adecuarse a lo establecido en la OBA, constituyendo la definición de los mismos una de las claves del éxito del acceso al bucle. Así, como se señalaba en la Resolución, la interfaz web tiene la ventaja de la interactividad, lo que motiva que sea el método más ágil posible para la tramitación y el seguimiento de las solicitudes, así como para consultas e incidencias. El propio Reglamento aprobado por Real Decreto 3456/2000, hoy derogado, optaba por la interfaz web como vía adecuada para la implementación de la OBA y sus procedimientos (artículo 11.1).

Por otra parte, aunque se pudieran utilizar otros métodos alternativos al SGO para la solicitud de servicios, se afirmaba que *"ha de indicarse que una vez recibida [la solicitud de que se trate] deberá ser incorporada al sistema informático que será único, y por tanto será posible emplear la interfaz web para realizar cualquier otra operación (modificación, consulta, gestión de incidencias, etc.)"* (página 57 de la Resolución).

Con posterioridad, en la Resolución recaída en fecha 31 de marzo de 2004 (expediente MTZ 2003/1000), se resolvió lo siguiente:

"Segundo. Esta Resolución surtirá efectos desde el día siguiente al de su notificación a Telefónica de España, S.A.U.

Sin perjuicio de lo anterior, las condiciones económicas, la definición de los servicios, y los plazos de entrega de servicios de la OBA serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución. Asimismo, los procedimientos administrativos de la OBA deberán estar implementados en el SGO a los tres meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Telefónica de España, S.A.U. deberá comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos un mes de antelación a la implementación de dichos procedimientos."

Esto es, a 30 de junio de 2004, los procedimientos administrativos definidos en la OBA debían estar disponibles en el SGO en la forma prevista en la OBA, siendo tales procedimientos en su mayoría los mismos que estaban contenidos en la Resolución de 29 de abril de 2002, como se ha analizado en Hechos Probados, por lo que en muchos supuestos resulta ser una reiteración de una obligación ya prevista en aquella Resolución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A lo largo de la tramitación de dicho procedimiento se denunciaron por los operadores alternativos algunas deficiencias y se recordaron a TESAU las obligaciones de la anterior OBA. Así, por ejemplo, TESAU reconocía que el acceso a centrales no estaba disponible en el SGO (Fundamento III.9.4, página 173). En la Resolución se recordaba por esta Comisión que el acceso a centrales, dentro del Capítulo del servicio de ubicación, debía contenerse, junto con los demás procedimientos administrativos, a través de SGO.

b) *Previsiones de las Resoluciones relativas a las bases de datos de información.*

El apartado 4 de la OBA se dedica a los “*Servicios de Acceso a la Información*”.

En el mismo se establece el principio de “*ventanilla única de acceso*” (apartado 4.1), como ya se ha analizado en los Hechos probados. De conformidad con el mismo, TESAU “*ofrecerá todos sus servicios de acceso a información a través de un punto único de acceso basado en una solución de acceso seguro a Web*”.

Así, se establece que TESAU ofrecerá el acceso a las siguientes bases de información:

- Base de datos de edificios y repartidores de pares de cobre de abonado (RPCAs): base de datos actualizada sobre todos los edificios y repartidores de pares de cobre de abonado susceptibles de acceso por otros operadores.
- Base de datos de unidades básicas: base de datos actualizada sobre todas las unidades básicas de pares de cables de cada repartidor principal, susceptibles de acceso por otros operadores.
- Base de datos de pares individuales: base de datos actualizada sobre todos los pares de cobre correspondientes a bucles de abonado activos o vacantes, por cada repartidor principal, susceptibles de acceso por otros operadores.
- Relación de demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto y lista de PAIs: información actualizada relativa a cambios o aperturas de nuevas centrales (locales o remotas) o introducción de nuevas variantes y/o modalidades de servicios de acceso indirecto junto con los rangos de numeración asociados a cada una de ellas.

Las bases de datos referidas estaban contenidas tanto en la OBA aprobada por Resolución de 29 de abril de 2002 como en la resultante de la Resolución de 31 de marzo de 2004.

La Resolución de 29 de abril de 2002 (expediente MTZ 2001/4038) señalaba, en su apartado 2º, lo siguiente, sobre dichas bases de datos:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado referidas en la OBA deberán estar disponibles antes de cuatro meses y completamente actualizadas antes de seis meses, desde la entrada en vigor de esta resolución.”

El anterior plazo de cuatro meses fue modificado por la resolución recaída en el expediente AJ 2002/6888 (recurso de reposición frente a la Resolución de 29 de abril de 2002), ampliándose a seis meses, de forma que las bases de datos de información a que se refiere la resolución debían estar disponibles y completamente actualizadas antes de seis meses a partir del día siguiente en que fue notificada la Resolución de 29 de abril de 2002 a TESAU (fecha de la entrada en vigor de la Resolución, de conformidad con su Resuelve 10º). En definitiva, desde noviembre de 2002, debían estar disponibles y actualizadas las bases de datos de información a que se refería la OBA aprobada por la Resolución de 29 de abril de 2002.

En la tramitación del procedimiento MTZ 2001/4038, se pusieron de manifiesto a esta Comisión los problemas existentes con los servicios de información. Como puede comprobarse en la Resolución de 29 de abril de 2002 (página 58), algunos operadores mostraron su preocupación por la disponibilidad real de la información relativa a los pares o por el funcionamiento de los procedimientos para el acceso a los servicios de información. TESAU alegó que el contenido que se exigía era excesivo, declarando la Comisión que,

*“(...) [no] tiene sentido argüir que “la puesta en marcha del servicio conllevaría mucho tiempo de desarrollo y elevados costes” cuando se trata de una **herramienta imprescindible para garantizar la transparencia en la aplicación de las reglas de penetración**, como la propia TESAU reconocía al definir un “servicio de provisión de información de tecnologías sobre el par” en su propuesta de modificación de la OBA remitida el 21 de diciembre de 2001.”* (página 59 de la resolución)

Con posterioridad, por Resolución de 31 de marzo de 2004 recaída en el expediente MTZ 2003/1000, se acordó lo siguiente:

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

Segundo. Esta Resolución surtirá efectos desde el día siguiente al de su notificación a Telefónica de España, S.A.U.

Sin perjuicio de lo anterior, las condiciones económicas, la definición de los servicios, y los plazos de entrega de servicios de la OBA serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución. Asimismo, los procedimientos administrativos de la OBA deberán estar implementados en el SGO a los tres meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Telefónica de España, S.A.U. deberá comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos un mes de antelación a la implementación de dichos procedimientos.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicha Resolución (Fundamentos de derecho, páginas 8 y siguientes) se manifestó lo siguiente:

- ASTEL denunciaba que estaba aumentando el número de casos en los que la tramitación de las altas se veía ralentizada por problemas en la información de las bases de datos de TESAU. Así, en la Resolución se recuerda la importancia de tales bases de datos: *“los problemas derivados de la información incorrecta o desactualizada en las bases de datos de TESAU repercutirán en el plazo de provisión del servicio pudiendo dar lugar a penalizaciones”*. Evidentemente, lo preferible es que no haya tales retrasos en la provisión de los servicios por problemas con la información suministrada. Por tal motivo, se modificó el apartado de denegación de solicitudes del modelo de procedimientos administrativos para que quedase recogido que no se pueden denegar peticiones cuando existan datos incompletos o inexactos en la base de datos de TESAU.
- Algunos operadores denunciaban deficiencias en la base de datos de pares de abonado (SCRABA, según la información proporcionada por TESAU), en la medida en que la misma *“incumple el principio de ventanilla única de acceso y no proporciona toda la información requerida en la OBA”*.
- En relación con la base de datos sobre bucles vacantes, en la Resolución se señala (páginas 13 y 14) la obligación de que TESAU provea información acerca de los bucles que TESAU está en condiciones de suministrar en una determinada ubicación, debiendo dicha información ser completa y acorde con el concepto de bucle vacante contenido en la OBA y no referirse, como pretendía TESAU, a los pares vacantes completamente instalados y con continuidad entre el PTR del domicilio del cliente y el repartidor principal de la central correspondiente.

Aun así, se señalaba en la Resolución que la obligación de disponer de la base de datos sobre pares de cobre estaba contenida en la OBA de 2002, por lo que no se introducía cambio alguno en la misma.

- Algunos operadores pusieron de manifiesto que el servicio de información de unidades básicas no estaba implementado por TESAU. Existiendo tal obligación desde la OBA 2002, no se introdujeron modificaciones en el texto de la OBA.

Llama la atención que TESAU manifestara en el procedimiento MTZ 2003/1000 que sí se estaba ofreciendo tal servicio, cuando se ha probado en distintos procedimientos e inspecciones que dicha base de datos no estaba disponible.

- ASTEL también señalaba que TESAU no disponía de la información de edificios y repartidores en un único fichero, como exige la OBA, y que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habían detectado deficiencias en relación con la información disponible. Así, alegó que se han encontrado numerosos errores en la información sobre datos.

Dado que la obligación para TESAU de disponer de una base de datos actualizada sobre todos los edificios y repartidores, debidamente estructurada en un único archivo y de cuyas actualizaciones o correcciones debía informar a los operadores ya estaba contenida en la OBA 2002, no se modificó la OBA, si bien se recordó la existencia de dicha obligación a TESAU.

- Se reiteró la obligación de TESAU (incluida en la OBA desde la primera oferta presentada el 20 de enero de 2001) de ofrecer la opción de consulta mediante fichero de la base de datos de pares de cobre.

Con carácter general, se incluyen en el texto de la OBA las mismas bases de datos de información que en la OBA aprobada por la Resolución anteriormente citada de 29 de abril de 2002, recordándose a TESAU sus obligaciones de ofrecer el acceso a las mismas desde el SGO, introduciéndose algunas modificaciones en la información que debía ser publicada².

Esta Resolución fue confirmada, en lo que respecta a los servicios de información, por la Resolución de 28 de julio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/772, por la que se resolvían los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 31 de marzo del mismo año.

- c) *Valoración de los Hechos Probados: TESAU ha incumplido las Resoluciones anteriores.*

Del análisis llevado a cabo en el presente expediente, cuyas consideraciones se han vertido en los Hechos Probados, se ha concluido que TESAU ha incumplido las obligaciones contenidas en la OBA en relación con:

- La inclusión en el SGO, a partir de 29 de diciembre de 2002, de los procedimientos administrativos de varios servicios regulados en la OBA de 2002 y de otros (o de los mismos), a partir de 30 de junio de 2004, según la Resolución de 31 de marzo de 2004.
- El ofrecimiento en el SGO, a partir de noviembre de 2002, de las bases de datos de información incluidas en la OBA por Resolución de 29 de

² En relación con los edificios atendidos o no atendidos, se modifica la OBA en el sentido de añadir en el punto referido a "Edificio permanentemente atendido (sí/no)" una referencia a que TESAU informará además, en el Proyecto Técnico de Coubicación, sobre la calificación del edificio como atendido, no atendido con CRAT o no atendido sin CRAT.

En el servicio de caracterización del par, se modifica el mismo y se introduce un nuevo campo de información que permita comunicar la tecnología a introducir en el bucle, a solicitud de ASTEL.

Se incluye la obligación (página 180 de la Resolución), en la base de datos de información sobre demarcaciones y centrales donde se ofrece acceso indirecto, de anunciar las aperturas de nuevas centrales para ADSL sobre RTB y ADSL sobre RDSI, con sus correspondientes rangos de numeración, con un mínimo de dos meses de antelación a que las líneas afectadas estén disponibles para la prestación de estos servicios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abril de 2002, obligación que fue reiterada al aprobarse las modificaciones de la OBA por Resolución de 31 de marzo de 2004.

Esto es, TESAU ha incumplido los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 de manera prologada y sistemática, desde 29 de diciembre de 2002, al no habilitar en el SGO los procedimientos necesarios para la provisión de determinados servicios de acceso al bucle incluidos en dicha Resolución, y ha incumplido el apartado primero en relación con el párrafo segundo del apartado segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004 desde 30 de junio de 2004, en relación con los mismos procedimientos y otros que la OBA aprobada por dicha resolución obligaba a ofrecer por SGO. Asimismo, ha incumplido ambas resoluciones, desde noviembre de 2002, al no tener habilitadas correctamente las bases de datos de información previstas en la OBA.

Más aun, se trata de una infracción permanente. Se entiende que la infracción está constituida por la acción de no incluir e implementar en el SGO los procedimientos y la información tal y como la OBA exigía y exige, acción que se ha mantenido a lo largo del tiempo.

Las conclusiones particulares de mayor relevancia alcanzadas son:

- Los procedimientos de solicitud de visitas y accesos programados por personal no acreditado y de visita-replanteo para coubicación tenían que estar accesibles en SGO desde enero de 2003 y no lo han estado por lo menos hasta noviembre de 2006 (la última vez que se ha comprobado esta infracción ha sido en el expediente DT 2006/103 y en las inspecciones de enero de 2007 TESAU ha declarado que este servicio está activo desde finales de noviembre de 2006).
- Los demás procedimientos de los servicios de ubicación tenían que estar implantados en SGO a partir del 30 de junio de 2004 y no lo han estado hasta enero de 2005. En particular, el procedimiento de solicitud del servicio de coubicación no lo ha estado, por lo menos, hasta marzo de 2005, y el procedimiento del servicio de ubicación distante no se ha podido comprobar que funcionara en las inspecciones de enero de 2007.
- Los procedimientos relativos a los servicios de entrega de señal tenían que estar implantados en SGO en enero de 2003 y no han estado disponibles, por lo menos, hasta septiembre de 2006 (expediente DT 2006/103).
- Los procedimientos de apertura y gestión de incidencias seguían presentando deficiencias relevantes a enero de 2007, consistentes en la falta de volcado de las mismas al SGO y la no posibilidad de consultar las reactivaciones de las mismas, pues el SGO elimina dicha información.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La base de datos de unidades básicas no estuvo disponible, por lo menos, hasta enero de 2007, siendo la misma exigible desde noviembre de 2002.
- Existen carencias en las otras bases de datos de información, con respecto a lo previsto en la OBA, y una gran multiplicidad de ficheros no siempre identificables. Es asimismo de extrema relevancia la falta de sincronización de la información contenida en estas bases de datos y la que utiliza el SGO para tramitar las solicitudes, ya que se ha comprobado en varias ocasiones que no es la misma.

Es preciso destacar la relevancia que tienen, dada la fase actual de las actividades de desagregación, algunos de los incumplimientos que aún subsisten, como los relativos a los procedimientos para:

- la caracterización de los pares e identificación de pares vacantes, determinante de la facilidad de los competidores para acceder a clientes aún no dados de alta;
- la recuperación de espacio en centrales, atendiendo a la importancia que esta información tiene para que los operadores puedan conocer la disponibilidad de espacio para coubicación en centrales que TESAU está obligada a desocupar;
- las migraciones masivas, esenciales para los operadores en la medida en que, sólo con un fluido funcionamiento de estos procedimientos administrativos pueden abordar con seguridad de servicio para sus clientes tales procesos en los casos de duplicaciones de velocidad o en cambio de servicio mayorista contratado, entre otros.

En definitiva, existen demasiadas carencias e ineficiencias en el SGO, además de que se ha producido un retraso de años en la inclusión por TESAU de los procedimientos relevantes en el SGO, sin justificación alguna, incurriendo con ello en la infracción de las Resoluciones analizadas y, por ende, incurriendo en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel.

II.2. *Contestación a las alegaciones de TESAU.*

En relación con las conductas analizadas, TESAU afirma que los incumplimientos no se han producido. Así, en la Alegación Primera de su escrito de alegaciones, presentado el día 17 de marzo de 2006, señala que ha cumplido con los mandatos contenidos en las dos Resoluciones por cuyo incumplimiento se ha iniciado el presente expediente. Esto es, según TESAU, la misma *“dispone de una OBA, de unas bases de datos de información sobre acceso al bucle, de la correspondiente interfaz mediante sistema web vía Internet, y ha implementado el sistema denominado SGO”*. TESAU recuerda la **magnitud y complejidad del SGO** y alega que las posibles deficiencias son puntuales *“y que en nada empecen al cumplimiento de los objetivos preceptuados en la OBA, ya que en todo caso dichas deficiencias u omisiones se solventan por **procedimientos complementarios**”*, como a su juicio confirman las inspecciones llevadas a cabo en julio de 2005.

TESAU, en su Alegación Segunda del escrito de 17 de marzo de 2006, así como en su Alegación Primera del escrito de 24 de abril del 2007, reitera la **complejidad y el volumen de actividad del SGO** y afirma que el SGO viene sufriendo desde 2004 un



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

crecimiento ingente. TESAU alega que el funcionamiento del SGO en cuanto a su disponibilidad y tiempo de respuesta es correcto y que los **defectos o incidencias que pudieran existir son mínimos**.

Asimismo, TESAU indica que las herramientas del SGO, del sistema web Internet y de las bases de datos no son sino herramientas para cumplir el objetivo normativo contenido en las referidas resoluciones de la CMT, que *“consiste en lograr el conocimiento por parte de los operadores de aquellos hechos, datos, actuaciones que precisan para la realización de su negocio”*, y, por tanto, no hay inconveniente en que dichos sistemas informáticos se complementen con **sistemas alternativos**. Es decir, que hay que atender a la finalidad teleológica del mandato del regulador (Alegación Tercera de su escrito de alegaciones de 17 de marzo de 2006 y Alegación Primera del escrito de 24 de abril de 2007).

En la Alegación Quinta de su escrito de 17 de marzo de 2006 TESAU manifiesta que la incoación del presente procedimiento sancionador **vulnera el principio de tipicidad**, en la medida en que la conducta que se le reprocha no se corresponde con el tipo infractor imputado. Añade la entidad inculpada que *“las actuaciones y/u omisiones que se presumen cometidos por Telefónica de España, S.A.U. no son subsumibles de forma razonable y predecible en el tipo infractor que se le imputa”*. En este mismo sentido se presentan las alegaciones de 24 de abril de 2007 (alegación cuarta) añadiendo a lo anterior que para cometer una infracción consistente en incumplir una resolución del regulador es necesario un incumplimiento consciente o una existencia de voluntad obstativa al cumplimiento, significando ello que la **intencionalidad** no puede ser interpretada como una circunstancia agravante del tipo sino como un elemento esencial del mismo puesto que sin intencionalidad no habría infracción. Por ello, señala TESAU, la propuesta de resolución adolece de dos defectos: no considerar la intencionalidad como elemento esencial de tipo y aplicar la misma como agravante.

Señala TESAU que los apartados de las Resoluciones cuyo incumplimiento se imputa a TESAU **no suponen la materialización del tipo previsto por el artículo 53.r)** de la LGTel, infracción cuya comisión se ha imputado a TESAU por el acuerdo de incoación del presente expediente.

Las alegaciones principales realizadas a estos efectos tanto en su escrito de 17 de marzo de 2006 así como en el de 24 de abril de 2007 son las siguientes:

“Resulta fuera de toda discusión el que mi mandante con arreglo a lo exigido por los resuelve Primero de las Resoluciones de 20 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004, ha cumplido con las obligaciones impuestas en los mismos:

. disponibilidad y publicación de una OBA que contiene y se corresponde con los requerimientos resultantes de los Anexos que se acompañaban a las citadas Resoluciones.

También resulta fuera de toda duda que mi mandante, con arreglo a lo exigido por los resuelve Segundo y Tercero de las Resoluciones de 20 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004, ha cumplido con las obligaciones impuestas en los mismos:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

. implementación SGO, acceso a las bases de datos y el interfaz mediante sistema web vía Internet.

La OBA se ha publicado, existe, y rige y se aplica a las relaciones entre Telefónica de España y los operadores solicitantes de servicios OBA. El SGO, las bases de datos y el sistema de acceso web vía Internet, se han implementado, existen y cumplen la finalidad prevista por la OBA.”

Según TESAU, no pueden subsumirse unos supuestos incumplimientos de determinadas especificaciones, en palabras textuales de TESAU, “**incumbentes a una obligación regulatoria (disponer de OBA y disponer de SGO y sistemas de información)**” en el tipo del artículo 53.r) de la LGTel, por no haber identidad entre la conducta imputada y la tipificada. Según ella, nos encontraríamos, en su caso, ante “**deficiencias e imperfecciones**”, **mínimas**, de los sistemas implantados por TESAU que se pueden considerar normales en todo proceso de implantación, existiendo además mecanismos alternativos que cumplen idéntica finalidad al SGO.

Más aun, señala TESAU, citando la sentencia de la Audiencia Nacional (o “SAN”) de 13 de diciembre de 2004 (RCA 1239/2002) que, dado el **carácter abierto de este tipo de normas sancionadoras**, se requiere de “*un incumplimiento consciente, una existencia de voluntad obstativa al cumplimiento como elemento integrante del tipo*”. Afirma TESAU que “*no cabe la subsunción razonable, predecible y lógica de los hechos imputados en el tipo que se dice cometido. El carácter abierto o de norma en blanco del artículo 53.r) de la LGTel exige que su aplicación se lleve a cabo extremando el cuidado y respeto a los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora (...)*”.

Según TESAU, “*el razonamiento esgrimido en la Resolución de incoación supone un ejercicio contrario a lo que exige el respeto de tipicidad*”. Añade que la interpretación que lleva a cabo la Comisión “*constituye una interpretación extensiva, arbitraria y extravagante del tipo establecido por el artículo 53 r) de la LGTel, desbordando y excediendo cualquier sentido razonable, lógico y predecible de su literalidad (...)*”

Estas mismas alegaciones han sido vertidas por TESAU en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución realizadas por la Instrucción del presente procedimiento dando por reproducidas las alegaciones y argumentos ya realizados por la imputada en el expediente RO2004/1811 referentes a que el incumplimiento de la OBA no puede ser considerado como infracción del artículo 53 r), porque sería tanto como afirmar que la OBA no existe.

TESAU sostiene que concurre una **ausencia de comportamiento antijurídico**, siendo evidente que en este supuesto no se vulneran los bienes jurídicos protegidos en los artículos 53.s) y v) de la LGTel, porque la actuación imputada “*no es cualitativamente susceptible de lesionar los bienes jurídicos protegidos en las referidas normas debido a que dicha actuación no tendría cabida en dichos tipos normativos*”, y además, su actuación no infringe ningún otro precepto normativo de aplicación.

Otra de las alegaciones realizadas por TESAU en su escrito de 24 de abril de 2007 es la relativa a que la conducta y hechos imputados en el presente procedimiento han sido **sancionados anteriormente** por la CMT en el marco del procedimiento



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionador RO2004/1811 (Resolución de 16 de noviembre de 2006). Subsidiariamente alega la operadora que “*nos encontramos ante un **concurso ideal de infracciones que sólo puede ser sancionado con la sanción de la infracción más grave***” por aplicación del artículo 77 del Código Penal en relación con el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, el cual existe cuando unos mismos hechos constituyen al tiempo dos o más infracciones.

TESAU manifiesta, en sus alegaciones previa y quinta, la vulneración del principio “**non bis in idem**” dado que el incumplimiento que se sancionó en el anterior procedimiento sancionador fue considerado como un incumplimiento generalizado y que afectaba a un conjunto de servicios, procedimientos y condiciones de provisión de servicios mayoristas, quedando los servicios relativos al SGO igualmente englobados por dicho incumplimiento.

Añade la propia imputada al respecto que “*la Propuesta de Resolución se contradice porque ha sostenido anteriormente que no se pueden siquiera desglosar los efectos que se derivan de uno u otro incumplimiento y que la Resolución de 16 de noviembre de 2006 engloba todos ellos con lo que difícilmente puede pretender ahora sancionar la supuesta parte de efectos que faltaría en aquella. (...) [L]a Resolución de 16 de noviembre de 2006 sanciona todos lo efectos que en ella se describen*”.

Frente a lo anterior, procede señalar lo siguiente:

- a) No se comparte la interpretación de TESAU en relación con la falta de identidad entre los apartados de las resoluciones cuyo incumplimiento se le imputa y el tipo previsto en el artículo 53.r) de la LGTel. **El artículo 53.r) de la LGTel define claramente la infracción imputada** como “*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, (...)*”, tipo de infracción que ha de integrarse con las resoluciones determinadas cuya infracción se postule que, en el presente procedimiento, está constituido por las Resoluciones citadas de 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004.

Al respecto, esta Comisión ya ha dejado claro en repetidas ocasiones que la OBA constituye un conjunto de obligaciones que se ofrecen por TESAU al resto de operadores y fija el contenido de las mismas. TESAU no puede acogerse a concepciones meramente formales para eludir el cumplimiento de esas resoluciones en las que se aprueban los compromisos de la operadora en materia de acceso al bucle de abonado.

Resulta evidente que cuando el legislador otorga a la CMT la facultad de dictar resoluciones en determinadas materias, dota también a este organismo del instrumento para obligar a los destinatarios de sus resoluciones a cumplir su contenido puesto que si no fuera así quedaría sin contenido la obligación de cumplimiento que se les impone.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, en el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento de dos resoluciones de esta Comisión en lo que se refiere a la no habilitación en el SGO de los procedimientos necesarios para la provisión de determinados servicios de acceso al bucle incluidos en las mismas así como la no habilitación correcta de las bases de datos de información previstas en la OBA.

Al contrario de lo que señala TESAU, **no hay vulneración del principio de tipicidad**. La tipicidad, manifestación del principio de legalidad, consagrada en el artículo 129 de la LRJPAC, exige que la infracción esté prevista por una norma con rango de ley (garantía formal) y que la norma punitiva predetermine tanto la conducta ilícita como la sanción y permita predecir anticipadamente y con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción (garantía material). Por todas, baste ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2002, de 9 de mayo. Se señalaba en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055), donde se trataba de hacer efectivo el cumplimiento de la Resolución que modificó la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), que:

“En el presente caso [...] se respeta la doble garantía material y formal que al derecho sancionador impone el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, desarrollado en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional (STC 8/1981 [RTC 1981,8], 117/95 [RTC 1995, 117], 24/96 [RTC 1996,24], 150/97 [RTC 1997, 150], 56/98 [RTC 1998, 56], entre otras). Así, se cumplen la garantía formal, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, el tipo infractor, recogido en la resolución impugnada, se estableció en la Ley 12/97 (RCL 1997, 1008), de Liberalización de las Telecomunicaciones y se mantuvo en el artículo 79.15 de la Ley 11/98, General de Telecomunicaciones. También se cumple la garantía material, de carácter absoluto, la existencia de una predeterminación normativa de la conducta ilícita y de la sanción correspondiente. TESAU podía predecir que su conducta constituye una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la LGT, precepto que cumple con la exigencia de Ley previa y Ley cierta, es decir, se respetan en el presente supuesto el principio de legalidad y tipicidad.”

Dicha doctrina es confirmada por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (RJ 2006\4481) y del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005\242).

En el presente caso, el incumplimiento de las resoluciones de la CMT está perfectamente tipificado, siendo además las Resoluciones de modificación de la OBA claras en cuanto a su contenido. Es preciso destacar aquí cómo la puesta en servicio del SGO es objeto, en ambas Resoluciones, de mandato específico a TESAU configurándose como una obligación de contenido autónomo en el seno de la OBA, obligación reiterada en cada conflicto resuelto por esta Comisión de los que dan origen a este procedimiento sancionador. Por tanto, es claro que TESAU **podía predecir las consecuencias del incumplimiento, más aun cuando se le ha advertido y recordado en varias ocasiones el necesario cumplimiento de las citadas Resoluciones en lo que al SGO y a las bases de datos de información se refiere**. Baste para ello leer las referencias realizadas en la Resolución de 31 de marzo de 2004,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

donde se recuerda a TESAU el necesario cumplimiento de tales obligaciones desde el transcurso de los plazos establecidos en la Resolución de 29 de abril de 2002, o las Resoluciones de los conflictos de acceso que se han incorporado a este expediente, en los que ha sido parte TESAU.

En cuanto a la alegación de TESAU de que no se ha analizado en la Propuesta de Resolución el requisito de *“intencionalidad”* como elemento esencial de tipo y su posible aplicación como agravante, así como la alegación relativa a la complejidad del SGO y la existencia de procedimientos complementarios que han suplido las posibles carencias del sistema, nos remitimos a su análisis de forma extensa en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución en el que se les da contestación.

Basta por el momento dejar constancia en lo que se refiere a la correcta tipificación de la infracción que, en contra de lo alegado por TESAU, el tipo de la infracción (artículo 53 r) de la LGTel) no requiere necesariamente de intencionalidad para que el mismo concorra. Lo afirmado se desprende de abundante Jurisprudencia, y precisamente, entre otras, de la propia Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2004 a la que hace referencia TESAU en su escrito de alegaciones, al señalar que *“(…) no cabe olvidar que el tipo infractor [el artículo 79.15 de la antigua LGTel equiparable al artículo 53 r) de la actual LGTel] puede realizarse bien por culpa o por dolo, esto es, por el conocimiento y voluntad por parte de la entidad actora”*.

- b) Afirma TESAU que dichas Resoluciones se han cumplido porque se ha **publicado una OBA donde el SGO y las bases de datos existen y cumplen la finalidad prevista por la OBA.**

Tal y como se ha establecido en ocasiones anteriores, la publicación de la OBA no constituye por sí misma un cumplimiento de las Resoluciones de la Comisión, sino que ha de cumplirse la misma en toda su extensión, lo que implica de manera evidente la puesta en funcionamiento de los procedimientos en el SGO y la publicación de las bases de datos de información, tal como se establece en las Resoluciones analizadas. Como señalaba la Resolución de 26 de junio de 2003 (expediente AJ 2003/81), o en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811):

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Como se afirmaba en la Resolución recaída en el expediente RO 2004/1811:

“Limitar el cumplimiento de la obligación de modificar la OBA a una mera publicación del texto, es vaciarla de contenido. El cumplimiento de la modificación aprobada se despliega en una doble vertiente: i) la publicidad de las nuevas condiciones de prestación de acceso al bucle, con el objeto de que los distintos operadores puedan desarrollar sus planes de negocio de acuerdo con el nuevo marco; ii) la puesta en práctica del contenido aprobado, ya que de otro modo se perdería el sentido de la propia resolución de la CMT, si se permitiera una interpretación sesgada en la que se desvinculase el texto de su efectiva puesta en práctica.” [Fundamento de Derecho Tercero, página 86]

Respecto de este aspecto, procede citar nuevamente la SAN de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055) para señalar que la noción de “cumplimiento” que se exige a TESAU respecto de **las obligaciones dimanantes de las Resoluciones dictadas por esta Comisión va más allá de realizar los mejores esfuerzos para cumplirla.** En el caso de autos, la AN señalaba lo siguiente:

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

En el contexto del conflicto de interconexión existente entre Lince Telecomunicaciones y Telefónica de España resulta perfectamente comprensible y delimitada la obligación impuesta a Telefónica y el elemento instrumental que deben emplear para su consecución, en definitiva, los dos operadores debían hacer todo lo posible para cumplir con la obligación de implantar los enlaces por capacidad.

Sin embargo, Telefónica ha incumplido no sólo la resolución de 9 de agosto de 2001 (RCL 2001, 2163) y 21 de febrero de 2002 sino también la de 28 de febrero que le imponía una obligación perfectamente clara y cognoscible para la recurrente: hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad y ello con la mayor diligencia. Telefónica no cumplió la obligación de hacer efectiva la implantación operativa de los enlaces por capacidad, como se señala en el acuerdo de incoación del expediente sancionador y en la propuesta de resolución, conociendo perfectamente el incumplimiento que se le imputaba y frente al que ha ejercido su defensa.”

Como ha quedado acreditado en los Hechos probados, TESAU ha incumplido durante un período prolongado de tiempo, desde finales de 2002, la OBA, no poniendo en funcionamiento de forma diligente el SGO y las bases de datos de información. De este comportamiento se deduce un ánimo por lo menos negligente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) **No se vulnera en el presente procedimiento el principio de seguridad jurídica.** Como se ha afirmado con anterioridad, TESAU conocía las posibles consecuencias de un incumplimiento de las resoluciones de la OBA y podía predecir las consecuencias de sus actos u omisiones en este supuesto, como exige asimismo el artículo 25 de la Constitución.
- d) Ha de señalarse que **no hay ausencia de antijuridicidad**, como afirma TESAU, al señalar que *no hay lesión de bien jurídico alguno: “resulta evidente que no se lesionan los bienes jurídicos protegidos en los Artículos 53 s) y v) de la LGT, en primer lugar, porque la actuación imputada a mi mandante en la presente resolución no es cualitativamente susceptible de lesionar los bienes jurídicos protegidos en las referidas normas debido a que dicha actuación no tendría cabida en dichos tipos normativos”.*

Sin embargo, la conducta de TESAU lesiona el bien jurídico protegido por el artículo 53.r) de la LGTel, consistente en el cumplimiento y respeto de las resoluciones que dicta la Comisión en el ámbito de sus competencias. Como se señala en la sentencia anteriormente mencionada de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055), el cumplimiento de las resoluciones de la Comisión constituye un bien jurídico protegible por sí mismo. Así:

“A la Administración, que tiene atribuida la potestad sancionadora, incumbe subsumir los ilícitos administrativos en el tipo infractor adecuado. El tipo definido en el artículo 79.15 de la LGT (RCL 1998, 1056, 1694) pretende evitar a la CMT la obstrucción del ejercicio de sus competencias y así el bien jurídico protegido no se deduce de la actividad realizada en la prestación de los servicios sino en el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la misma en el ejercicio de sus funciones. Con ello se deja a salvo la autoridad de la CMT en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados.”

Asimismo, cabe relacionar este bien jurídico con el principio fundamental de salvaguarda de la pluralidad de oferta de los servicios de telecomunicaciones y de garantía del acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, cuya protección está encomendada a esta Comisión (artículo 48.e) de la LGTel; SAN de 25 de abril de 2006, RJCA 2006\346), objetivos que se han vistos obstaculizados por la conducta de TESAU, al establecer dificultades para contratar los servicios de acceso al bucle de abonado.

- e) **No se vulnera el principio “non bis in idem”.**

Según TESAU, el incumplimiento sancionado en el presente expediente ya se sancionó en el anterior procedimiento sancionador RO 2004/1811 al considerarse en aquel la existencia de un incumplimiento generalizado y que afectaba a un conjunto de servicios, procedimientos y condiciones de provisión de servicios mayoristas, quedando los servicios relativos al SGO igualmente englobados por dicho incumplimiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta interpretación de TESAU resulta del todo errónea si se tienen en cuenta los requisitos que se establecen para que se aplique este principio en el artículo 133 de la LRJPAC según el cual *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*.

Puesto que resulta evidente la identidad de sujeto en ambos procedimientos, solo resulta necesario analizar los dos requisitos restantes para determinar si efectivamente, tal y como alega TESAU, 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.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre, establece que *“para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”*.

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, 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 TESAU.

Esta Oferta debe publicarse en base al principio de transparencia en conjunción con el principio de no discriminación postulados en el artículo 13 de la LGTel, obligación impuesta, en base a la posición de dominio que TESAU ostenta en el mercado 11 de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales. Así, la finalidad que persigue la OBA es la de permitir que otros operadores puedan actuar en el mercado garantizando la interoperabilidad de los servicios entre los usuarios finales, objetivos éstos contenidos en el artículo 3 de la LGTel.

Es por tanto, desde este punto de vista desde el que actúa esta Comisión en virtud de los artículos 11 y 48 de la LGTel que la habilitan para ello.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, no cabe en el presente supuesto la identidad de hechos, requisito 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, mientras que 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 de TESAU, en el presente procedimiento sancionador los hechos son la no habilitación en el SGO de los procedimientos necesarios para la provisión de determinados servicios de acceso al bucle así como la no habilitación correcta de las bases de datos de información, que actúan como herramienta fundamental para que los operadores puedan contratar servicios contenidos en la OBA y llevar una gestión y seguimiento eficiente de los servicios contratados y que eran objeto de mandato específico en las Resoluciones que se reputan incumplidas.

Es más, claramente el periodo temporal en el que se encuadra cada una de las infracciones es diferente, así en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 se sancionaron hechos por el periodo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005 mientras que en el presente procedimiento se está sancionando por los cometidos en el período comprendido entre el 29 de noviembre de 2002 y enero de 2007.

Se debe tener en cuenta que ya en la propia Resolución del procedimiento sancionador RO 2004/1811 se señaló explícitamente, al inicio de los hechos probados, que *“en el subsiguiente examen no se analizan aquellos hechos relacionados con el posible incumplimiento de obligaciones relativas al funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores, relativos a la existencia de las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado y a la implementación de los procedimientos de la OBA mediante el sistema Web vía Internet, al ser objeto del expediente RO 2006/12 que se encuentra en tramitación en esta Comisión”*.

En definitiva, el atentado al principio “non bis in idem” únicamente se producirá cuando la pluralidad sancionadora se despliegue sobre unos mismos elementos subjetivos, fácticos y causales, de forma tal que no se contravendrá la prohibición del bis in idem cuando, como ocurre en el presente caso, se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

imponga más de una sanción a un mismo sujeto por la comisión de diversos hechos ilícitos.

Por último, a lo manifestado por TESAU sobre la contradicción que presentaba la Propuesta de Resolución realizada por la Instrucción del presente procedimiento al sostener que no se pueden desglosar los efectos que se derivan de los incumplimientos de ambas resoluciones de continua referencia, nos remitimos a su análisis en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución en el que se da contestación a esta alegación de forma detallada.

f) **No existe un concurso ideal de infracciones por aplicación del artículo 77 del Código Penal en relación con el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993.**

De forma subsidiaria manifiesta TESAU que cabe entender aplicable el artículo 77 del Código Penal en relación con el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993 en el que se establece que *“Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”*. Para TESAU, es evidente, que la infracción más grave ya habría sido sancionada. Así, afirma que *“infringir la obligación de disponer del SGO derivaría necesariamente del incumplimiento de las obligaciones para la desagregación de bucles”*.

Al respecto cabe señalar que en el Derecho sancionador administrativo los supuestos de concurso de delitos previstos en el artículo 77 del Código Penal, tanto para el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, como cuando una de ellas sea medio para cometer otra, modalidad esta última que ha sido recogida por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, comportan el que se deba imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida, y no castigarse separadamente cada una de ellas. (Sirvan de ejemplo entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1999 (RJ 2001/10096) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997 (RJ 1997/4677)).

Por un lado, resulta claro como hemos señalado en el apartado anterior respecto al principio *“non bis in idem”* que nos encontramos ante unos hechos totalmente diferenciados de los que se derivan dos infracciones totalmente distintas y que han sido cometidas en un periodo temporal diferente.

Así, en la propia Resolución de 16 de noviembre de 2006 se establecía (página 105) lo siguiente: *“(…) la presente Resolución acredita como hechos probados que TESAU ha incumplido de manera continuada y generalizada los servicios, procedimientos y condiciones incluidos en la OBA durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de **enero de 2004 y abril de 2005** (...)”*, hecho éste que hace del periodo de tiempo un elemento esencialmente diferenciador de ambos procedimientos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, resulta tan evidente que nos encontramos ante dos infracciones totalmente diferenciadas, y por acciones u omisiones no homogéneas que puede darse la circunstancia de que TESAU, en algunos casos, esté cumpliendo con los plazos establecidos en la OBA para la provisión de los servicios que se ofrecen y, sin embargo, incumpliendo en otros la obligación de tener habilitado correctamente el SGO con los procedimientos administrativos y las bases de información correctas y necesarias para los operadores alternativos. De la misma forma, puede ocurrir lo contrario, es decir, que TESAU tuviera implementado para casos concretos las herramientas anteriormente citadas, funcionando éstas correctamente, y sin embargo, estuviera incumpliendo, en otros casos, los plazos de provisión de servicios recogidos en la OBA. En consecuencia, ni siquiera puede afirmarse que exista una relación de instrumentalidad necesaria entre ambas infracciones, en la que una de ellas se utilice como medio para cometer la otra. Las infracciones consistentes en el incumplimiento de la provisión de servicios OBA no tienen porqué derivar necesariamente de las infracciones en la implementación del SGO, ni éstas suponen automáticamente la vulneración del régimen de cumplimiento de los servicios de la OBA.

Por lo tanto, no nos encontramos ante la figura del concurso ideal de infracciones administrativas al no concurrir un elemento esencial del mismo como es la unidad de hecho, por lo que no es aplicable el principio de absorción de la penalidad según el cual se debería imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

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

A juicio de TESAU en su escrito de alegaciones de 17 de marzo de 2006, *“resulta claro que en el supuesto que nos ocupa, no concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de mi mandante. (...) ya que mi mandante ha actuado siempre con plena y fundada **creencia excluyente de toda responsabilidad** y no ha dejado de cumplir las obligaciones que le son exigibles en cuanto al cumplimiento de lo preceptuado en la OBA”*. Continúa TESAU señalando que **no tenía ninguna intencionalidad** de infringir la norma y que no tenía *“siquiera conocimiento de que pudiera estarla infringiendo ni por acción ni por omisión”* y que ha actuado de buena fe instaurando procedimientos que satisfacen los objetivos de la OBA.

Según TESAU, ha cumplido con la OBA, ya sea con *“los procedimientos establecidos en ésta, como con otros procedimientos encaminados a cumplir con el fin de la misma. (...) se han facilitado por mi representada a los operadores distintas herramientas que han sido comunicadas debidamente (...)”*.

En las alegaciones de TESAU de 24 de abril de 2007, la imputada va más allá de lo alegado hasta ese momento manifestando que en la propuesta de resolución presentada por la instructora no fue analizada **la intencionalidad** como elemento esencial del tipo tal y como expone y recuerda la SAN de 13 de diciembre de 2004 y que su aplicación como agravante resulta redundante.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, en la Alegación Sexta reitera el hecho de que el sujeto infractor debe tener una clara, persistente y contumaz voluntad obstativa del cumplimiento, exigiéndose la intencionalidad en el tipo infractor como elemento esencial, pues siendo de otra manera difícilmente se podría hablar de una agravación de la conducta.

Añade TESAU en dichas alegaciones que *“la ausencia de culpabilidad y especialmente de intencionalidad se reafirma con la existencia de **procedimientos alternativos que en realidad son complementarios al SGO que son reconocidos por la propuesta de resolución**”*. Así manifiesta que los sistemas implementados que han completado el SGO han permitido el cumplimiento de los objetivos fijados en la OBA evitando cualquier tipo de daño a los operadores.

Frente a lo anterior, deben realizarse las siguientes consideraciones. En primer lugar, a juicio de esta Comisión la entidad imputada era **absolutamente consciente de su incumplimiento de la OBA en relación con los hechos analizados en el presente procedimiento.**

TESAU conocía que no estaba implantando todos los procedimientos en SGO, las deficiencias que el sistema presentaba y que las bases de datos de información estaban incompletas. Asimismo, **conocía los perjuicios y los inconvenientes que tales deficiencias causaban a los operadores que le solicitaban servicios de acceso, como se desprende de todos los expedientes que han sido analizados en los Hechos Probados,** iniciados en su mayoría (con la excepción de los expedientes de modificación de la OBA) por denuncia de los operadores y en los que TESAU ha formulado las alegaciones que ha estimado procedentes. Finalmente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha intimado a TESAU en numerosas ocasiones a fin de que diera cumplimiento a los apartados de la OBA referidos.

En segundo lugar, y en relación con la alegación de TESAU de que la intencionalidad forma parte del tipo, debe señalarse lo siguiente:

En relación con el principio de culpabilidad, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad en Derecho Administrativo sancionador al regular la potestad sancionadora de la Administración a partir del artículo 130.1 de la LRJPAC. Para la imposición de una sanción por la Administración, se exige que el sujeto infractor sea culpable de los actos sancionados.

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 Tribunal Supremo –“STS”- de 22 de febrero de 1992 [RJ 1992\852], de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590], y más recientemente).

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Con carácter general, la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC 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 particular, 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. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer 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. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LPAC –con el rótulo de intencionalidad- sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*³.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones, podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel⁴, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el **artículo 53.r) de la misma norma (LGTel), cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo (intencionalidad)**, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

Así, procede reseñar la interpretación totalmente errónea que realiza TESAU en su Alegación Sexta, del escrito de 24 de abril, al señalar que la propia SAN de 13 de

³ A. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, pág. 391, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2005.

⁴ El artículo 53.e) de la LGTel establece que se 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”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diciembre de 2004, determina *“la intencionalidad como un elemento esencial del tipo imputado”*.

En el Fundamento Sexto de dicha Sentencia se señala que *“la CMT aprecia que existe en Telefónica otra voluntariedad o intencionalidad que opera como causa de agravación, esto es, un “plus” que implica una intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico”*. A esto, la propia Sentencia añade que *“(…) no cabe olvidar que el tipo infractor [el artículo 79.15 de la antigua LGTel equiparable al artículo 53 r) de la actual LGTel] puede realizarse bien por culpa o por dolo, esto es, por el conocimiento y voluntad por parte de la entidad actora. Por consiguiente, apreciado ya este elemento subjetivo de la intencionalidad en la infracción contemplada, esto es, valorada la voluntariedad con anterioridad como elemento integrante de la infracción, carece de fundamento que nuevamente se tome en consideración como circunstancia agravante, pues, en este caso, no se observa un dolo específico especialmente intenso, esto es, un “plus” de voluntariedad o intencionalidad con relevancia y entidad suficiente para justificar su agravación”*.

En definitiva, como se desprende de la propia sentencia y no de la interpretación realizada por TESAU, en primer lugar, el tipo puede producirse por dolo o por culpa sin requerirse intencionalidad para su comisión y, en segundo lugar, que lo que determina la intencionalidad como circunstancia agravante en un procedimiento sancionador es la existencia de un “plus” de voluntariedad por parte de la imputada que implique una intención específica de incumplir e infringir el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, concurre pues el requisito de culpabilidad en la actuación de TESAU, al quedar probada a título doloso su falta de voluntad de implantar la OBA como debía (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento y conociendo además los perjuicios e inconvenientes que podía causar dicha actitud a los operadores alternativos que solicitaran servicios de acceso (elemento intelectual).

Por otro lado, respecto a las conclusiones que TESAU extrae (Alegación sexta del escrito de 24 de abril de 2007) de las actas de las inspecciones de julio de 2005 y enero de 2007 en cuanto a que las deficiencias constatadas en el SGO y sus bases de datos constituyen ***“incidencias o errores” que “resultan mínimos e insignificantes”, y que no ocasionan perjuicios a los operadores, por disponer éstos de medios alternativos***, dichas conclusiones son totalmente erróneas, por los motivos que se relacionan a continuación:

- Del análisis de las actas de las inspecciones no se concluye que dichas deficiencias sean insignificantes, sino que el SGO y sus bases de datos presentan importantes deficiencias que ya se describieron en la propuesta de resolución.
- Las deficiencias de SGO y sus bases de datos ocasionan una serie de perjuicios y dificultades a los operadores que no son evitados por la puesta a su disposición de medios alternativos para la tramitación de sus servicios.
- TESAU parece obviar que la puesta a disposición de los operadores de una interfaz alternativa de respaldo constituye una obligación expresa recogida en el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apartado 1.5.1.7 de la OBA, y dicha interfaz **está prevista para que se utilice en eventuales situaciones de indisponibilidad del SGO, no para suplir sus deficiencias.** Así, la OBA, en su apartado 1.5.1.7 establece lo siguiente:

“1.5.1.7 Interfaz de respaldo

*Además de la interfaz web citada y sobre la que está basada la descripción de los procedimientos de esta oferta, Telefónica pondrá a disposición de los operadores autorizados una interfaz alternativa mediante fax o correo ordinario **para las situaciones en que la página web de Telefónica no se encontrara accesible**, con el fin de contar con una vía de respaldo ante situaciones de contingencia en la interfaz web.”*

En consecuencia, la interfaz alternativa de respaldo contemplada en el apartado 1.5.1.7 de la OBA no puede concebirse en modo alguno como una vía sustitutiva del SGO de forma habitual y permanente, para la gestión y seguimiento de las solicitudes de procedimientos OBA. Esta interfaz se trata de una herramienta complementaria y adicional al SGO cuya finalidad es evitar que las eventuales indisponibilidades de la herramienta web paralicen o retrasen la operativa de los operadores autorizados. De este modo, los operadores pueden seguir cursando sus solicitudes en estas situaciones puntuales de indisponibilidad temporal, reduciéndose así el impacto de dichas indisponibilidades, ello evidentemente no implica la admisibilidad de la interfaz alternativa como medio habitual de tramitación de solicitudes de servicios OBA, supliendo de este modo al SGO de forma permanente, y no eventual según estipula la OBA. El hecho de no disponer de los procedimientos estipulados en la OBA para la presentación, gestión y consulta de las solicitudes a través de la herramienta web SGO, viéndose de este modo los operadores obligados a utilizar la interfaz alternativa aludida por TESAÚ, tiene graves consecuencias para éstos, contrariamente a lo argumentado por ésta puesto que:

- No disponen de una herramienta que les permita efectuar un seguimiento adecuado del estado y la evolución de la tramitación de las solicitudes de los diferentes servicios, es decir, los operadores tienen un **escaso control** sobre la tramitación de sus servicios, lo cual conlleva una gran dificultad operativa, y en muchas ocasiones retrasos innecesarios.
- Se ven obligados a dedicar más recursos a la gestión de las solicitudes de servicios OBA, al no disponer de la información que precisan sobre las mismas de una forma centralizada y automatizada.
- Hay una **total falta de trazabilidad y transparencia** en cuanto a la tramitación de solicitudes, siendo muy difícil determinar los hitos temporales, y en consecuencia, el plazo de provisión y los posibles retrasos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, TESAU señala en sus alegaciones que la mayoría de solicitudes de prolongación de par se cursan masivamente mediante correo electrónico, en lugar de hacerse a través de la interfaz web.

A este respecto, cabe decir que el apartado 1.5.1.9 de la OBA recoge expresamente que TESAU tiene la obligación de ofrecer *“interfaces adicionales para realizar el envío masivo de solicitudes y consultas en los servicios de prolongación de par, alta de conexiones de acceso indirecto y servicios de información”*, interfaces que deberán estar basadas en correo electrónico. Por tanto, los operadores están en disposición de utilizar la interfaz que consideren más adecuada en cada caso, y además, es lógico que el número de solicitudes finalmente tramitado por esta interfaz alternativa sea mucho mayor, tal y como indica TESAU, pues precisamente está prevista para cursar solicitudes masivas.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de TESAU. 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, y en atención al principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación de la Administración, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

1. Circunstancias agravantes.

El Consejo de esta Comisión entiende que concurren las siguientes causas de agravación de la responsabilidad de TESAU.

A. Intencionalidad.

El artículo 131.3.a) de la LRJPAC prevé la existencia de intencionalidad o reiteración como un criterio a tener en consideración en la graduación de la sanción a aplicar.

La Jurisprudencia es clara al establecer que para apreciarse intencionalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador es requisito necesario *“que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con **pleno conocimiento de los elementos del injusto**, de modo que se deduzca que tiene **plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa** y de provocar un resultado*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dañoso de los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, y que, en este supuesto, no se ha acreditado que se haya producido de modo irracional o arbitrariamente.” (Sentencia del TS de 30 de noviembre de 2004) (RJ 2005/5402).

En la misma Sentencia se tuvo también en cuenta a la hora de apreciar la intencionalidad en la comisión de la infracción por TESAU la consideración de que la entidad sancionada no podía ignorar que su conducta no era ajustada a Derecho, *“ya que disponía, en razón de la entidad de la Corporación sancionada, de los conocimientos jurídicos y económicos para conocer la ilegalidad de la infracción”.* (Véase, a este respecto, el Fundamento Jurídico Séptimo de la misma).

Existen varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional confirmándose lo anteriormente señalado en relación con el incumplimiento por parte de TESAU de resoluciones anteriores de esta Comisión. Por su paralelismo con los hechos enjuiciados en el presente procedimiento, procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055). En la misma se aprecia la intencionalidad de TESAU consistente en el incumplimiento de dos resoluciones de esta Comisión sobre el mismo tipo de Oferta de TESAU (en aquel caso, la Oferta de Interconexión de Referencia, equivalente en el presente supuesto a la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado) y una resolución adoptando medidas cautelares en un conflicto de interconexión.

Así en el Fundamento Jurídico Noveno de dicha Sentencia se estableció que *“(…) Telefónica mantiene una **conducta clara, persistente y contumaz de no cumplir la implantación operativa del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada, actitud que mantienen hasta mediados de septiembre de 2002, es decir, cuando ya había transcurrido más de un año del obligado cumplimiento de la resolución de 9 de agosto de 2001.** La conducta de la recurrente contiene un **plus de malicia o intencionalidad** en su actuación que nos lleva a considerar que la aplicación de la circunstancia de intencionalidad responde a criterios de razonabilidad para determinar la sanción”.*

Esta misma postura resulta refrendada por un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2006, al establecer en su Fundamento de Derecho Cuarto, que *“(…) Airtel ha mantenido una conducta clara, voluntaria, persistente y contumaz de incumplimiento de las obligaciones impuestas en la última resolución citada, **demostrativa de ese plus de intencionalidad**”.*

Por lo tanto, la “intencionalidad” en Derecho administrativo sancionador, como el dolo penal, supone el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y la voluntad de realizarla y por ello la Jurisprudencia ha confirmado que puede aplicarse la circunstancia agravante de intencionalidad cuando quede demostrado que el sujeto infractor ha mantenido una **conducta clara, persistente y contumaz en relación con la infracción cometida.**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente supuesto concurre la agravante de intencionalidad, en la medida en que:

- **Cabe hablar de una conducta clara, persistente y contumaz en relación con las infracciones de las Resoluciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004.**

TESAU ha llevado a cabo una actuación plenamente consciente y reiterada de incumplimiento de la OBA, ya que ha tardado un período de tiempo considerablemente largo en implantar las facilidades exigidas siéndole ello requerido por esta Comisión y por los operadores en numerosas ocasiones, y poniendo éstos de manifiesto los perjuicios que tal actuación les causaba, como se ha valorado en los Hechos Probados.

Así, hay un incumplimiento de ciertas obligaciones contenidas en la OBA aprobada por la Resolución de 29 de abril de 2002, que son reiteradas por la Resolución de 31 de marzo de 2004.

- **TESAU estaba en situación de contar con los recursos económicos y jurídicos para conocer la ilegalidad de su comportamiento y de las consecuencias dañosas para la competencia que del mismo podían derivarse.** Sin ser necesario en este punto entrar a valorar la entidad de TESAU y del grupo Telefónica al que pertenece, conviene recordar que, como se señala en el Informe anual para el año 2005 (página 39) de esta Comisión, TESAU fue líder en el mercado de acceso directo a la red telefónica pública fija, con el 85% de los clientes de acceso directo y de líneas finales activas. TESAU, con una cuota de mercado superior al 85% en los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, ha sido declarada operadora con poder significativo en dichos mercados por Resolución de 23 de marzo de 2006.

Asimismo, ha sido declarada el 11 de mayo de 2006 operador dominante en el mercado 11 (de acceso desagregado al por mayor -incluido el acceso compartido- a los bucles y subbucles metálicos), con una cuota del 100%, y en el 12 (acceso de banda ancha), el día 1 de junio de 2006, con una cuota superior al 90%. Y, anteriormente, fue declarada operador dominante en los mercados nacionales de redes y servicios de telefonía fija y de alquiler de circuitos⁵.

En conclusión, la experiencia y el papel de TESAU en el proceso de desagregación del bucle en España es de tal magnitud que debe apreciarse que ha existido un plus de voluntariedad en la comisión de la infracción analizada, uniéndose a ello, la disposición con que contaba la imputada de conocimientos tanto jurídicos como económicos que le han permitido saber de la ilegalidad de la infracción cometida.

⁵ La última resolución de declaración de dominancia bajo el mandato de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, fue dictada en fecha 11 de septiembre de 2003 (expediente OM 2003/465).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. Importancia del daño causado.

El artículo 131.3.c) de la LRJPAC se refiere a la naturaleza de los perjuicios causados como criterio que ha de tenerse en cuenta para graduar la sanción a imponer. Por su parte, el artículo 56.2 de la LGTel se refiere asimismo al daño causado.

TESAU insiste en señalar, en su escrito de alegaciones de 10 de marzo de 2006, en que las posibles incidencias que hayan podido surgir no han representado un perjuicio para los operadores, que han podido utilizar otros procedimientos o mecanismos alternativos, con lo que han cumplido los objetivos previstos en la OBA.

Han de tenerse en consideración en este apartado las consecuencias lesivas que se hayan producido al bien jurídico protegido por el tipo de infracción imputado. Como ha afirmado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, el tipo definido en el artículo 53.r) de la LGTel “(...) pretende evitar la obstrucción a la CMT en el ejercicio de sus competencias y así el bien jurídico protegido no se deduce de la actividad realizada en la prestación de los servicios sino en el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la misma en el ejercicio de sus funciones, dejando a salvo la autoridad de la CMT en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados”⁶.

Así, como señalaba la STS de 20 de diciembre de 2006, ha de tenerse en cuenta, como factor de relevancia, “la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones;”

Entre dichas competencias e intereses públicos encomendados a esta Comisión se encuentran el efectivo cumplimiento de las obligaciones específicas impuestas a los operadores y la garantía del acceso a las redes de las comunicaciones electrónicas por los operadores. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha constatado en varios de los procedimientos analizados en los Hechos Probados un incumplimiento por parte de TESAU de la OBA, en sus versiones aprobadas por las Resoluciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004, habiendo advertido a TESAU sobre la necesidad y la importancia de su cumplimiento.

Como se hizo constar en la Resolución recaída en el expediente RO 2004/1811, el acceso al bucle y las obligaciones impuestas en dicha materia tenían y tienen un carácter fundamental para la competencia en los mercados de banda ancha (apartado II y Fundamento de Derecho Séptimo, apartado 1.B), de forma que las obligaciones impuestas obedecían al mandato del legislador español y comunitario⁷.

⁶ STS de 20 de diciembre de 2006, recaída en el recurso de casación número 3898/2004, o SAN de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055), que se refieren al tipo de infracción definido por el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, idéntico al presente contenido en el artículo 53.r) de la LGTel.

⁷ Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; Reglamento CE 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente expediente es evidente la existencia de una serie de perjuicios denunciados por los operadores, derivados de:

- (i) Los retrasos en la provisión a algunos operadores del código de usuario y contraseña para acceder al SGO en el plazo debido (la OBA señala que TESAU tiene que proveer dichas claves en un plazo de cinco días);
- (ii) Problemas surgidos por no estar habilitado el sistema de aperturas, gestión y consultas de incidencias en el SGO, dificultad para resolverlas y conocer su estado (por ejemplo, en las últimas inspecciones de enero de 2007 se ha comprobado que TESAU no vuelca las incidencias iniciadas por teléfono en el SGO, por lo que los operadores no pueden seguirlas por esa vía);
- (iii) La mayor lentitud operativa derivada de la necesidad de solicitar y seguir algunos servicios a través de correo electrónico, al no ser los procedimientos accesibles por SGO. Los operadores también se ven obligados a dedicar un mayor número de recursos y esfuerzo a la tramitación y seguimiento de sus solicitudes de servicios por este motivo;
- (iv) La no disponibilidad de toda la información requerida por las bases de datos exigidas en la OBA, incoherencias, falta de actualización de datos o desconocimiento de la fecha de actualización de la información, lo que causa problemas y retrasos a la hora de solicitar servicios concretos basándose en dicha información, e incluso la total imposibilidad de solicitarlos;
- (v) La dispersión de la información de las bases de datos hace muy dificultoso y a veces imposibilita a los operadores obtener los datos precisos que requieren para efectuar adecuadamente sus solicitudes;
- (vi) Complicaciones derivadas de compaginar diversas “ventanillas”, en lugar de disponer de una “ventanilla única”;
- (vii) La solicitud de los procedimientos por correo electrónico no deja un “rastros”, no permite un adecuado seguimiento, ni conocer con exactitud el proceso que se ha seguido en su tramitación, ni sus plazos, cuando lo que esta Comisión requiere es una total trazabilidad y transparencia en la tramitación de las solicitudes;

Para los operadores que solicitan servicios OBA, el SGO constituye un elemento clave para garantizar la transparencia y el propio acceso a los servicios, ya que como hemos dicho a través del mismo se pueden gestionar de forma eficiente las solicitudes de los servicios, permitiendo conocer el estado de cada petición o incidencia y saber los plazos necesarios a los efectos de determinar posibles retrasos. Por correo electrónico, fax o por teléfono no es posible controlar tales problemas.

Los perjuicios sufridos por los operadores alternativos como consecuencia de la falta de cumplimiento por TESAU de esta obligación son, como la obligación misma, autónomos respecto de los derivados de los incumplimientos de las obligaciones de provisión de los servicios materiales que la OBA trata de garantizar. Así, la falta de implementación, en plazo y forma, del SGO impide a los operadores alternativos no sólo identificar adecuadamente las centrales y servicios disponibles sino que compromete, también y muy esencialmente, seguir adecuadamente las incidencias producidas en su prestación, con efecto visible para los clientes finales y, por tanto, con el consiguiente impacto que ello tiene en la imagen de calidad de los servicios



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestados por aquéllos, variable fundamental de su capacidad de captar clientes en el mercado.

Una vez más es preciso reiterar que la razón de ser de la exigencia de un SGO completo y a través del cual se pudieran contratar los servicios y acceder a la información necesaria para dicha contratación no era ni es baladí. Era y es un elemento fundamental para la transparencia en la contratación de los servicios. En los Hechos Probados se han puesto de manifiesto las denuncias particulares de los operadores y la relevancia de las carencias o deficiencias concretas del SGO. En definitiva, procede tener en consideración la naturaleza y gravedad de los perjuicios causados como agravante para la graduación de la infracción cometida.

Al respecto, TESAU, en sus alegaciones de 24 de abril de 2007, manifiesta que “[L]a propuesta de Resolución pretende identificar una serie de efectos perjudiciales en el mercado (daño causado y repercusión social) para –por una parte- justificar la aplicación de un agravante de la sanción y –por otra- tenerlos en cuenta a la hora de concretar el importe de la multa.

La pretensión de tener en cuenta esos supuestos efectos es absolutamente inapropiada en primer lugar, porque mi representada ya ha sido sancionada por la consideración que se tuvo de esos mismos efectos en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 en el marco del expediente RO 2004/1811; en segundo lugar, porque falta el nexo de causalidad entre la conducta que aquí imputada y los supuestos daños en el mercado; y en tercer lugar porque dichos efectos no se han sentido en el mercado de la banda ancha en España.”

A las anteriores alegaciones de TESAU, cabe señalar por esta Comisión, en primer lugar, que en el presente procedimiento se han evaluado los efectos perjudiciales en el mercado que han podido producirse por la falta de implementación del SGO y bases de datos con el fin de graduar adecuadamente la sanción.

No obstante lo anterior, debe quedar claro que en presente expediente se imputa a TESAU la 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 esta Comisión, y en particular, los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 y primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004.

Dicho esto, se procede a realizar las siguientes consideraciones:

1. Respecto a que los efectos perjudiciales en el mercado ya fueron sancionados en la Resolución de 16 de noviembre de 2006.

Estima TESAU que los efectos que las conductas de este operador podrían haber tenido en el mercado ya habrían sido sancionadas en la Resolución de esta Comisión de 16 de noviembre de 2006.

Es necesario destacar con respecto a estas alegaciones dos aspectos esenciales:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por una parte, la propuesta de Resolución efectivamente estima que las prácticas de TESAU con respecto a los incumplimientos de la OBA y las analizadas en el marco de la Resolución de 16 de noviembre de 2006 responderían todas y cada una de ellas al objetivo común de ralentizar el acceso de los operadores alternativos a las centrales locales de este operador limitando las posibilidades de realizar ofertas minoristas a través de este servicio mayorista regulado. Por tanto, el efecto en el mercado puesto de manifiesto por primera vez en dicha Resolución se corresponde con este objetivo de TESAU.

Por otra parte, la pretensión de TESAU de que por el hecho de existir dos expedientes sancionadores y de que se hayan considerado en el primero de ellos una serie de efectos en el mercado, automáticamente no puedan ser tomados en consideración en el segundo, resulta totalmente ilógica. En efecto, nos encontramos ante dos procedimientos totalmente diferenciados, con hechos e infracciones diferentes y en los que como establece la normativa del régimen sancionador se pueden tener en cuenta a la hora de determinar y graduar la sanción una serie de criterios como son la importancia del daño causado o la repercusión social en el mercado en cada uno de ellos.

Dicho lo anterior, TESAU también debe tener en cuenta la totalidad de las consideraciones contenidas en la propuesta de Resolución. Así, la propia propuesta, en la página 72, establecía que *"[A]mbas infracciones forman parte de una conducta o acción coordinada de TESAU, que ha causado un conjunto de efectos en el mercado y se ha tomado en consideración que una parte de dichos efectos se podrían entender sancionados en el expediente RO 2004/1811, pero únicamente en lo que al retraso en la provisión de cada servicio se refiere por no estar habilitado dicho procedimiento en SGO"*.

Es decir, esta Comisión ya está valorando en el presente expediente el hecho de que existan una serie de efectos que producen un reforzamiento de la posición de TESAU en el mercado cuando los retrasos en la provisión de servicios son consecuencia de no estar habilitados los procedimientos en el SGO.

Además, resulta de total relevancia resaltar, que precisamente el hecho de que el SGO no haya estado completamente operativo con todas sus funcionalidades, especialmente las de ventanilla única y repositorio de información de las solicitudes cursadas, obligó a una infravaloración de los retrasos en la provisión de los servicios y, por ende, de los efectos en el mercado considerados en el procedimiento sancionador RO 2004/1811, ya que a falta del registro de información objetiva que debería haber recogido el SGO, se tomaron como referencia para computar los retrasos las fechas de entrega de los datos aportados por la propia TESAU, que no coincidían con los suministrados por los denunciantes. Es decir, muy al contrario de lo apuntado por TESAU, el incumplimiento sancionado en el presente procedimiento favoreció enormemente a Telefónica en la valoración del daño causado en la sanción aludida.

Por otro lado, cosa distinta a los perjuicios anteriormente citados son aquellos otros que resultan únicos de este procedimiento, esto es, los producidos por rechazos de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios por incoherencia o errores en la información suministrada, las dificultades para contratar o para hacer un seguimiento de los servicios contratados o de las incidencias de los mismos, la no disponibilidad de toda la información requerida en las bases de datos o la dispersión la misma. Estos efectos, son los causados por la no habilitación de los sistemas del SGO y sus bases de datos.

Resulta evidente que por la propia naturaleza de los efectos citados, no puede efectuarse de manera precisa y matemática una cuantificación del alcance de los daños derivados de la infracción ya sancionada y de los que se derivan de la que ahora se sanciona. Aun cuando resulta posible en teoría comprender la entidad de los daños producidos por la ineffectividad del SGO (falta de herramienta homogénea de gestión, duplicidades de solicitudes, falta de constancia adecuada de los días a quo y ad quem para la prestación de los servicios OBA, dificultad de control y seguimiento del cumplimiento de los servicios OBA...), la imposibilidad de fijar la cuantía del perjuicio causado por este motivo no puede llevarnos a no considerar el factor del daño del mercado en la graduación de la sanción. Descritos en el expediente RO 2004/1811 los ingentes perjuicios de las conductas de TESAU en los mercados afectados, cuyo origen no viene solamente de las infracciones castigadas en dicho expediente, procede ahora considerar la existencia de una parte de efectos en el mercado derivados del incumplimiento de la obligación de implementar el SGO.

2. Respecto a la falta de causalidad entre la práctica imputada y el daño causado.

De acuerdo con TESAU, *“el SGO es una simple herramienta o facilidad interrelacionada con la OBA pero que no dispone de naturaleza propia suficiente o bastante para que su hipotética inexistencia o deficiencia cause un daño en el mercado”*. Continúa TESAU considerando que *“la Propuesta de Resolución no ha probado la relación que habría entre la supuesta incorrecta implementación del SGO y el desarrollo de la banda ancha en España”*.

Cabe decir que **TESAU no puede decidir qué importancia tiene el SGO en la provisión de los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle del abonado para sus competidores. En primer lugar porque TESAU cuenta con un sistema informático análogo e incluso superior al SGO para el tratamiento de las altas, su seguimiento y consulta de incidencias así como de todos los elementos adicionales necesarios para la prestación de sus propios servicios minoristas⁸**. El hecho de que este operador disponga de este tipo de sistemas y que las consultas internamente no se realicen a través de correos electrónicos o faxes indica la importancia de este tipo de herramientas a la hora de dar un servicio minorista adecuado y competitivo.

Adicionalmente debe señalarse que **los operadores alternativos pueden contratar los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle únicamente con TESAU, dependiendo totalmente de dicho operador.**

⁸ Ver Informe Anual 2003 de Telefónica I+D. Como se observa, ya en el año 2003, el Grupo Telefónica puso de manifiesto la importancia de contar con servicios integrados de gestión de clientes y tramitación de solicitudes (ver páginas 50 y 51).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, si bien a TESAU le puede parecer relativa la importancia del SGO en la prestación de los servicios minoristas conexos al acceso desagregado al bucle, lo cierto es que **es una herramienta de una importancia sustancial para ofrecer un servicio de calidad a sus clientes, hecho por el que la propia TESAU ha implementado sistemas de gestión para este tipo de información.** La situación de incertidumbre respecto a las condiciones en que se proveen los servicios mayoristas de acceso al bucle (incumplimiento generalizado de las condiciones reguladas de provisión de los servicios mayoristas de acceso al bucle del abonado) hacen, si cabe, más importante esta herramienta ya que constituye la única fuente de información para los operadores alternativos y para transmitir la misma a sus usuarios.

En este sentido, la imagen de los competidores de TESAU se habría visto afectada tanto por el hecho de los incumplimientos en sí (como se mostró en la citada Resolución de 16 de noviembre) como por las dificultades de éstos para poder informar puntualmente a sus usuarios.

Con respecto a la **causalidad entre las prácticas respecto a la OBA realizadas por TESAU y el impacto de las mismas en los mercados conexos, cabe recordar que, de acuerdo con la Jurisprudencia de las autoridades de competencia, el debilitamiento de los competidores implica, en términos generales, efectos en el mercado.** Así, por ejemplo, en el caso Hoffmann-La Roche, el Tribunal de Justicia Europeo estableció que los abusos de posición de dominio pueden afectar a los consumidores finales no sólo directamente sino también de forma indirecta a través de conductas que debiliten la estructura competitiva en el mercado⁹. Por tanto, existe un vínculo directo reconocido por jurisprudencia consolidada entre el debilitamiento de los competidores y el nivel de competencia y, por tanto, el bienestar del consumidor.

Por ello, resulta evidente **la relación de causalidad entre las prácticas de TESAU en relación con el SGO, el debilitamiento de la presión competitiva que afronta este operador en el mercado minorista en tanto que sus competidores se encuentran en una situación de desventaja competitiva y, finalmente, los efectos para las condiciones en que los consumidores pueden adquirir los servicios finales.**

En conclusión, **el SGO no es una herramienta accesoria en el marco de la OBA sino que es un elemento esencial para que los operadores alternativos a TESAU puedan competir con el operador tradicional.** Este aspecto se ve potenciado por el hecho que TESAU no haya cumplido con las condiciones reguladas de provisión de estos servicios lo que ha acentuado el efecto de no contar con dicha herramienta. Por tanto, **los operadores alternativos han visto mermada su capacidad de competir con TESAU por no contar con un sistema integrado de gestión de la información.** Finalmente, las prácticas encaminadas a la restricción en la capacidad de competir de los operadores alternativos tienen, de acuerdo con la Jurisprudencia, un impacto en el bienestar de los consumidores.

3. Respecto a la ausencia de efectos perjudiciales en el mercado.

⁹ Caso C 85/76 [1979] ECR 461, Párrafo 125 (Article 82 of the Treaty “covers not only abuse which may directly prejudice consumers but also abuse which indirectly prejudices them by impairing the effective competitive structure as envisaged by Article 3 (f) of the Treaty”).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

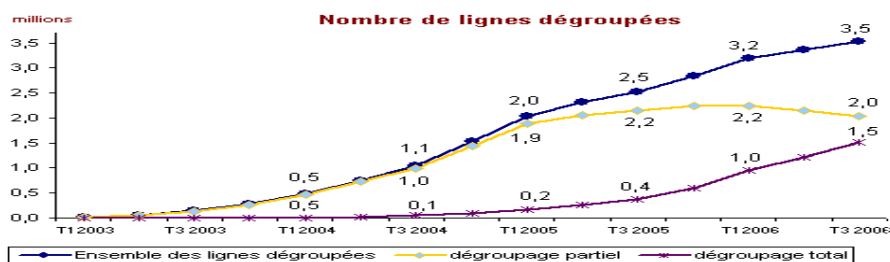
De acuerdo con TESAU y de forma adicional a los argumentos anteriores, que no se comentarán de nuevo en este apartado, el mercado de banda ancha en España es *“un mercado altamente competitivo en términos de precios y de servicios y se ve reflejado en la posición competitiva de los distintos operadores en el mercado”*. De esta forma, los argumentos de este operador vendrían corroborados, esto es, la ausencia de cualquier tipo de impacto derivado de las prácticas realizadas por TESAU ha sido confirmada por la existencia de un mercado profundamente competitivo en España.

Con respecto a la ausencia de efectos en el mercado, TESAU se remite a los argumentos realizados en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 si bien los enumera y completa. Siguiendo el mismo razonamiento, esta Comisión considera que la situación del mercado analizada en dicha Resolución resulta de aplicación si bien, siguiendo el esquema de TESAU, se analizan sus alegaciones a continuación.

Alega TESAU que:

- a) El número de bucles desagregados ha crecido de forma muy significativa. De acuerdo con este operador, prueba de la ausencia de cualquier tipo de impacto de las prácticas de TESAU sobre el mercado es que “[E]l desarrollo del acceso al bucle de abonado en España ya creció un 17% mensualmente entre enero de 2005 y marzo de 2006, el cuarto más rápido de la Unión Europea”. Compara posteriormente TESAU la situación en Francia con la española.

Con respecto a lo anterior cabe decir que ambas situación no son comparables para el periodo objeto de análisis. Así, se presenta a continuación la evolución del número de pares desagregados en Francia:



Fuente: www.arcep.fr (abril 2007)

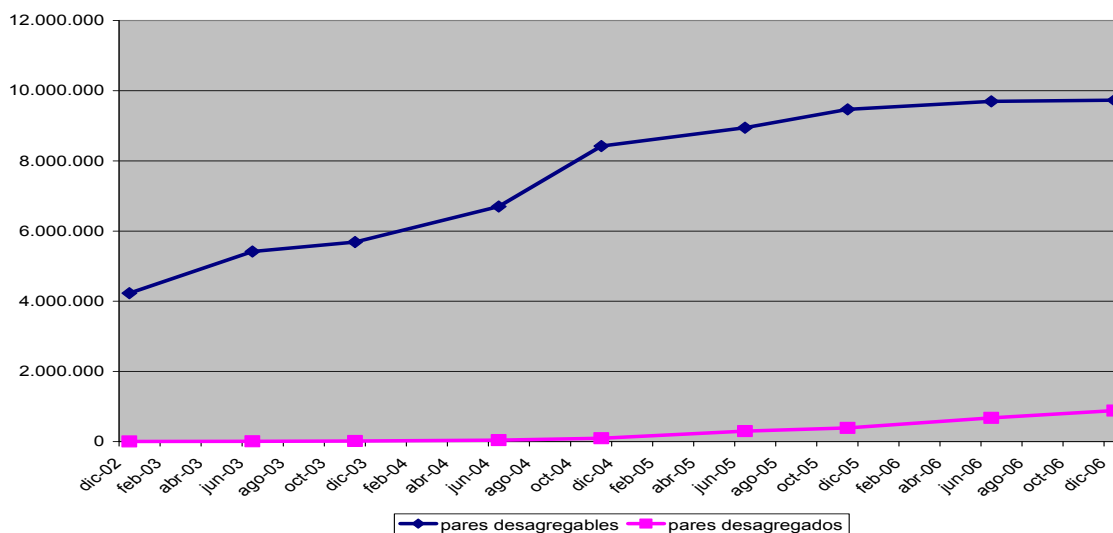
Como se observa, en el primer trimestre de 2004, en Francia se contaban 500.000 bucles (cuando en España había casi 23.300, casi 22 veces menos). Un año después había en Francia más de 2 millones de bucles, lo que supuso un incremento del 300%. Por su parte, en España se finalizó el primer trimestre de 2005 con 179.800 bucles desagregados que si bien supuso un incremento elevado, lo cierto es que la situación con Francia es significativamente diferente. Finalmente, en el tercer trimestre de 2006, había en Francia 3.2 millones de bucles desagregados por los 546.705 bucles en España. Este diferencial supone que en Francia existen 5.8 veces más bucles.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior demuestra que en gran parte del periodo analizado el acceso de los operadores alternativos al bucle desagregado era muy complicado y sensiblemente diferente a la situación en otros países europeos. Por tanto, la comparación del crecimiento de líneas desagregadas, como hace TESAU, disfraza la situación existente entre marzo de 2005 y marzo de 2006 dadas las importantes diferencias de partida.

Este hecho contrasta con los esfuerzos realizados por los operadores alternativos que para el mismo periodo consiguieron incrementar de forma sustancial sus niveles de cobertura, como muestra la gráfica siguiente:



Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar, existe un largo periodo de tiempo en el que, si bien los operadores alternativos incrementaron sus niveles de cobertura, el número de pares efectivamente desagregados creció en una proporción mucho menor. De lo anterior cabe concluir que las actuaciones de TESAU en el ámbito de la OBA consiguieron efectivamente retrasar la competencia de los operadores alternativos basada en el bucle desagregado.

- b) El mercado español se caracteriza por una intensa competencia en precios. De acuerdo con TESAU, “los precios de acceso a Internet en España –tanto en el segmento residencial como empresarial- se sitúan por debajo de la media de Estados miembros de la UE a diferencia de los estudios citados por la CMT en su Resolución de 16 de noviembre de 2006¹⁰: Estos estudios no han tenido en cuenta determinados factores (principalmente de la demanda) que distinguen el mercado español del de los demás países europeos como son los costes, la

¹⁰ Informe Forrester y los Informes de la OCDE y de OCU. Además estos estudios han comparado los precios “oficiales” sin tener en cuenta los precios reales que resultan de las promociones y otros descuentos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evolución y el tipo de la demanda o el grado de penetración de ordenadores personales y de Internet en los hogares”.

Esta Comisión citó en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 determinados informes independientes cuya información resultaba relevante. TESAU no aporta en sus alegaciones más que juicios de valor y ningún dato objetivo o contrastable sobre el precio de los servicios de banda ancha en España. Lo cierto es que nuevos estudios de organizaciones independientes corroboran que los precios en España continúan siendo relativamente más elevados que en otros Estados Miembros¹¹.

Estado Miembro	Precio total Internet/GDP per cápita
Alemania	0,29
Holanda	0,46
Francia	0,49
Austria	0,58
Suecia	0,64
Reino Unido	0,97
Irlanda	1,09
Italia	1,13
España	1,77
Portugal	3,19

Fuente: *Measuring the Information Society 2007. ICT Opp Index and World Telecom./ICT Indicators. ITU*

TESAU considera que esta Comisión debería tener en cuenta la menor penetración en España -“en enero de 2005 se elevaba a 8,2 líneas por 100 habitantes es decir inferior al de países como Francia (11,3) y Reino Unido (10,3) aunque similar a la de Italia (8,1) y Alemania (8,4)”- a la hora de analizar los precios de los servicios de acceso a Internet.

Cabe recordar en este punto que de acuerdo con la Comisión Europea, los índices de penetración y los precios no son variables independientes sino que existe una correlación inversa entre ambas variables¹².

Finalmente citar que, si bien es cierto que las variables citadas por TESAU son significativas, lo cierto es que el propio estudio de la Sociedad de la Información de Telefónica I+D muestra que la penetración de la banda ancha en España es menor que la que correspondería en función de la penetración de PC:

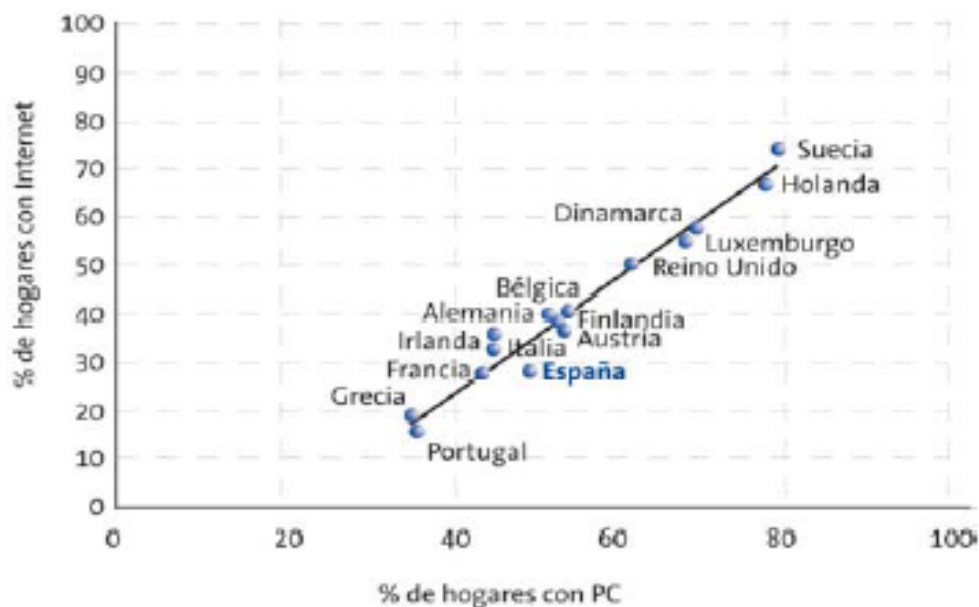
¹¹ Por ejemplo, en el último estudio de la ITU sobre la sociedad de la información (*Measuring the Information Society 2007. ICT Opp Index and World Telecom./ICT Indicators. ITU*), se estimó el precio total de acceso a Internet en % de la renta per cápita del país correspondiente obteniéndose los siguientes resultados:

¹² Ver página 13 “EU Information Society Development 2005-2006”: “Competition lowers prices and lower prices attract more users. Figure 9 shows the final link in the policy chain, a correlation between price and penetration of -0.75.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 2. Penetración de la banda ancha en España en función del número de hogares con PC



Fuente: Telefónica I+D. La Sociedad de la Información en España 2005.

- c) La intensa competencia ha provocado la reducción de la cuota de mercado de TESAU. De acuerdo con este operador, la importante competencia existente en el mercado ha provocado una merma en su cuota de mercado de 10 puntos porcentuales (entre 1/7/2002 y el 1/7/2005). Esta cuota se ha incrementado por el contrario considerando que *“más allá de julio de 2005, observamos que aunque TESAU recupera parte de la cuota de mercado perdida en el mercado de banda ancha, dicha recuperación (de 3,43 puntos porcentuales entre 2005 y 2006) no compensa en absoluto la pérdida que había sufrido anteriormente (de 5,8 puntos entre 2003 y 2005 o de 5,32 puntos entre 2003 y 2004)”*.

Que el Grupo Telefónica ha conseguido aumentar su cuota de mercado durante los últimos tiempos es un hecho irrefutable que la propia TESAU reconoce en sus alegaciones, a pesar del incremento en la capilaridad de las redes alternativas y, en particular, del acceso de los operadores alternativos a sus centrales locales. Así, en el 12º Informe de Implementación, la Comisión Europea reconoce un incremento en la cuota de mercado del operador tradicional desde el 51,5% en julio de 2005 hasta el 55,8% en octubre de 2006¹³.

Con respecto a la consideración de los operadores de cable, si bien su importancia es relevante, cabe hacer las siguientes consideraciones. Por una

¹³ Ver página 141: *“Since mid-2005 the incumbent has gained market share in terms of lines (from 51.5% in July 2005 to 55.8% in October 2006)”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte, esta Comisión en coherencia con las autoridades europeas, han considerado el servicio mayoristas de acceso al bucle del abonado como esencial para conseguir niveles de competencia sostenibles en el largo plazo¹⁴. Por otra parte, en el citado informe de la Comisión Europea se pone de relieve la importancia creciente del acceso desagregado sobre las infraestructuras alternativas de cable¹⁵ *“Si bien muchos factores contribuyen al despegue de la banda ancha la competencia efectiva ha jugado un papel importante en la evolución de las tasas de penetración. Los recientes desarrollos en el ámbito de la desagregación han traído nuevas perspectivas para el desarrollo de la competencia. Hasta hace poco, los países con un mejor desarrollo de la banda ancha tradicionalmente han estado caracterizados por una competencia entre plataformas alternativas (principalmente DSL, V. Cable), lo que permite a los consumidores elegir entre diferentes modos de acceso. Sin embargo la competencia entre plataformas alternativas está limitada en Europa donde el DSL representa más del 80% de las líneas de banda ancha”*).

De todo lo anterior cabe concluir que la actuación de TESAU con respecto a sus obligaciones de provisión del acceso desagregado al bucle ha tenido un impacto relevante en la situación competitiva en los mercados minoristas conexos a dichos servicios.

2. Circunstancias atenuantes.

Se considera que la única circunstancia atenuante que procede considerar es el hecho de que TESAU haya procedido a mejorar paulatinamente el SGO, tanto en lo que se refiere a los procedimientos de los servicios de acceso al bucle de abonado, como a la sistematización de la información y a la disponibilidad de las bases de datos en el SGO, conforme se deduce de las inspecciones llevadas a cabo entre los días 9 a 12 de enero de 2007 y ha sido analizado anteriormente en los Hechos Probados.

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

¹⁴ En efecto, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, la banda ancha se constituyó, dentro de la estrategia de la Unión Europea, en herramienta crítica para el desarrollo de la Sociedad de la Información, y se daba la indicación a los Estados miembros y a la Comisión de iniciar el proceso de la apertura del bucle de abonado, que se convirtió en una prioridad a corto plazo. La Comisión Europea aprobó una Recomendación al efecto, de fecha 25 de mayo de 2000, y posteriormente las iniciativas a nivel europeo dieron lugar a un Reglamento comunitario, ya citado anteriormente, que refleja la relevancia de la cuestión. Estas iniciativas no han perdido vigencia como muestra la estrategia “i2010: European Information Society” adoptada por la Comisión Europea con fecha 1 de junio de 2005

¹⁵ *“[W]hile many factors contribute to broadband take-up, effective competition has played a key role in driving up penetration rates. Recent developments in terms of unbundling have brought about new perspectives for competition developments. Until recently, the best performing countries in broadband take-up have traditionally been characterised by competition between alternative platforms (mostly DSL v. cable), which allows consumers to choose between different modes of access. However, competition from alternative platforms is limited in Europe where DSL now represents more than 80% of broadband lines”*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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).

SEXTO.-Contestación a otras alegaciones de TESAU presentadas a la propuesta de resolución.

En su escrito de abril de 2007 TESAU realiza otra serie de alegaciones a las anteriormente tratadas en los respectivos fundamentos de derecho de tipicidad y culpabilidad que se proceden a contestar a continuación.

1. Volumen de actividad, complejidad del SGO y vinculación indisoluble con la OBA.

TESAU manifiesta en su Alegación Primera del escrito de fecha 24 de abril de 2007 que el SGO es una **herramienta accesorio** a su obligación principal: desagregar los bucles de abonado, y que ya implementó el sistema a iniciativa propia antes de que se constituyera como obligación regulatoria.

Por otra parte, hace referencia al gran nivel de **complejidad** del SGO, que debe gestionar distintos servicios e interactuar con diversos sistemas, complejidad que a su juicio aumenta con **el volumen de solicitudes**, y concluye indicando que las inversiones en SGO son superiores a las aprobadas originalmente.

En cuanto a su consideración del SGO como *“herramienta o facilidad accesorio respecto de la obligación principal: desagregar los bucles de abonado”*, debe recordarse a TESAU que la implementación en forma de herramienta web del modelo de procedimientos administrativos para la tramitación de los servicios de la OBA y la gestión de incidencias de dichos servicios es una obligación que se encuentra perfectamente definida en los apartados 1.5.1 y 1.6 de la OBA.

Los procedimientos aplicables y las bases de datos de información forman parte del contenido mínimo de la oferta de acceso al bucle de abonado que se recogía en el Reglamento comunitario y en el Reglamento nacional de acceso al bucle (posteriormente en la Directiva de Acceso y en el Reglamento de Mercados), **con lo que no cabe duda de que la herramienta web prevista en la OBA constituye un elemento imprescindible de ésta**, y no una parte “accesorio” implementada a iniciativa propia.

TESAU hace alusión a la complejidad y magnitud de SGO, derivada de los distintos servicios que gestiona y de su necesaria interacción con diferentes sistemas internos de TESAU, aportando un diagrama de bloques del módulo de SGO dedicado a la tramitación de los servicios asociados a la desagregación de bucle. También hace referencia al gran volumen de peticiones que gestiona el SGO.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, señalar que no se pone en duda la magnitud y complejidad del SGO, de hecho por este motivo se concedió a TESAU un plazo suficientemente extenso, en concreto de 6 meses para la implementación de una versión para pruebas y 8 meses para una versión definitiva, a computar desde la aprobación de la resolución de 29 de abril de 2002, que puso fin al expediente MTZ 2001/4038. En cuanto a las bases de datos de los servicios de información de la OBA, se concedió a TESAU un plazo de 4 meses para su implantación, y 6 meses para su completa actualización desde la aprobación de la citada resolución.

En las inspecciones efectuadas en enero de 2007 se ha podido verificar que el SGO y las bases de datos de los servicios de información de la OBA todavía no están implantados en toda su funcionalidad y presentan numerosas deficiencias. **El tiempo transcurrido desde la expiración del plazo para la compleción del SGO (más de cuatro años) constituye una muestra inequívoca de la falta de diligencia de TESAU en cuanto a cumplir con dicha obligación.** Es evidente que no ha dedicado los recursos suficientes para este fin, y no se puede aceptar como justificación la complejidad del sistema, pues los sistemas que **TESAU utiliza para la gestión de los diversos servicios que presta a nivel minorista evidentemente son altamente complejos y manejan una cantidad ingente de información, dado el volumen de actividad de TESAU.**

En consecuencia, ni la complejidad de SGO, ni el volumen de solicitudes que gestiona, justifican en modo alguno que no se haya completado su desarrollo, dado que la capacidad de TESAU para llevar a cabo dicho desarrollo en los plazos que se le otorgaron, está fuera de toda duda, sino que más bien se trata de una falta de voluntad de TESAU para completar adecuadamente la implantación del SGO.

Adicionalmente, es destacable que el diagrama de bloques que aporta TESAU corresponde a una versión muy reciente del SGO, lo cual es deducible del hecho de que incluye el bloque correspondiente al sistema de información de planificación y seguimiento, cuya implantación deriva de una obligación impuesta mediante la resolución de 14 de septiembre de 2006, que pone fin al expediente MTZ 2005/1054 de modificación de la OBA, en la que se concede a TESAU un plazo de 4 meses para completar este desarrollo. Por consiguiente, **no refleja en modo alguno la situación de SGO al vencimiento de los plazos que se otorgaron a TESAU para su implementación en la citada resolución de 29 de abril de 2002.**

TESAU afirma haber realizado una inversión total hasta finales de 2006, de **[CONFIDENCIAL]** euros. En primer lugar debe destacarse que TESAU no precisa qué porcentaje de dicha cifras corresponde al bloque de SGO no utilizado para la tramitación de servicios de la OBA, sino dedicado a servicios de los previstos en la OIR y a la gestión de la preselección. En todo caso, la inversión es sensiblemente inferior a la considerada por esta Comisión: en el estudio de costes de la OBA se ha estimado una inversión inicial de **[CONFIDENCIAL]** euros para la implantación del SGO y **[CONFIDENCIAL]** euros para el desarrollo de las bases de datos de los servicios de información de la OBA, es decir, una inversión inicial total de **[CONFIDENCIAL]** euros, cantidad que supera el gasto total asumido por TESAU hasta finales de 2006. Adicionalmente a esta inversión inicial, se han previsto una serie de gastos anuales de mantenimiento muy importantes. Por consiguiente, las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previsiones del estudio de costes de la OBA superan los costes totales en los que ha incurrido TESAU en concepto de desarrollo del SGO.

2. Caducidad del expediente sancionador

Según se desprende de la Alegación Segunda, TESAU manifiesta que el presente procedimiento sancionador ha caducado ya que, a su juicio, la ampliación de plazo para resolver el procedimiento acordada con fecha 13 de diciembre de 2006 por un periodo de 4 meses se basó en motivos y causas improcedentes, resultando ser contraria a derecho. Ello dió lugar a la caducidad del expediente cuyo plazo máximo de resolución finalizó el 18 de enero de 2007.

Manifiesta TESAU al respecto que la justificación de la ampliación en la voluminosidad y complejidad del expediente, resulta improcedente máxime cuando la Administración no ha actuado con la diligencia o celeridad que requerían los “*graves perjuicios*” causados por la actitud de la imputada.

Añade TESAU que resulta radicalmente contrario a los principios informadores de cualquier expediente administrativo, y concretamente a un sancionador, que la ampliación de plazo para resolver se produzca con el objetivo de analizar la documentación y finalizar una instrucción para la que la Administración ha contado con el plazo previsto normativamente y además con otro año y medio anterior durante el cual se acordó la incoación de un expediente sancionador que finalmente fue archivado por caducidad (RO 2003/1737) y cuyas actuaciones han sido incorporadas en el presente procedimiento.

Asimismo, añade la imputada que *“la interpretación conjunta del artículo 42.6 eleva a la conclusión de que la ampliación del plazo se encuentra inexorablemente unida a la dificultad de la tramitación derivada de la existencia de un número de solicitudes formuladas o de personas afectadas, que hagan imposible el cumplimiento del plazo originariamente previsto, y que esa imposibilidad no pueda ser salvada con la habilitación de medios personales y materiales exigidos por el primer apartado del artículo 42.6 “.*

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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, según TESAU la ampliación de plazo para resolver el procedimiento acordada con fecha 13 de diciembre de 2006 por un periodo de 4 meses se basó en motivos y causas improcedentes, resultando ser contraria a derecho y llevando aparejada por tanto la caducidad del expediente.

Dicho argumento no puede ser considerado de ninguna manera por esta Comisión ya que la ampliación de plazo se acordó por esta Comisión con razones sobradamente justificadas tales como:

- La necesidad de analizar un número elevado de conflictos que se han remitido al presente procedimiento sancionador, esto es, 15 conflictos señalados en el antecedente décimo de la presente Resolución con su respectiva documentación.
- La necesidad de analizar los requerimientos de información realizados con fecha 16 de octubre de 2006 a diferentes operadores.
- La necesidad de analizar las alegaciones de TESAU así como la documentación aportada en el seno del expediente RO 2003/1737, siendo precisamente solicitada dicha aportación al presente expediente por parte de la interesada en el periodo de prueba.
- La necesidad de realizar, también precisamente a propuesta de la interesada, las Inspecciones llevadas a cabo en enero de 2007 para comprobar la disponibilidad y funcionalidad del SGO y de las bases de datos de información en el mismo periodo de prueba citado anteriormente.
- La necesidad de analizar cuantiosas alegaciones aportadas por la imputada tanto en los diversos conflictos acumulados como en este procedimiento sancionador, así como los hechos que finalmente han sido considerados como probados en la presente Resolución.

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 TESAU impugnaba la Resolución de la CMT de 10 de julio de 2003 que resolvía el expediente sancionador AJ 2002/7247. Así, al alegarse por la parte actora la caducidad del procedimiento sancionador por haber sido superado el plazo correspondiente para resolver, la Audiencia determinó que “(...) con relación a la ampliación del plazo de tres meses, (...), **no cabe admitir objeción de ilegalidad**, dadas las circunstancias concurrentes pues el número de posibles infracciones afectaba a varias empresas con importante cuantía; **la decisión fue motivada y notificada a la empresa sancionadora, y está justificada sobradamente atendiendo a la amplia labor inspectora desplegada, contenida en cuatro de las cinco cajas del expediente administrativo**”

De igual manera, en la Sentencia de 14 de septiembre de 2005 en la que TESAU impugnaba la Resolución de la CMT de 30 de abril de 2003, la Audiencia Nacional se pronunció señalando en el Fundamento Primero lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“ (...) Tal y como ha razonado el instructor del procedimiento sancionador incoado a TESAU y TTP que trae causa en su propuesta de ampliación del plazo máximo de resolución, ésta se justifica por la especial **complejidad del procedimiento**, derivada de los actos de instrucción que constan en el expediente. (...)”*

*El acuerdo de ampliación del plazo para resolver llevada a cabo en el expediente administrativo presenta una motivación objetiva y razonable, cual es la especial complejidad de la Instrucción, que justifica el uso de la previsión excepcional del artículo 46 de la Ley 30/1992. En efecto, se comprueba en el expediente administrativo que la CMT realizó múltiples actuaciones tendentes a constatar si existió realmente incumplimiento por parte de la actora (...) el órgano encargado de la instrucción tuvo que analizar la abundante documentación remitida (...) y tuvo que evaluar si existía o no cualquier tipo de discriminación respecto de las empresas de telefonía de uso público, precisando para ello un examen pormenorizado y detallado de las circunstancias concurrentes. Ello **implica objetivamente una dificultad y complejidad que sustentan la decisión ampliatoria del plazo para resolver, que justifica, en este concreto caso, el acudir a la facultad contemplada en la Ley**”.*

Resulta necesario resaltar por un lado la dificultad con que se ha encontrado la Instrucción del presente procedimiento a la hora de delimitar el período sancionado debido a la continuidad de la infracción en el tiempo, que comenzó en noviembre de 2002 y se acota finalmente a enero del presente año, y por otro, que precisamente el hecho de realizar todas las pruebas que se han practicado, y en concreto las inspecciones de enero de 2007, han beneficiado a la imputada al considerarse como atenuante la mejora en la implementación del SGO que se observó en las últimas inspecciones respecto a las que se realizaron en el 2005.

Por último, cabe reseñar que el argumento de TESAU en el que relaciona la poca diligencia o celeridad con que la Administración ha actuado si se estaban produciendo graves perjuicios por su actitud, es preciso señalar que no es la sanción la medida adecuada para evitar los perjuicios provocados por los incumplimientos; antes bien, lo procedimientos sancionadores no hacen sino constatar los perjuicios ya producidos, correspondiendo a las Resoluciones de la CMT en las que se imponen las obligaciones de hacer o no hacer, la función que TESAU pretende atribuir a las sancionadoras. De ello deriva, precisamente, la relevancia que el Ordenamiento atribuye al efectivo y puntual cumplimiento de aquéllas por sus destinatarios, consciente el legislador de que la sanción a a posteriori no es ya capaz de subsanarlos.

3. Nulidad de los requerimientos de información y Actas de Inspección al amparo del artículo 62.1.A) de la Ley 30/92 en relación con el artículo 24 y 25 de la Constitución.

En la Alegación Tercera del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución TESAU realiza una serie de consideraciones relativas a los requerimientos de información y actas de inspección que se resumen principalmente en:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que las pruebas practicadas en el presente procedimiento consisten fundamentalmente en las diversas Actas de Inspección realizadas por la CMT y en los diversos requerimientos de información emitidos principalmente en el marco del procedimiento sancionador RO 2003/1737.
- Que las Actas de Inspección del año 2005 fueron efectuadas con clara vulneración del derecho de defensa que le correspondía a la imputada, ya que no se le comunicó su realización, ni se le permitió asistir a su práctica ni pudo realizar las alegaciones que considerara oportunas.

TESAU añade en lo que se refiere a las Actas de Inspección realizadas en el año 2005 que, por aplicación analógica del artículo 34.1.ñ) de la Ley General Tributaria, *“el inspeccionado tiene derecho a que se le informe del inicio de las actuaciones de comprobación o inspección, así como de su naturaleza y alcance, pudiendo efectuar alegaciones a dichas actuaciones con anterioridad a la decisión o no de apertura en base a las mismas de un procedimiento sancionador”*.

- Que las Actas de Inspección y los requerimientos de información efectuados en el marco del procedimiento sancionador RO2003/1737 fueron realizados en el seno de un expediente administrativo finalizado mediante Resolución declarativa de la caducidad careciendo de eficacia o virtualidad jurídica de ningún tipo.
- Que un requerimiento de información en el seno de un expediente sancionador no es un medio de prueba válido en Derecho pues se aplica supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y en la misma se enumeran los medios de prueba de los que se puede hacer uso.

A lo alegado por TESAU se realizan las siguientes consideraciones:

En primer lugar, señalar que la prueba practicada en el presente procedimiento sancionador, no está formada solamente por las Actas de Inspección realizadas en el año 2005 en el marco del expediente RO 2003/1737 tal y como argumenta TESAU, sino que además, como consta en la Instrucción y en la documentación existente, se han tenido en cuenta a la hora obtener los Hechos Probados otras actuaciones como son la documentación y alegaciones de los 15 conflictos que se han incorporado al procedimiento, las Actas de Inspección realizadas en enero de 2007 o los requerimientos de información realizados el 16 de octubre de 2006 a diferentes operadores.

En segundo lugar, en contra de lo señalado por TESAU sobre la vulneración del derecho de defensa de la imputada al no comunicársele la práctica de las Actas de Inspección realizadas en el año 2005, procede señalar por esta Comisión que como consta en el documento 34 del presente procedimiento, mediante escrito del instructor de fecha 14 de julio de 2005 fue notificado a TESAU el Acuerdo de Apertura del Período de Prueba en el cual se estimaba pertinente en base al artículo 137.4 de la LRJPAC la práctica de oficio de prueba documental consistente en la comprobación de la disponibilidad y funcionalidad del SGO y de las bases de datos recogidos en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OBA, siendo entregado en el domicilio social de la imputada según muestra Acuse de Recibo de Oficina de Correos el 19 de julio de 2005.

En lo que se refiere a la supuesta indefensión producida por la no asistencia de la imputada a la práctica de la prueba y en consecuencia la imposibilidad de realizar las alegaciones oportunas, debe indicarse que se con carácter general y, por lo que se refiere a la indefensión, nos encontramos ante un concepto relativo que hay que interpretar desde la perspectiva del procedimiento en su conjunto, a lo largo del cual el interesado tiene diferentes oportunidades de defenderse y poner de manifiesto sus puntos de vista.

Así, en el presente caso y al amparo de los artículos 3, 16 y 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, se han respetado los derechos de la imputada de aducir alegaciones y de acceder a los registros y documentos que formaban parte del expediente. Además, TESAU ha tenido la oportunidad de acudir a las segundas Inspecciones realizadas en enero del presente año así como solicitar el acceso al expediente en tres ocasiones, el 7 y 14 de febrero de 2006 y el 21 de marzo de 2007 tomando vista del expediente sancionador RO 2006/12 y del RO 2003/1737 adjunto y obteniendo copias de la documentación obrante. Asimismo, ha tenido posibilidad de proponer cualesquiera pruebas que le han parecido convenientes.

Al respecto resulta interesante lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988/804) en cuanto a la práctica de una prueba pericial analítica, llevada a cabo por la Administración demandada y que no fue notificada. Así, se señala por el TS que : *“(...) hay que puntualizar que la alusión que acabamos de hacer a la posible indefensión de la recurrente, no se refiere a la que la misma suele darse en el plano dialéctico del proceso, sino a la forma incompleta de practicarse determinada prueba, lo que no prejuzga en absoluto el problema, ya que, aún con ese defecto, el juzgado tiene que seguir el enjuiciamiento del caso, cuyo final no ha de depender de la pureza o la defectuosidad de un trámite, sino del grado de convicción que el conjunto de elementos disponibles en las actuaciones ofrezca al Tribunal para resolver acertadamente el fondo del asunto”*.

Respecto a la analogía aplicada por TESAU del artículo 34 de la Ley General Tributaria al presente caso aduciendo que se debía haber informado de las actuaciones de inspección realizadas en el año 2005 para poder efectuar alegaciones a dichas actuaciones con anterioridad a la decisión o no de la apertura de un procedimiento sancionador, procede realizar dos consideraciones por esta Comisión:

Por un lado, que no resulta aplicable dicho artículo invocado al encontrarnos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador al que le resulta aplicable la LRJPAC, que recoge los principios generales de la potestad sancionadora, así como en lo establecido con carácter específico para este tipo de procedimientos en el Real Decreto 1398/1993.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, en contra de lo argumentado por TESAU, señalar que la Instrucción del presente procedimiento no realizó la Actas de Inspección del año 2005 al amparo de lo establecido en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador como actuaciones previas anteriores a la iniciación de un procedimiento, sino en el marco del periodo de prueba del procedimiento iniciado y en base a lo dispuesto en el artículo 17 de dicho Reglamento.

En cualquier caso, ni siquiera el art. citado de la Ley General Tributaria exige el conocimiento previo de las actas de inspección antes de la apertura del procedimiento de inspección. Las actas de inspección se desarrollan en el seno del procedimiento inspector tributario, y no antes, y la puesta inicial en conocimiento al contribuyente del alcance de la inspección sólo significa eso, la comunicación del alcance de la potestad de investigación. El contribuyente no tiene derecho a ser informado y a alegar previamente a la incoación de un procedimiento inspector, sino una vez abierto, y a medida que se va desarrollando.

En tercer lugar, resulta totalmente factible jurídicamente, en contra de lo alegado por TESAU, tener en cuenta en el presente procedimiento sancionador tanto las Actas de Inspección como los requerimientos de información que se efectuaron en el marco del expediente RO 2003/1737 finalizado mediante Resolución declarativa de la caducidad del mismo.

El propio artículo 66 de la LRJPAC, en el marco del procedimiento administrativo común, señala en cuanto a la conservación de actos y trámites que *“el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”*

De esta manera, en base a lo consagrado por los principios de *“favor acti”* así como el de economía procesal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, se deben conservar los actos cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones (dilatándose la tramitación, en contra del principio de celeridad y eficacia si no se hiciera así) para llegar a idénticos resultados.

Dicho lo anterior, procede tener en cuenta también la diferencia existente entre los conceptos de prescripción y caducidad al tener cada una de ellas consecuencias diferentes, es decir, el vencimiento del plazo de prescripción implica la definitiva imposibilidad de perseguir y sancionar un comportamiento antijurídico o de exigir la sanción ya impuesta, mientras que el vencimiento del plazo de caducidad del procedimiento no impide que con posterioridad pueda enjuiciarse un nuevo procedimiento destinado a los mismos fines que el ya caducado.

Así, la doctrina legal sobre el particular es fijada por la Sentencia de 10 de junio de 2003 (Recurso de Casación 5/2002), según la cual:

“La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92, no extinguen la acción de la Administración para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejercitar potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma ley”.

Es más, como señala la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001 (5624/2002) a colación de lo anterior:

“resulta, por lo demás, evidente que el acuerdo de reiniciar el expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia (...) determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido el mandato legal citado. Por otra parte, la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente, como son las actas e informes y documentos en los que se funda el acuerdo de inicio, respecto del cual se produjeron con anterioridad. Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a éste, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos en éste.”

Por lo tanto, queda plenamente justificado en base a reconocida doctrina y jurisprudencia, en contra de lo argumentado por TESAU, la remisión al presente expediente tanto de la prueba de Inspección como de los requerimientos de información realizados en el marco del procedimiento RO 2003/1737.

Por último, en cuanto a la alegación de TESAU relativa a la invalidez de los requerimientos de información en el seno de un expediente sancionador como medio de prueba en Derecho al no estar recogidos en la enumeración que de los mismos aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cabe manifestar que la realización de dichos requerimientos han sido ejecutados por el órgano instructor de oficio al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, y del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora para el examen y mejor conocimiento de los hechos y no como prueba testifical como quiere hacer parecer la imputada en sus alegaciones.

Es más, dichos preceptos son una declaración de la obligación que tiene el propio órgano instructor en el procedimiento, puesto que es éste, quien tiene la carga de la prueba para sancionar al presunto infractor. Es decir, para el interesado, las actuaciones y alegaciones son un derecho, a diferencia del instructor quien es el que debe acreditar los hechos para sancionar, por mandato expreso de la Ley en la que se indica que *“el instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción”*.

Por lo tanto, esta Comisión tiene la obligación de utilizar todos los medios a su alcance para acreditar los hechos susceptibles de ser sancionados, en garantía del administrado, sirviéndose de los diversos instrumentos contenidos en la Ley, y así es como lo ha hecho, aplicando los artículos 78 de la LRJPAC y el 16 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. Dichas actuaciones, se han concretado en la facultad que tiene la Administración, y en el deber que tienen los particulares de colaborar con la Administración. Así, el artículo 39 de la LRJPAC, establece que *“los ciudadanos están*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos en la Ley”, previsión que se contiene en la LGTel, que en su artículo 9 faculta a la Comisión para *“requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas”,* la información necesaria para, entre otros, *“cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico”,* habiendo sido dichas solicitudes de información motivadas y proporcionadas.

En este sentido, TESAU ha tenido conocimiento en su momento de todos los requerimientos efectuados, ha podido alegar lo procedente y ha podido instar las pruebas pertinentes, sin que parezca que por ello se haya vulnerado ninguno de los derechos del art. 24 de la Constitución.

En cualquier caso, obran en este procedimiento pruebas suficientes (basta con leer los once expedientes acumulados) que permiten entender acreditada sobradamente la falta de implementación debida del SGO, por lo que aun cuando se prescindiera de las Actas y de los requerimientos impugnados por TESAU seguiría existiendo prueba de cargo suficiente para sancionar la conducta de TESAU.

SÉPTIMO.- Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) del mismo texto legal son las siguientes:

“(…) 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 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

Por su parte, el artículo 131.2 de la LRJPAC determina que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, estableciendo el apartado siguiente del precepto los criterios que han de ser tenidos en consideración para la graduación de la sanción, examinados con anterioridad.

A. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En aplicación de los anteriores criterios, procede señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción. A tal efecto, el informe de la Dirección AEM señala que los efectos de los incumplimientos, al objeto de determinar los beneficios



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obtenidos en la comisión de la infracción, forman parte de un conjunto de efectos que son resultado de la acumulación de los incumplimientos de la OBA por TESAU analizados en el expediente RO 2004/1811 y de la infracción actual, remitiéndose a su análisis hecho en aquel expediente.

Tal y como se señaló en la Resolución de 16 de noviembre de 2004 recaída en el expediente citado, no es posible la aplicación de esta fórmula considerando el tipo de infracción cometida, dado que resulta prácticamente imposible la determinación del número de líneas afectadas por la infracción. Además, ha de indicarse que entre los beneficios, cuya cuantificación no es posible determinar, se incluyen una serie de beneficios indirectos obtenidos por TESAU, resultante de haber alterado las condiciones de competencia en su favor y en perjuicio de los operadores alternativos, no siendo posible cuantificar dichos beneficios. Por ello, el límite máximo que cuantifica la sanción en relación con el beneficio económico obtenido no es de aplicación en el presente caso.

2. 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 la omisión del cumplimiento de unas obligaciones establecidas, no es posible determinar qué fondos pueden haberse destinado a la comisión de la infracción (asimismo citado en la página 5 del informe de la Dirección AEM).
3. Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio o en el ejercicio actual y la cifra de 20 millones de euros.

Tal como se ha señalado recientemente en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811), 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 mercantil¹⁶ no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.

Consultada la Dirección AEM en su interpretación de la **rama de actividad afectada**, la misma ha señalado que tal concepto coincide con el apuntado por tal Dirección en el expediente RO 2004/1811. En particular:

“(...) las consideraciones realizadas en dicho informe aplican a los incumplimientos del presente expediente en tanto que las prácticas se refieren a los mismos servicios regulados (acceso de los operadores a los servicios de acceso desagregado al bucle) y tienen, como se ha justificado anteriormente, los mismos efectos en los mercados descendentes. De esta forma, las ramas de actividad deben ser las mismas:

- *Servicio de acceso telefónico fijo;*

¹⁶ Como señalaba el informe emitido por la Dirección de Asesoría Jurídica de esta Comisión en aquel expediente (página 8 del mismo), la rama de actividad se caracteriza por ser un conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Servicio de acceso a Internet de banda ancha minorista;*
- *Servicio de acceso mayorista de banda ancha;*
- *Servicio de acceso desagregado al bucle.”*

Conviene reproducir las consideraciones alcanzadas en la Resolución de esta Comisión de 16 de noviembre de 2006:

“(…) 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 TESAU¹⁷.

Además, es preciso tener en cuenta qué otras ramas de actividad se encuentran afectadas por la no prestación en las condiciones reglamentariamente establecidas de los servicios OBA por parte de TESAU. En este sentido, el informe de la Dirección de Asesoría Jurídica de esta Comisión se pronuncia en sentido afirmativo al señalar que “en la medida en la que la infracción de TESAU haya afectado a servicios minoristas, obteniendo TESAU beneficios con ello, los ingresos obtenidos en los mismos podrán integrar el importe total de la sanción a imponer”¹⁸. En idénticos términos se pronuncia el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados, que también confirma que “la rama afectada a que se refiere el artículo 56 de la LGTel supera ampliamente el nivel mayorista en que estos servicios se prestan”¹⁹.

(…) En el presente caso, las actividades afectadas son “aquellos servicios en los que el bucle de abonado es un elemento esencial para que los competidores alternativos puedan competir en los servicios minoristas conexos y en los que TESAU contaba con un beneficio esperado relevante”. Debe tenerse en cuenta que sólo se consideran los servicios sobre los que la conducta de TESAU ha impactado realmente y en los que tenía incentivos para incidir negativamente en las condiciones de competencia²⁰.

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

En aplicación de los principios enunciados, el informe señala que entre los servicios afectados por la comisión de la infracción pueden incluirse, además del servicio de acceso al bucle, los siguientes:

¹⁷ Ver página 17 del informe de Asesoría Jurídica y página 19 del Informe de la Dirección AEM.

¹⁸ Ver página 19 del mismo.

¹⁹ Página 18 del mismo.

²⁰ A título de ejemplo en cuanto al uso de estos mismos principios, se citan las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a, del Reglamento (CE) 1/2003, DOCE C-210, 1 de septiembre de 2006, p.2 establecen los principios prácticos para fijar la multa en función de la gravedad y la duración, sin que, con carácter general, quepa limitar el importe base de la multa a un solo mercado. Así, el párrafo 13 de las directrices señalan que “la fijación de la multa se determina en función del valor de las ventas realizadas por la empresa, que guarden una relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo (“EEE”)”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Servicios de acceso a la red telefónica pública conmutada**, puesto que el bucle desagregado constituye la única alternativa para competir con TESAU en el mercado de acceso. No existen a día de hoy ni en el momento de comisión de la infracción figura de bucle virtual, que es el servicio mayorista que permite a los operadores alternativos facturar a sus abonados el servicio de acceso a la red de TESAU y servicios no preseleccionables (sistema de factura única). Además, la importancia estratégica para TESAU de esta actividad está clara si se tiene en cuenta que en 2005 representó el 25.1% de sus ingresos.
- **Servicios de banda ancha a nivel minorista** teniendo en cuenta que, como se ha explicado, las ventajas que ofrece a los operadores acceder al bucle a nivel mayorista tanto por los costes como por la diversidad de servicios que pueden prestarse para competir con TESAU a nivel minorista lo hacen insustituible a otras alternativas como el acceso indirecto a través del servicio regulado GigADSL o el ADSL-IP. Asimismo, la introducción de nuevas tecnologías se realiza fundamentalmente a través del bucle de abonado, lo que ha permitido a TESAU adelantarse en relación con el ADSL 2+. Por último, los servicios minoristas de Internet y banda ancha han experimentado un crecimiento fortísimo en los últimos años (entre diciembre de 2004 y diciembre de 2005 el número de líneas de banda ancha experimentó un crecimiento del 44,5% en España)²¹ y es el mercado más dinámico en las telecomunicaciones españolas, por lo que los incentivos de TESAU a cerrar el mercado que incluye las actividades minoristas de banda ancha es muy fuerte.”

Respecto a la definición de la rama de actividad afectada, TESAU manifiesta en su alegación novena del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que se trata de una “propuesta extravagante (...) con el único propósito de aumentar el importe de la sanción”.

En concreto, TESAU señala que “[L]os servicios de acceso a la red telefónica pública no debieran incluirse en la rama de actividad afectada o su peso debiera matizarse y ello por tres razones” que pasan a analizarse a continuación:

1.- Su posición en dichos servicios es el resultado de “las obligaciones de servicio universal que le han sido impuestas”. Por este motivo, considera TESAU que el acceso a la red telefónica pública debería eliminarse en tanto que supondría una carga injustificada.

Con respecto a las obligaciones de servicio universal, esta Comisión debe resaltar el derecho que tiene TESAU a que los operadores alternativos le compensen como consecuencia de las pérdidas incurridas por la prestación del servicio de acceso en zonas no rentables²². De esta forma, la carga injustificada que soporta TESAU no sería tal, ya que en el caso de que esta Comisión estimara que ha existido carga injustificada automáticamente se activaría el mecanismo que compensaría el coste soportado por TESAU por la prestación del servicio universal en zonas no rentables.

²¹ Fuente: Resolución 11 de mayo de 2006 (AEM 2005/1454) sobre la definición y análisis del mercado de acceso a banda ancha al por mayor.

²² De acuerdo con el artículo 24.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, “El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de compensación, en condiciones de transparencia, por todas o determinadas categorías de operadores (...)”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente a lo anterior, cabe resaltar que hasta la fecha esta Comisión no ha considerado que la posición competitiva de TESAU se haya visto afectada por la prestación del servicio universal y por tanto no ha estimado la existencia de carga injustificada derivada de la existencia de coste neto del servicio universal. Por tanto TESAU, en ninguna de las dos alternativas posibles señaladas anteriormente (existencia o no de carga injustificada), puede demostrar que las obligaciones derivadas de la prestación del servicio universal que le han sido impuestas suponen una carga injustificada.

Por otra parte, y de acuerdo con los datos que obran en poder de esta Comisión tanto en términos de líneas afectadas como el coste neto estimado por la prestación del servicio universal, viene año tras año reduciéndose de manera notable, siendo su peso relativo poco significativo en la actualidad.

Cabría concluir por tanto, que la doble penalización alegada por TESAU no es tal, teniendo en cuenta los argumentos expuestos anteriormente.

2.- En segundo lugar, TESAU alega que *“es un tanto artificial considerar exclusivamente el acceso a la red telefónica. Ningún operador trata de alcanzar la desagregación del bucle de abonado únicamente por obtener acceso a la red sino sobre todo por prestar en ella, a continuación, diversos servicios”*.

Con respecto a la anterior alegación cabe decir que esta Comisión no ha considerado en ningún momento “exclusivamente” el servicio de acceso sino que, a partir de una metodología que TESAU no cuestiona, se han definido los servicios incluidos en la rama de actividad afectada. TESAU no puede negar que para la prestación del servicio de acceso existen únicamente dos alternativas, el desarrollo de infraestructuras propias o la desagregación del bucle. Por este motivo, se ha considerado que el servicio de acceso era un servicio afectado. Finalmente cabe resaltar que, si bien como dice TESAU el servicio de tráfico de voz está íntimamente ligado con el de acceso, la situación en el nivel mayorista no es comparable (existencia de una OIR a la que los operadores alternativos pueden acudir de forma efectiva), motivo por el que el Informe de la Dirección de Análisis Económico optó por su exclusión.

3.- Por último, de acuerdo con TESAU, el hecho de que en *“a lo largo del análisis del daño causado y del impacto competitivo de la conducta de TESAU (páginas 100 a 109 de la propuesta de resolución) la CMT únicamente ha considerado el mercado de la banda ancha y nunca el del acceso a la red de telefonía fija (ni el de tráfico que le es conexo). Ello se debe seguramente a que –como hemos indicado anteriormente– es el mercado de banda ancha en el que los operadores alternativos quieren ganar terreno”*.

En realidad, la situación es otra. En el mercado de acceso la situación de TESAU es tan incontestable que el análisis del daño es obvio, en tanto que los operadores alternativos no han conseguido arrebatar al operador tradicional ni 15 puntos porcentuales en este servicio desde la liberalización del sector. Así, de acuerdo con el Informe Anual de esta Comisión, a diciembre de 2005, TESAU contaba con el 85,23% de los accesos directos del mercado. Por tanto, si bien es cierto que los operadores alternativos quieren ganar terreno en el servicio de banda ancha, servicio cuyo crecimiento es mayor en estos momentos, lo cierto es que es dudoso que opten por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dejar a TESAU un mercado como el de acceso, con unos ingresos claramente superiores a los de banda ancha (2.768 millones frente a los 1.901 millones de banda ancha).

En conclusión, dada la metodología utilizada en la propuesta, de la que TESAU no realiza alegaciones concretas, esta Comisión considera que no deben modificarse las ramas de actividad afectadas, confirmando que los servicios afectados por los incumplimientos de TESAU son el servicio mayorista de acceso en banda ancha e Internet (que incluye el alquiler de bucle), el servicio minorista de acceso a la red telefónica pública conmutada y el servicio minorista de acceso en banda ancha.

Los **ingresos** obtenidos por TESAU en la rama de actividad afectada por la infracción figuran en la tabla siguiente elaborada con datos del último informe trimestral de TESAU, que cubre el periodo correspondiente a todo el ejercicio del año 2006:

Actividad	Ingresos TESAU (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: TESAU – último informe trimestral 2006.

B. Determinación de la sanción.

De la aplicación al presente caso de las reglas enunciadas anteriormente resultan las siguientes conclusiones:

- No es posible determinar cuál es el beneficio bruto obtenido por TESAU de la comisión de la infracción en el presente caso ni, al tratarse de una infracción por omisión, resulta aplicable el criterio de los fondos totales utilizados en la infracción.
- En el presente caso, la rama de actividad afectada se encuentra delimitada por los servicios de acceso al bucle prestados por TESAU, incluyéndose también para la cuantificación de la misma los ingresos obtenidos por la prestación de servicios a nivel minorista tanto el de acceso en banda ancha como el de acceso telefónico fijo. El 1% de los ingresos obtenidos asciende a 50.028.000 millones de euros, siendo tal cantidad superior a la de 20 millones de euros fijada por el artículo 56.1.a) de la LGTel, por lo que la primera ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se considera de extrema relevancia la infracción cometida, a tenor de las circunstancias agravantes que concurren, en particular, en atención al período de tiempo considerablemente largo que ha tardado TESAU en poner en funcionamiento correctamente el SGO, habiéndosele requerido ello en numerosas ocasiones, afectando finalmente a la competencia en el mercado de banda ancha y a los consumidores y usuarios. Ahora bien, también se tiene en consideración que TESAU ha mejorado el SGO a lo largo del último año, dando cumplimiento, aunque tardío, a las Resoluciones infringidas, si bien siguen existiendo irregularidades.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. TESAU sigue incrementando su cuota en el mercado de banda ancha con respecto a la de sus competidores. Así, como se puede comprobar en el informe de la Dirección AEM (página 7), de los datos aportados por TESAU, se deduce que ha incrementado sus ingresos por la prestación de servicios de banda ancha en un 46,4% en el año 2006 respecto del ejercicio 2005. Este incremento en ingresos se ha debido a un incremento en el número de líneas prestadas por este operador durante el año 2006, como muestran los datos suministrados a esta Comisión en el marco de las obligaciones de información de la OBA (Documento número 47 del expediente). Este incremento ha sido superior a la media del mercado como muestra el hecho que TESAU haya incrementado su cuota para los servicios de banda ancha prestados mediante tecnología ADSL en más de 2 puntos porcentuales, hasta más del 70%.
- Por último, se ha considerado la sanción impuesta en el expediente sancionador RO 2004/1811. En aquel expediente se ha sancionado una infracción distinta, el incumplimiento de los plazos establecidos en la OBA en la provisión de distintos servicios, mientras que en este expediente el hecho infractor analizado es el incumplimiento por TESAU de su obligación de poner en funcionamiento correctamente el SGO, herramienta fundamental para contratar los servicios contenidos en la OBA y para que los operadores alternativos puedan llevar una gestión y seguimiento eficientes de los servicios contratados.

Asimismo, se ha tenido en cuenta que ambas infracciones forman parte de una conducta o acción coordinada de TESAU, que ha causado un conjunto de efectos en el mercado y se ha tomado en consideración que una parte de dichos efectos se podrían entender sancionados en el expediente RO 2004/1181, pero únicamente en lo que al retraso en la provisión de cada servicio se refiere por no estar habilitado dicho procedimiento en SGO. En definitiva, hay una serie de perjuicios y consecuencias gravísimos que son únicos de este procedimiento, como por ejemplo los rechazos de servicios por incoherencia o errores en la información suministrada, las dificultades para contratar y las dificultades para hacer un seguimiento de los servicios



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contratados e incidencias habidas en los mismos que deben ser tenidos en cuenta.

TESAU en su Alegación Octava del escrito de 24 de abril de 2007 hace mención a esta serie de conclusiones que justifican la determinación de la sanción, señalando la falta de proporcionalidad de la misma teniendo en cuenta que el SGO solamente tiene pequeñas deficiencias o imperfecciones propias del desarrollo de un sistema tan complejo, siendo *“un sistema esencialmente perfecto”*, así como que no ha existido repercusión social de las conductas ni un supuesto daño, *“afectando, si acaso mínimamente a la gestión de determinados servicios (...) sin tener incidencia directa o indirecta en la prestación de los servicios minoristas por parte de los operadores y menos aún en el mercado”*.

Al respecto, basta remitirse a lo ya señalado por esta Comisión en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Sexto de la presente Resolución en los que se les da extensa contestación.

De los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia en esta sección y en la precedente, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía de los ingresos de TESAU que figuran en el último informe trimestral publicado correspondiente al ejercicio 2006, donde figuran los ingresos de todo el ejercicio 2006, y teniendo en cuenta que concurren dos agravantes y una atenuante, se estima que procede imponer una sanción de trece millones (13.000.000) de euros.

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. 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 los apartados segundo y tercero 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU en fecha 20 de enero de 2001, y los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, por la falta de puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en relación con distintos procedimientos y las bases de datos de información especificadas en el texto de la presente Resolución, durante el período comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 y enero de 2007.

SEGUNDO. Imponer una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. por importe de trece millones (13.000.000) de euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1182 352110349354 abierta al efecto en el Banco Santander Central Hispano (BSCH). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de 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.

TERCERO. Ordenar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. que ponga en funcionamiento de inmediato en el SGO los procedimientos que falten y que elimine las deficiencias encontradas en dicho sistema.

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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

EL DIRECTOR DE ASESORÍA JURÍDICA

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 O.M. de 9 abril 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera