



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 34/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se impone multa coercitiva en el marco del proceimiento de ejecución forzosa de la Resolución de 2 de abril de 2009 relativa a los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (RO 2009/1235).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 2 de abril de 2009.

Con fecha 2 de abril de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la denuncia de Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) por los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (DT 2008/1184).

El Resuelve del mencionado Acuerdo estableció lo siguiente:

“Primero.- Telefónica deberá disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista, en el plazo de tres semanas desde la notificación de la presente resolución. Asimismo Telefónica facilitará a los operadores las necesarias pruebas a partir de dicho momento para permitirles validar la solución.

Segundo.- Telefónica deberá comunicar de forma inmediata a los operadores los correspondientes cambios en las interfaces de los sistemas automatizados de información y gestión.

Tercero.- Cuando transcurridos los plazos indicados en el resuelve primero, Telefónica no hubiese cumplido con lo allí dispuesto, se impondrá a Telefónica una



multa coercitiva de 10.000 euros diarios, al objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho resuelve.

Cuarto.- Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) adoptada por esta Comisión. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado III, punto segundo de la presente resolución. (...)"

SEGUNDO.- Resultados de la actividad inspectora realizada por la Comisión.

Esta Comisión, en el ejercicio de las funciones de vigilancia que tiene encomendadas para velar por el cumplimiento de sus Resoluciones, con fecha 30 de abril de 2009 adoptó Orden de inspección para que se procediera a practicar la misma en los sistemas informáticos de Vodafone, con el objeto de verificar el cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en el Resuelve Primero de la Resolución de 2 de abril de 2009.

En cumplimiento de dicha Orden, con fecha 7 de julio de 2009 se levantó Acta de inspección relativa a la verificación de los procesos de provisión, gestión y entrega de solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico que ofrece TESAU a los operadores alternativos, en concreto a Vodafone.

TERCERO.- Introducción por parte de TESAU de una nueva versión con mejoras del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

El día 10 de junio de 2009, TESAU remitió a los operadores alternativos un comunicado en el que anunciaba, para el mes siguiente (10 de julio de 2009), la puesta en producción de dos mejoras relevantes que completan la funcionalidad esperada del sistema de provisión del servicio indirecto sin servicio telefónico (versión 3.3).

Asimismo, TESAU adjunta al comunicado nuevas versiones del manual de usuario y de los formatos de mensajes, documentos necesarios para un adecuado funcionamiento del sistema.

CUARTO.- Apertura del procedimiento de ejecución forzosa.

Esta Comisión acordó con fecha 28 de julio de 2009 la apertura de oficio de un procedimiento administrativo, con la referencia RO 2009/1235, con el fin de ejecutar la Resolución de 2 de abril de 2009.

QUINTO.- Trámite de Audiencia a los interesados.

Mediante escrito de fecha 29 de julio de 2009, con salida de esta Comisión el 30 del mismo mes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a TESAU la apertura del trámite de audiencia previo a la imposición y ejecución de multas coercitivas así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 29 de julio de 2009.



SEXTO.- Escrito de alegaciones de TESAU de fecha 4 de septiembre de 2009.

Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TESAU presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de septiembre de 2009 en el que manifestaba una serie de alegaciones. En concreto, y de forma resumida manifestó.

- Que TESAU ha cumplido con la obligación de disponer de una solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico con fecha 8 de mayo de 2009.
- Que, a consecuencia de dicho cumplimiento, la multa coercitiva deja de tener efecto desde ese mismo día.
- Que la inspección practicada resulta nula y vulnera el derecho de defensa de la interesada.
- Que la solución automatizada permite a los operadores alternativos ofrecer la oferta de servicios “naked” en el mercado, tal y como se desprende de la campaña realizada por Vodafone, desapareciendo con ello posibles perjuicios de la supuesta falta de solución automatizada.
- Que se acredita la disponibilidad de los servicios en las fechas mencionadas y el correcto funcionamiento de los tipos de solicitud comprobados en la inspección mediante un informe de una consultora y la inclusión de una serie de ejemplos.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Vodafone.

Con fecha 14 de septiembre, por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a Vodafone para que esta entidad aportara determinada información y documentación relativa al servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Con fecha 25 de septiembre de 2009 tuvo entrada escrito de Vodafone dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión.

OCTAVO.- Requerimiento de información a TESAU.

Asimismo, con fecha 14 de septiembre, por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a TESAU para que esta entidad aportara determinada información y documentación relativa al servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Con fecha 22 de septiembre de 2009 tuvo entrada escrito de TESAU dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de TESAU de fecha 15 de septiembre de 2009.

Con fecha 15 de septiembre de 2009, tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones por el cual venía a presentar información adicional a las alegaciones presentadas con fecha 4 de septiembre de 2009.

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de TESAU de fecha 9 de octubre de 2009.

Con fecha 9 de octubre de 2009, tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones adicionales de TESAU por el cual venía a presentar determinada documentación relevante para el presente expediente.



UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Vodafone de fecha 13 de octubre de 2009.

Con fecha 13 de octubre de 2009, tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones del representante legal de Vodafone por el cual venía a presentar información adicional a las alegaciones presentadas en el presente procedimiento.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Esta Comisión adecúa sus actuaciones a lo previsto en las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

En concreto, el artículo 95 de la LRJPAC reconoce que las *“Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”*.

En este sentido, el artículo 99 de la LRJPAC, reconoce entre los diferentes medios de ejecución forzosa, la imposición de multas coercitivas cuando así lo autorice una ley de forma expresa, pudiéndose reiterar dichas multas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado.

De este modo, tal y como exige la LRJPAC, la Disposición adicional sexta de la LGTel declara que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que se dicten.

En consecuencia, y de acuerdo con las disposiciones mencionadas, es competencia de esta Comisión la imposición y la ejecución de multas coercitivas que aseguren el cumplimiento de las resoluciones que por ella se dicten.

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento

Señalada la habilitación de esta Comisión, el presente procedimiento tiene por objeto la ejecución de las multas coercitivas impuestas, previamente apercibidas, que aseguran el cumplimiento de la citada Resolución de 2 de abril de 2009, en concreto, de la obligación impuesta en su resuelve primero consistente en *“disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista, en el plazo de tres semanas desde la notificación”*.

Asimismo, atendiendo a las alegaciones vertidas por TESAU en las que solicita autorización a esta Comisión para comercializar la modalidad de acceso a Internet vía xDSL, tal y como se exigió en la Resolución de 23 de abril de 2009, también será objeto del presente procedimiento la valoración de si el servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio



telefónico se encuentra actualmente operativo, reconociéndose de esta manera que TESAU puede comercializar dicha modalidad.

TERCERO.- Sobre los resultados de la inspección

Tal y como se ha señalado en los antecedentes de hecho, con fecha 30 de abril de 2009 se adoptó Orden de inspección para que se procediera a practicar la misma en los sistemas informáticos de Vodafone, con el objeto de verificar el cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en el Resuelve Primero de la Resolución de 2 de abril de 2009.

Como consecuencia de esta actividad inspectora, con fecha 7 de julio de 2009 se levantó Acta de inspección relativa a la verificación de los procesos de provisión, gestión y entrega de solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico que ofrece TESAU a los operadores alternativos, en concreto a Vodafone.

a) Contenido del Acta de inspección.

Según se desprende del Acta de inspección de 7 de julio de 2009, la actuación inspectora se centró en supervisar la disponibilidad y correcto funcionamiento de la solución automatizada operativa del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de TESAU, que permite proveer el servicio final al cliente, tal y como recoge la Oferta del Bucle de Abonado (OBA).

Dicha Oferta, en su apartado 1.5 relativa a los procedimientos de provisión de servicios establece que las solicitudes se podrán realizar por dos vías, en concreto: (i) mediante un formulario específico al tipo de proceso que se desea iniciar, en este caso, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico o, (ii) mediante una interfaz adicional para realizar el envío masivo de solicitudes basada en una interfaz Web mediante correo electrónico que acepte los ficheros adjuntos.

Para llevar a cabo la comprobación de la correcta provisión y gestión de las diferentes tipologías de solicitudes en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO), durante la inspección se verificó (i) tanto la información que TESAU facilita a través de los servicios de información de la OBA como (ii) la gestión de las solicitudes de servicios.

- *En relación con la posibilidad de realizar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico por los medios exigidos:*

En primer lugar, tal y como indica el Acta, se constata que para las solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no está operativa la posibilidad de usar la interfaz Web interactiva del SGO debiéndose cumplimentar las solicitudes de forma manual a través del oportuno formulario (la primera de las opciones que ofrece la OBA para cursar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, tal y como se ha señalado con anterioridad), y ello por no incluirse en el mismo todos los campos de datos necesarios para cursar una solicitud de alta de forma válida.

Por otro lado, TESAU ofrece dos posibilidades para tramitar las solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico:

- (i) la segunda de las opciones que recoge la propia OBA consistente en el envío de solicitudes de servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma telemática. En concreto, dicha opción consiste en el envío de archivos de texto, previamente cifrados, al buzón de correo que establece TESAU a estos efectos. Dichos mensajes son descifrados a su llegada y tratados por los sistemas de



TESAU, incorporando su información al SGO para su tratamiento como el resto de solicitudes.

- (ii) la posibilidad del envío manual de un archivo de texto de formato preestablecido, mediante acceso a una utilidad interactiva de subida de archivos incorporada en el mismo sitio web del SGO.
- En relación con la gestión y evolución de las solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico:

En segundo lugar, una vez analizadas en el desarrollo de la inspección las opciones que ofrece TESAU respecto de la posibilidad de introducir solicitudes del servicio de acceso indirecto conforme a la OBA de forma correcta, durante la inspección se han analizado los resultados obtenidos respecto de la gestión de dichas solicitudes hasta su proceso final de entrega.

En concreto, se verificaron un total de 27 solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, obteniéndose una serie de irregularidades que se clasifican de la siguiente manera. En el siguiente cuadro se muestran el número de veces que se han encontrado el tipo de irregularidades descritas en el total de solicitudes estudiadas.

Descripción de la circunstancia observada		Número de incidencias en que se produce
Rechazos improcedentes de la solicitud	Bucle no compatible	3
	Error en dirección, finca inexistente	2
	Movimiento no contemplado (encapsulado)	1
Deficiencias en la mensajería de SGO	Demora en la presentación de los mensajes (ACE1)	15
	Mensajes no cifrados que no pueden presentarse en SGO (POR1)	5
	Mensajes no cifrados que no pueden presentarse en SGO (ACE0)	5
Imposibilidad de cancelar solicitudes en tramitación	Los mensajes de cancelación se rechazan por parte de Telefónica con el siguiente mensaje: <i>error al ejecutar la operación</i>	1
Imposibilidad de ejecutar determinados tipos de solicitud	Movimiento postventa: Cambio de encapsulado	1
	Movimiento postventa: Cambio de variante	1
	Movimiento postventa: Prolongación de cableado	1
	Movimiento postventa: Cambio de tipo de facturación	1
	Movimiento postventa: Cambio tecnología de instalación	1
	Movimiento postventa: Cambio alta, baja o cambio de mantenimiento	1
	Solicitud de cambio de AI desnudo a desagregado	1



Procesos de portabilidad fallidos	de	Se procede a dar de baja una línea y en dos casos se inició el proceso de portabilidad antes de haber recibido POR1 (esto sería correcto por parte de Telefónica, si no fuese por una deficiencia en SGO, que no entrega estos mensajes cifrados)	3
-----------------------------------	----	---	---

Tal y como se desprende del cuadro, respecto de las solicitudes analizadas se ha podido constatar la existencia de (i) rechazos injustificados de las solicitudes por problemas en la dirección del domicilio de usuario, bucles no compatibles, supuestas órdenes en vuelo sobre el mismo par, etc... (ii) deficiencias en la mensajería de SGO, al no aparecer algunos de los mensajes de las interacciones de rechazo, aceptación o tramitación que deberían haber sido enviados (iii) imposibilidad de cancelar solicitudes en tramitación en los plazos establecidos (iv) imposibilidad de ejecutar solicitudes de movimientos previstos en la OBA y (v) procesos de portabilidad fallidos que han tenido que ser reiterados para que se culminaran con éxito.

b) Valoración de los resultados del Acta de inspección.

Tal y como se desprende del Acta analizada, TESAU ha estado ofreciendo la posibilidad de enviar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico por la vía adicional que recoge la OBA, en concreto, la del envío de archivos de texto cifrados al buzón de correo electrónico así como por el envío manual de archivos de texto.

Sin embargo a fecha de finalización de la inspección se encontraba pendiente la implementación de la opción que recoge inicialmente la OBA, en concreto, la posibilidad de realizar solicitudes mediante la cumplimentación del formulario específico del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico por parte del operador alternativo.

Por otro lado, la citada Acta de inspección recoge la casuística de 27 solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, de las cuales se han obtenido una serie de irregularidades que contribuyen a que el proceso de gestión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no resultase ser plenamente operativo para un operador que pretendiera ofrecer este servicio en el mercado.

Es decir, la solución que ha ofrecido TESAU del servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico a 7 de julio de 2009 ofrecía una serie de funcionalidades del servicio de forma limitada, encontrándose un operador alternativo con dificultades para gestionar sus solicitudes con la solución que se ofrecía en el SGO.

Resulta evidente que la falta de disponibilidad de un mecanismo eficiente y completo de provisión del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico conlleva una serie de inconvenientes a los operadores alternativos, al no disponer éstos de una herramienta real y operativa que les permita ofrecer sus servicios en tiempo a los usuarios finales que así lo soliciten.

Es por ello que, esta Comisión impuso la obligación a TESAU de implementar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico en el plazo de cuatro meses desde la aprobación de la Resolución de 27 de marzo de 2008 y, posteriormente, dada la urgencia de la medida, mediante Resolución de 2 de abril de 2009 apercibió a TESAU para la implementación de la solución automatizada operativa en el plazo de tres semanas.



En conclusión, del contenido del Acta se desprende que, a fecha 7 de julio de 2009, TESAU no había implantado la solución automatizada de conformidad con los términos establecidos en la citada Resolución de 2 de abril de 2009.

c) Contestación a las alegaciones realizadas por TESAU relativas al Acta de inspección.

TESAU en su escrito de alegaciones de 4 de septiembre de 2009 realiza una serie de manifestaciones acerca del Acta de inspección realizada por esta Comisión y finalizada el 7 de julio de 2009, a las cuales se procede a dar contestación.

En primer lugar, TESAU manifiesta que el Acta de inspección resulta ser nula por desconocer dicho operador la Orden de inspección dictada por la Comisión así como el desarrollo de la misma, conculcando su derecho de defensa y el principio de contradicción.

Asimismo, TESAU manifiesta su extrañeza ante el plazo transcurrido desde la fecha en que se dicta la Orden de inspección (30 de abril) y la fecha en que se levanta el Acta de la misma (7 de julio), así como la escasa representatividad de los datos analizados y la emisión de juicios de valor por parte de los inspectores.

Con carácter general debe partirse de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC sobre la presunción de validez de los actos administrativos *“salvo prueba en contrario”*. Esta presunción de validez *“iuris tantum”* ha sido ratificada por la Jurisprudencia en diversas resoluciones, entre ellas, Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 28 de mayo de 2006, de 23 de junio de 2003 y de 24 de octubre de 2003, entre otras.

Considerado lo anterior, los Tribunales han señalado que las causas de nulidad deben ser aplicadas moderadamente y en consideración al derecho afectado, la gravedad de la infracción, las consecuencias de la misma así como la situación del interesado. En este sentido cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991.

Así, dicha STS determina que para que concurra nulidad administrativa por infracción del derecho de defensa, *“(...) la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparental”*. Por lo tanto, en el presente caso, habrá de determinarse si la incomparecencia de TESAU en las actividades de inspección y en el levantamiento del acta le ha causado una indefensión “efectiva”.

En el presente caso se trataba de inspeccionar el funcionamiento del SGO que es una herramienta Web desarrollada por TESAU y de la que participan todos los operadores alternativos autorizados. En concreto respecto al SGO, como bien sabe TESAU resulta indiferente desde dónde se acceda al Sistema de Gestión de Operadores una vez se disponga de las claves de acceso y el perfil de usuario correspondiente, pues resulta ser una información igualmente disponible (y con el mismo contenido) tanto para los operadores alternativos como para TESAU.

Es por ello que al ser un sistema de doble entrada resulta indiferente el lugar por donde se acceda o quien esté presente en la inspección. Los resultados son objetivos y por tanto, es imposible que se cause ningún tipo de indefensión a TESAU por el mero hecho de realizar la citada actividad inspectora sin su presencia.



Es más, cabe recordar al respecto la Jurisprudencia existente acerca del artículo 50 de la LGTel sobre la potestad inspectora, donde destacan las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de octubre y de 31 de octubre de 2007¹. En ambas el interesado alegaba su ausencia en las operaciones de inspección como defecto causante de indefensión y nulidad administrativa. En ambos casos la AN rechazó este argumento sobre la base de que la actual LGTel no prevé la asistencia de interesados en las inspecciones.

La AN señala que *“la vigente normativa (esto es, la LGTel) no prevé la asistencia de las personas o empresas posibles autores de una infracción en una labor de inspección como la que se contiene en dicha acta de control”*. La razón de ello como señala más adelante es que *“la referida hoja de control (el acta de inspección) dio lugar a la incoación de expediente sancionador dirigido contra la hoy recurrente, la cual pudo combatir, en las distintas fases que se le dio audiencia en dicho expediente, los datos recogidos en el citado documento y articular prueba en defensa de sus intereses...”*.

Como puede observarse, la AN se está refiriendo a la facultad que asiste al interesado, un vez incoado el expediente en cuestión (en este caso de ejecución de multas coercitivas) de efectuar alegaciones. Así, tal y como consta en el presente expediente, con la notificación a TESAU del informe por el cual se daba trámite de audiencia al interesado se adjuntó el Acta de inspección para que tuviera conocimiento de la misma. Es por ello que esta Comisión ha garantizado el derecho de defensa de TESAU en todo momento al concederle un trámite adicional de audiencia para que tuviera oportunidad de valorar el contenido el Acta de inspección. En consecuencia, TESAU ha tenido la oportunidad de realizar alegaciones a lo largo del presente procedimiento y aportar toda la documentación que a su derecho interesa, como lo demuestra tanto la presentación de alegaciones al informe de audiencia, el escrito de alegaciones de 15 de septiembre de 2009 y la respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión.

Por otro lado, respecto al plazo transcurrido desde la fecha en que se dicta la Orden de inspección (30 de abril) y la fecha en que se levanta el Acta de la misma (7 de julio), así como la escasa representatividad de los datos analizados, cabe señalar que precisamente el tiempo de duración de la inspección fue tan dilatado con el objeto de obtener la visión más completa posible por parte de los inspectores de la situación en la que se encontraba el servicio inspeccionado, siendo precisamente dificultosa la obtención de datos debido a que el procedimiento de gestión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no estaba totalmente operativo a fecha de la inspección.

Asimismo, cabe señalar que no resulta relevante el número total de muestras examinadas, sino la variedad y representatividad de las mismas. En el caso de inspecciones de seguimiento de servicios ya consolidados sí que se tiene como objetivo analizar o revisar un número elevado de peticiones de una misma casuística, a fin de extraer estadísticas de calidad, pero este aspecto resulta poco relevante en la introducción de un nuevo servicio.

¹ Sentencia de 23 de octubre de 2007 de la AN por la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad Sol Natura, S.L contra la Sentencia de 7 de marzo de 2007 que resolvía el recurso contra la Resolución de 7 de marzo de 2006 del Secretario de Estado de Comunicaciones el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y Sentencia de 31 de octubre de 2007 de la AN por la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad Radio Popular, S.A. contra la Sentencia de 7 de mayo de 2007 que resolvía el recurso contra la Resolución de 7 de julio de 2006 del Secretario de Estado de Comunicaciones el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.



Basta con que en la validación del nuevo servicio se verifiquen todos los movimientos posibles de partida y destino, además de comprobar la adecuada trazabilidad de los mismos y su integración de forma correcta y sin errores en la plataforma de gestión. Esto no se logra mediante la mera acumulación de solicitudes de igual tipo, sino por una eficaz cobertura del conjunto de funcionalidades y tipologías de movimientos a comprobar.

Por último, en cuanto a la apreciación realizada por TESAU sobre los juicios de valor emitidos en el marco del Acta de inspección, cabe señalar que el valor probatorio otorgado al Acta de inspección en el presente procedimiento se ha limitado a los hechos comprobados directamente por los servicios de inspección de esta Comisión (que actúan como autoridad pública reconocida) quedando fuera de su alcance posibles calificaciones jurídicas, juicios de valor u opiniones que se hayan podido interpretar por TESAU en este sentido. La valoración del Acta de inspección, en su caso, se realiza en cada uno de los procedimientos a los que fuera incorporada la misma.

En segundo lugar, TESAU realiza una serie de manifestaciones acerca del contenido de la inspección, y en concreto, sobre:

- a) Las solicitudes inspeccionadas cuya fecha de emisión es anterior al escrito de 8 de mayo.
- b) La supuesta indisponibilidad de determinados movimientos postventa no comprobados mediante inspección.
- c) Las irregularidades identificadas por esta Comisión en el análisis de la evolución de las solicitudes.

Se procede a dar contestación a cada una de las manifestaciones realizadas por TESAU:

a) *Sobre las solicitudes inspeccionadas cuya fecha de emisión es anterior al escrito de 8 de mayo.*

En el escrito de alegaciones presentado por TESAU, el operador muestra su sorpresa ante la revisión de solicitudes durante la inspección anteriores al 8 de mayo. Según este operador, en el documento remitido el 11 de mayo de 2009, TESAU anunció la automatización de todos los movimientos en el SGO con fecha 8 de mayo, supuestamente cumpliendo desde ese momento con las obligaciones impuestas en la Resolución de 2 de abril de 2009.

Ante esta afirmación hay que destacar que la obligación impuesta por la Resolución de 2 de abril de 2009 fijaba un plazo de tres semanas, a contar desde la notificación a TESAU, para la correcta implantación del servicio. Dicha notificación se efectuó el 6 de abril de 2009, siendo por tanto la fecha límite efectiva de disponibilidad del servicio el 30 de abril.

Por ello, con objeto de verificar el cumplimiento de la Resolución se procedió a inspeccionar desde dicha fecha la correcta implantación del servicio indirecto sin servicio telefónico. No es por tanto decisión de dicho operador especificar cuándo debe iniciarse la inspección, sino de esta Comisión, considerando ésta que el siguiente día hábil (1 de mayo) a la fecha indicada anteriormente era la correcta para inspeccionar la validez o no del servicio.

Por otro lado, cabe señalar que la forma de abordar TESAU la puesta en marcha del servicio ha sido ir integrando las diferentes casuísticas en sucesivas fases temporales, permitiendo así a los operadores probar las soluciones que según el operador prestador de este servicio mayorista, TESAU, estaban operativas.



En base a lo anterior, con fecha 6 de marzo de 2009, tal y como se acredita mediante la documentación aportada por la propia TESAU en sus alegaciones de 4 de septiembre de 2009, dicho operador procedió a comunicar al resto de operadores que desde el 9 de marzo de 2009 tendrían disponibles en SGO una serie de movimientos, entre los que se incluían el alta desde par vacante y el alta desde acceso indirecto existente, iniciándose el mes de pruebas en dicha fecha. Es decir, TESAU con fecha 9 de marzo da por automatizados una serie de movimientos incluidos en el manual de operadores (versión 3.0) tal y como indica en su comunicado.

Pues bien, se da la circunstancia de que las cinco solicitudes inspeccionadas a las que hace alusión TESAU en su escrito de alegaciones pertenecen a estos dos tipos de movimientos, y dado que se trata de movimientos ya disponibles según TESAU y supuestamente probados y validados, nada impediría que se analizaran los mismos en los días en los que se desarrolló la inspección, aunque las solicitudes fuesen anteriores al inicio de la inspección o al 8 de mayo.

Asimismo se tuvo en cuenta que el sistema de provisión de TESAU (SGO) no registró de forma eficaz el histórico de una solicitud de indirecto sin servicio telefónico hasta el día 7 de abril de 2009. Por ello, y como criterio de prudencia, no se consideró solicitud alguna de apertura anterior a dicha fecha.

Por otro lado, la Orden de inspección no limita el alcance de la misma al examen de nuevas solicitudes, lanzadas durante el desarrollo de dicha inspección. Antes al contrario, se indica que *“los inspectores podrán acceder al SGO (Sistema de Gestión de Operadores, de Telefónica) y cualquier otro sistema asociado para analizar la información intercambiada entre Vodafone y Telefónica. Asimismo se consultarán los sistemas internos de Vodafone que recojan información sobre el estado de la provisión del servicio.”* Por lo tanto, se faculta a los inspectores para examinar el estado de cualquier solicitud presente en el sistema a fecha de inicio de la inspección. Por ello se analizaron todos los casos abiertos y su histórico asociado para comprender mejor el alcance real del problema.

Todos los casos descritos previamente se analizaron de forma exhaustiva con la asistencia de personal de Vodafone experto en la solicitud de servicios mediante SGO, debiendo remarcar que las muestras se corresponden con usuarios que en el día de la inspección seguían sin disponer del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico. Se trata por tanto de casos abiertos, en los que resulta relevante conocer su historial para poder determinar la fuente de error.

En todo caso, cabe remarcar que durante la inspección se analizaron un total de 27 solicitudes reales que recibió Vodafone con anterioridad y durante el desarrollo de la misma sobre el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico. Y que de estas solicitudes, 19 fueron realizadas después del 1 de mayo (fecha en la que TESAU debía haber dado cumplimiento a su obligación) y 8 con anterioridad a dicha fecha, teniendo en cuenta el personal inspector, tal y como se ha manifestado con anterioridad, que a 1 de mayo TESAU debía haber cumplido con su obligación y que se estaban analizando movimientos que la propia TESAU había dado por válidos y probados a los operadores alternativos en sus comunicados.

Del mismo modo, cabe reseñar que en caso de aceptarse el argumento de TESAU de que la fecha a partir de la cual resultaba factible la revisión de solicitudes era la de 8 de mayo, cabe destacar que la mayoría de peticiones son posteriores a dicha fecha, en concreto 15 de un total de 27.



b) Sobre la supuesta indisponibilidad de determinados movimientos postventa no comprobados mediante inspección.

TESAU alega que los movimientos postventa declarados en el Acta de inspección como irregulares estaban efectivamente disponibles, y que éstos no fueron verificados por los inspectores. En este sentido el operador manifiesta que los inspectores han basado la valoración de indisponibilidad de estos movimientos en la ausencia de descripción de los mismos en un manual de versión no actualizada.

Pues bien, la prestación de un servicio mayorista lleva aparejada, como parte integrante y esencial del mismo, la presentación de una documentación de calidad a los operadores que pretenden utilizarlo. Es el operador que presta el servicio mayorista, en concreto TESAU, es el único responsable de la documentación facilitada a los operadores, siendo ésta la principal herramienta de trabajo para la solicitud del nuevo servicio y el lanzamiento de productos minoristas basados en él.

No resulta por tanto aceptable la entrega de una documentación con carencias o fallos perpetuados a través de las diferentes versiones. La actualización de la documentación es entera responsabilidad de TESAU, por lo que debe ser fiable no debiendo permitirse la introducción de errores graves en la misma, por su significativo impacto en los procesos de negocio de los operadores alternativos.

Para entender la situación descrita, basta con analizar las versiones entregadas por TESAU con la información relativa a los movimientos postventa en el manual de '*Procedimiento para Operadores*'. Los manuales aportados por TESAU, y que deben seguir fielmente los operadores, indicaban una disponibilidad muy reducida de movimientos postventa, y no es hasta la versión 3.3 del procedimiento para operadores (en teoría, sólo vigente a partir de la carga del 10 de julio) en el que aparecen todos ellos. En consecuencia, para los operadores alternativos no existió una disponibilidad constatada de tales movimientos hasta esa última fecha.

TESAU en su escrito de alegaciones de 4 de septiembre de 2009 muestra pantallazos en SGO de ciertos movimientos postventa que según los manuales no estaban disponibles. Esto no quiere decir necesariamente que los operadores hubieran sido conscientes de antemano de la disponibilidad de dichos movimientos, sino que, presumiblemente, éstos preguntaron de forma directa a TESAU por esta disponibilidad.

c) Sobre las irregularidades identificadas por esta Comisión en el análisis de la evolución de las solicitudes.

Cabe recordar que el objeto de la inspección de 7 de julio de 2009 fue, como ya se ha mencionado anteriormente, verificar el correcto funcionamiento del servicio de acceso indirecto desnudo, de modo que permita ofrecer a los operadores alternativos un servicio de calidad suficiente. Así, procede realizar las siguientes valoraciones:

- De los datos obtenidos en la inspección, esta Comisión no puede estimar razonables la obtención de rechazos improcedentes en los que se declaran bucles como "no aptos" cuando éstos sí lo son.

A modo de ejemplo, TESAU, tras haber rechazado una solicitud a día 25 de junio sobre determinados números telefónicos, rechaza el 1 de julio (habiendo transcurrido por tanto seis días naturales) nuevas peticiones sobre dichos números en los que se solicita la modalidad de 1 Mb/s, indicando que existen "*órdenes en vuelo*", es decir, indicando que se están realizando procesos de provisión sobre esos pares telefónicos, procesos claramente inexistentes. Dichos números deberían haber



quedado liberados en el momento de rechazo de las peticiones correspondientes, de 3 Mb/s, a las que hace mención TESAU (29000030N082 ADSL-IP y 29000031N082 GigADSL).

- Del mismo modo, no resultan razonables rechazos por error en dirección en los que se indica la inexistencia de la finca, siendo incluso a veces ésta extraída de las bases de datos de callejero de la propia TESAU.

Esta Comisión entiende que TESAU no debe escudarse en el hecho de que ciertos problemas son comunes a ambos servicios (con/sin servicio telefónico) ya que la consecuencia de dicho problema es la no configuración del servicio indirecto desnudo, siendo éste el objetivo a alcanzar. TESAU debe ser consciente de que tiene que poner los medios necesarios para que la sincronización e información de sus bases de datos sea acorde con la situación real del despliegue de su red de cobre, de manera que se minimicen los rechazos que impiden la correcta provisión del servicio.

- TESAU también manifiesta la necesidad de cierto tiempo de depuración de los sistemas tras el lanzamiento de un servicio. Efectivamente ello es así, pero también lo es que debería aplicar las mejores prácticas para la puesta en marcha de un servicio, debiendo éste haber superado previamente de forma efectiva un mínimo catálogo de pruebas internas que demuestren su disponibilidad real.
- En el mismo escrito de alegaciones, TESAU declara haber tenido problemas bajo ciertas casuísticas en la presentación de los mensajes de aceptación "ACE1".

Hay que recalcar que los sistemas del operador que ofrece el servicio mayorista deben estar preparados para evitar situaciones en las que determinadas funcionalidades (en este caso, la mensajería) no se han integrado en la plataforma de gestión en el momento esperado.

Asimismo, todos los mensajes deben estar integrados en la plataforma de gestión, siendo ésta la herramienta que soporta una solución automatizada, y no depender de la revisión manual de los correos para validar cuándo se finalizan determinadas acciones, hecho relevante para el operador alternativo, que debe sincronizar sus procesos comerciales minoristas con los de provisión mayorista.

Por tanto, la validez del sistema en cuanto a la presentación de los mensajes únicamente se podría considerar completa desde el 11 de julio, que es la fecha de supuesta disponibilidad de los mensajes POR1 y ACE0 de forma cifrada, de manera que el alternativo puede operar según lo esperado, aplicando un tratamiento homogéneo al conjunto de mensajes.

- En cuanto al procedimiento de cancelación, éste debe ser sencillo y fiable, automatizado e integrado por tanto en la plataforma de gestión. El sistema debe estar preparado para evitar posibles pérdidas de servicio como alude TESAU, y que la operativa manual no sea la única manera en la que se pueda cancelar la provisión de los servicios. El intercambio de correos electrónicos en función de la franja temporal en la que se encuentra una determinada provisión, aporta un grado adicional de complejidad que no parece del todo adecuado en sistemas de despliegue masivos, y en cualquier caso no estaría en línea con lo dispuesto por esta Comisión.
- Sobre la imposibilidad de realizar ciertos movimientos, TESAU manifiesta en su escrito de alegaciones que no se han seguido los procesos establecidos para este



tipo de solicitudes. Con respecto a esta afirmación hay que indicar que la inspección recoge de forma objetiva qué sucede en cada una de las casuísticas verificadas.

Según TESAU en los cambios desde acceso compartido, compartido sin servicio telefónico y completamente desagregado al servicio demandado, TESAU deja en manos del operador titular de la conexión el solicitar la baja del acceso. Según TESAU resulta muy compleja la identificación del bucle a traspasar y por tanto prefiere realizar una nueva instalación en el cliente mediante bucle vacante. Si bien este aspecto puede facilitar ciertas gestiones entre operadores cuando haya portabilidad, esta solución conlleva la simultaneidad de dos líneas, por lo que una vez traspasado el servicio debería darse de baja la línea original de forma automática, sin necesidad de acción alguna por parte del operador titular y evitando un posible cobro duplicado mientras ésta permanezca activa.

Asimismo, TESAU debe proporcionar las herramientas necesarias que permitan a los operadores solicitar cualquier movimiento con origen/destino el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico. Dentro de las opciones posibles, según TESAU desde fecha 11 de julio de 2009 se proporciona ya el traspaso entre operadores desde y hacia el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico. No obstante TESAU indica la no disponibilidad del movimiento de acceso indirecto sin servicio telefónico a desagregado, por no estar contemplado en la OBA. En este sentido se debe discrepar con TESAU ya que este operador debe proporcionar todos los movimientos posibles que permitan la configuración de dicho servicio, tanto en origen como en destino. Se trata además de un movimiento que hace atractiva la ubicación en central de operadores alternativos, al suponer un medio interesante de captación de clientes procedentes del servicio indirecto.

- Con respecto a la solicitud de la portabilidad marcada por el mensaje POR1 no cifrado hasta la versión 3.3 de 11 de julio, se constata que es muy importante tener sistemas integrados y totalmente automatizados que permitan a los operadores de forma sencilla, la gestión y provisión de sus solicitudes. La falta de cifrado de los mensajes hace necesaria la coordinación de diferentes grupos de trabajo en el operador alternativo, para visualizar cuándo un mensaje ha sido recibido en un buzón de correo y así saber cuándo lanzar la petición de portabilidad desde la plataforma de gestión, SGO.

CUARTO.- Ejecución forzosa de la Resolución de 2 de abril de 2009

a) Sobre el cumplimiento de la Resolución de 2 de abril de 2009.

Esta Comisión, mediante Resolución de 27 de marzo de 2008 obligó a TESAU a desvincular del acceso indirecto el servicio telefónico (acceso naked o “desnudo”) y a implementar en el SGO los procedimientos correspondientes para su gestión, otorgándosele un plazo de cuatro meses para ello.

Transcurrido el plazo otorgado, TESAU puso a disposición del resto de operadores soluciones de contingencia alternativas para la gestión de dicho servicio sin ofrecer una



solución automatizada a través del SGO para la gestión del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Tras la denuncia de Vodafone y la incoación del correspondiente procedimiento, la Resolución de 2 de abril de 2009 obligó a TESAU a *“disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista, en el plazo de tres semanas desde la notificación”*.

En este sentido, tal y como se reconocía por la propia Resolución de 2 de abril de 2009 *“la indisponibilidad del servicio indirecto desnudo tal y como se especificó en la OBA, parece estar generando al resto de operadores, un mayor esfuerzo económico en campañas comerciales que les permita la captación de clientes con soluciones competitivamente peores que las del competidor regulado, en particular para las ofertas minoristas de paquetes dúo (servicios de voz y datos), además de favorecer al principal operador por mantener la cuota actual de mercado e ingresos descritos previamente.”*

Dada la importancia que tiene la prestación del servicio, en la misma Resolución se consideró razonable otorgar un plazo adicional de tres semanas desde la notificación de la misma para que TESAU implementara la solución automatizada requerida, apercibiéndole de la imposición de multas coercitivas por día de incumplimiento transcurrido dicho plazo.

Así, tomando en consideración que la Resolución de 2 de abril de 2009 se notificó a TESAU con fecha 6 de abril, el plazo para el cumplimiento de la obligación finalizó con fecha 30 de abril de 2009. Por tanto, TESAU debía tener disponible dicha solución automatizada como más tardar el día 1 de mayo de 2009.

Resulta evidente que el incumplimiento de la obligación de disponer de una solución automatizada en el plazo señalado ocasionó graves perjuicios a los operadores alternativos los cuales dependían de su efectiva implementación por parte de TESAU para poder ofrecer al mercado soluciones más competitivas. Es más, la indisponibilidad de dicha facilidad a través del SGO no sólo repercutía directamente en los servicios que todos los operadores alternativos pueden ofrecer sino que también afectaba a las ofertas empaquetadas que los usuarios pueden recibir, afectando, en consecuencia, de forma análoga al ámbito mayorista y al minorista.

Sin embargo, TESAU, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, realiza dos manifestaciones en relación con el cumplimiento de la obligación impuesta en la Resolución de 2 de abril de 2009:

- (i) Que una vez recibida la notificación de la Resolución de 2 de abril de 2009, realizó las actuaciones oportunas para disponer en el plazo fijado de la solución automatizada operativa del servicio en cuestión. Así, TESAU remitió a esta Comisión un escrito en el que informaba de la disponibilidad, desde el 8 de mayo, de la solución automatizada, dando de esta forma cumplimiento a lo establecido en aquella Resolución.
- (ii) Que como prueba del cumplimiento de la obligación impuesta, se adjunta al escrito de alegaciones un informe elaborado por una consultora, el cual acredita la disponibilidad de los procesos de acceso indirecto de ADSL sin servicio telefónico básico desde el 8 de mayo.

Pues bien, tal y como acredita el Acta de inspección levantada el 7 de julio de 2009, en dicha fecha, TESAU no había dispuesto todavía de una solución automatizada realmente operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permitiera a los operadores



gestionar correctamente las solicitudes de dicho servicio. Esto significa, que a fecha 8 de mayo de 2009, a pesar de que TESAU había enviado un escrito a esta Comisión declarando que el sistema automatizado estaba plenamente operativo, ello no resultaba ser cierto.

Resulta evidente que, esta Comisión en cumplimiento de sus funciones (entre ellas, velar por el correcto funcionamiento del mercado) no puede sino realizar las comprobaciones oportunas y necesarias que lleven a acreditar si una obligación está siendo correctamente cumplida por el operador al que se le imponga, en este caso TESAU. Es decir, no resulta suficiente el hecho de que dicho operador comunique a esta Comisión su real cumplimiento para que se de por cierta dicha afirmación. Nos encontraríamos pues en una dejación de funciones por parte de esta Comisión que no resulta admisible en ningún caso.

Es por ello que, con fecha 30 de abril de 2009, y con el objeto de verificar el cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en la Resolución de 2 de abril de 2009, esta Comisión llevó a cabo una inspección que tuvo como resultado la obtención de una serie de irregularidades en el proceso de gestión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, más allá del 8 de mayo, en concreto hasta el 7 de julio como mínimo.

Llegados a este punto, cabe recordar el valor probatorio de los hechos constatados por los inspectores de esta Comisión que actúan en su condición de autoridad pública reconocida por la propia LGTel. Según establece el artículo 137.3 de la LRJPAC, *“los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”*.

Es decir, la presunción de veracidad de los hechos constatados por la autoridad pública, es suficiente para destruir la presunción de inocencia, quedando la posibilidad de que el presunto responsable aporte otros medios de prueba, que en este caso, únicamente resulta ser el escrito presentado por TESAU de 8 de mayo en esta Comisión donde aseguraba el cumplimiento de la obligación impuesta y el informe elaborado por una consultora.

Respecto de este informe, cabe señalar que tampoco resulta evidente el cumplimiento de los criterios de objetividad e independencia que son exigibles a los peritos *“de parte”*. Tal y como afirma el párrafo segundo del artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el deber del perito es el de *“actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”*, exigencia ésta que parece no haberse tenido del todo en cuenta a la hora de elaborar dicho informe.

Tal y como reconoce el TS en su Sentencia de 20 de febrero de 2007, *“examinado el dictamen compuesto de casi cien folios con suficiente detalle y lujo de datos comprendidos en sus anexos, no se aprecia en el mismo que se haya lesionado la objetividad requerida al perito, pues se encuentra suficientemente fundado de acuerdo con sus conocimientos técnicos sobre la materia que se le somete”*.

En el presente caso, el informe de la consultora aportado por TESAU en su escrito de alegaciones, en ningún momento contrasta o evalúa datos no procedentes de TESAU, aportándose únicamente información (tanto tablas como correos electrónicos) de dicha interesada, así como argumentos ya esgrimidos por dicho operador en sus escritos de alegaciones.

Por otro lado, tanto en el escrito de alegaciones de TESAU de fecha 4 de septiembre como en el de 15 de septiembre de 2009, el operador manifiesta la ausencia de perjuicio



ocasionado a los operadores, y en concreto a Vodafone, al lanzar éste una oferta comercial al mercado masivo basada en la solución automatizada del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico cuando ha estimado oportuno.

Al respecto señalar que efectivamente Vodafone ha lanzado una oferta comercial al mercado minorista basada en una solución automatizada del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, pero basta tener en cuenta la fecha en que dicha oferta se ha puesto en conocimiento del público (septiembre de 2009) para entender, que no ha lanzado dicha oferta a nivel minorista con anterioridad por no estar disponible el servicio a nivel mayorista, tal y como queda acreditado por el Acta de inspección.

Por último, TESAU en sus escritos de 4 y 15 de septiembre de 2009 solicita que esta Comisión resuelva que el servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico se encuentra actualmente operativo, reconociéndose de esta manera que TESAU puede comercializar una nueva modalidad de acceso a internet vía xDSL, tal y como se acordó en la Resolución de 23 de abril de 2009.

TESAU manifiesta en su escrito de alegaciones de 15 de septiembre de 2009 que Vodafone, a fecha 13 de septiembre de 2009, ha aumentado considerablemente el número de solicitudes de ADSL sin servicio telefónico efectivamente finalizadas, estando un número superior en tramitación, todas ellas cursadas de forma automatizada. En concreto, según TESAU, **[CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, aporta un Anexo con la evolución del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico desde enero de 2009, en la cual se puede apreciar el aumento considerable de solicitudes realizadas y finalizadas desde el mes de septiembre **[CONFIDENCIAL]**.

Del mismo modo, en el escrito de alegaciones adicionales presentado por TESAU, con fecha 9 de octubre, se acredita que Vodafone en dicha fecha ha conseguido una planta de **[CONFIDENCIAL]** accesos indirectos sin servicio telefónico.

Por otro lado, Vodafone en su respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión manifiesta que, a fecha 22 de septiembre, **[CONFIDENCIAL]**. Asimismo, Vodafone afirma que **[CONFIDENCIAL]**.

Con posterioridad, Vodafone en su escrito de alegaciones de 13 de octubre de 2009, confirma lo anterior señalando que desde el 1 de septiembre de 2009 está comercializando el servicio *naked* indirecto, habiendo realizado a fecha 8 de octubre de 2009 **[CONFIDENCIAL]** solicitudes del servicio sobre línea ya activa y unas **[CONFIDENCIAL]**.

De hecho, la propia Vodafone manifiesta que *“en conclusión, Vodafone cree que puede considerarse acreditado que desde el 1 de septiembre de 2009 Telefónica ofrece el servicio mayorista naked indirecto de forma comercialmente operativa y suficiente para considerar cumplida la obligación impuesta en el Resuelve primero de la Resolución de la CMT de 2 de abril de 2009 en el expediente DT 2008/1184 (solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista)”* y que tal fecha debería ser por tanto considerada como límite para la imposición de las multas coercitivas impuestas en el Resuelve Tercero de la citada Resolución”.

Es cierto que Vodafone a continuación señala que, dada la necesidad de disponer de manera automática y autónoma de un procedimiento que permita gestionar un volumen de peticiones satisfactorio y conociendo las limitaciones detectadas del servicio (lógicas, según dicho operador), no se dan aún las condiciones para competir con garantías suficientes frente a hipotéticos servicios minoristas equivalentes que pudiera lanzar TESAU.



Sin embargo, tanto la propia afirmación de Vodafone anteriormente transcrita como el hecho de que como se observa en los datos aportados por Telefónica, el volumen de solicitudes finalizadas comienza a ser considerable, y lo que es más importante, aumenta de forma muy apreciable de semana en semana, apuntan, frente a lo señalado por Vodafone, en el sentido de que el sistema sí que está operativo. Ante esto, que implica que existe replicabilidad técnica del servicio en cuestión, no hay motivo para mantener la prohibición establecida a Telefónica.

Por todo lo anterior, una vez verificado por esta Comisión que, a día de hoy, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico se encuentra operativo de forma automatizada y puede ser utilizado por los operadores alternativos para gestionar sus solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, mediante la presente Resolución, se reconoce a TESAU la posibilidad de comercializar la nueva modalidad de acceso a Internet vía xDSL con arreglo a lo comunicado en varias ocasiones a esta Comisión.

b) Sobre las multas coercitivas

Esta Comisión mediante la citada Resolución de 2 de abril de 2009 al tiempo que imponía la obligación de disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico, apercibía a TESAU, tal y como se exige por el artículo 99 de la LRJPAC, de la imposición de multas coercitivas por importe de 10.000 euros diarios hasta el efectivo cumplimiento de dicha obligación de conformidad con la normativa vigente².

Asimismo, según la Audiencia Nacional (Sentencia de 5 de julio de 2000), *“las multas coercitivas, como medio de ejecución forzosa de actos administrativos que son, requieren el previo incumplimiento o la resistencia a cumplir que al caso es el mismo, de la previa decisión administrativa. Pero por ello es necesario que el acto cuyo cumplimiento se compele mediante la imposición de multas coercitivas sea ejecutivo al tiempo de imponerse la multa (...).”*

Pues bien, respecto de la ejecutividad de la Resolución de 2 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produce sus efectos propios desde que el obligado es notificado y conoce el alcance de la obligación. Como tiene declarado el Tribunal Supremo en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la LRJPAC), es reiterada y pacífica la doctrina en la que se aplica la regla general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos.

Consecuencia de esta ejecutividad (manifestación del denominado principio de autotutela declarativa) es que si el obligado por el acto administrativo no cumple con la obligación en él impuesta, la Administración tiene la oportunidad de imponer forzosamente tal cumplimiento (ejecutoriedad o acción de oficio, manifestación de la denominada autotutela ejecutiva), y ejercer, en su caso, la potestad sancionadora.

² Según Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1988 esta clase de multas *“consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa”*.



La citada Resolución de 2 de abril de 2009 se notificó a TESAU - como entidad obligada- con fecha 7 de abril de 2009, por lo que a partir del día siguiente la Resolución es plenamente ejecutiva,.

TESAU, por su parte, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia manifiesta la imposibilidad de imponer multa coercitiva en el supuesto que nos ocupa, y ello, en base a:

- (i) Que TESAU ha acreditado el cumplimiento de la obligación impuesta y su disponibilidad desde el 8 de mayo de 2009, dejando de tener sentido la imposición de multas coercitivas, cuyo fin no es otro que el de que se cumpla con lo ordenado.
- (ii) Que la multa no puede hacerse depender de un acto distinto al cumplimiento de la obligación exigida. Y ello porque de ser así, se estaría desvirtuando el objeto de la misma, convirtiéndose en una sanción.
- (iii) Que, como consecuencia de lo anterior, se estaría vulnerando el principio de “*non bis in idem*” si se tiene en cuenta que, la propia Resolución de 2 de abril de 2009 procedía a acordar la incoación de un procedimiento sancionador consistente en el incumplimiento del Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008.

En primer lugar, recordar lo señalado con anterioridad acerca de la desvirtuación de la prueba aportada por TESAU en su escrito de 8 de mayo de 2009 donde únicamente viene a apreciar su cumplimiento sin aportar acreditación alguna.

En segundo lugar, cabe señalar que mediante la presente Resolución se viene a ejecutar la imposición de la multa coercitiva ya apercibida con claridad mediante Resolución de 2 de abril de 2009.

Así, una vez se notificó a TESAU el acto administrativo por el cual se establecía la obligación de llevar a cabo la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma automatizada en el plazo de tres semanas (Resolución de 2 de abril de 2009), apercibiéndose de que en caso contrario se impondrían multas coercitivas, la presente Resolución procede a liquidar la imposición de la multa coercitiva correspondiente por el periodo de incumplimiento detectado.

Cosa distinta es el argumento de TESAU de que una vez se acredita el cumplimiento de la obligación impuesta deja de tener sentido la imposición de multas coercitivas. Efectivamente, tal y como ocurre en el presente caso, una vez verificado por esta Comisión el cumplimiento a día de hoy de la obligación impuesta a TESAU, deja de tener sentido el nuevo apercibimiento para reiterar una nueva multa coercitiva por un nuevo lapso de tiempo, pero no deja de tener sentido el liquidar aquellas que ya fueron impuestas.

Por ello, esta Comisión debe limitar dicha ejecución y liquidación al periodo de tiempo en el que efectivamente se haya verificado el incumplimiento de TESAU. Al respecto, en cuanto al *dies a quo*, no existe ninguna duda de que se trata del 1 de mayo, fecha en la cual tenía que estar operativo el servicio.

Por lo que concierne al *dies ad quem*, resulta necesario determinar la fecha a partir de la cual el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico ha estado plenamente operativo de forma automatizada completa. De las actuaciones practicadas, resulta acreditado que a fecha 7 de julio el sistema no estaba todavía operativo, tal y como se desprende del Acta de inspección, siendo desde el mes de septiembre cuando el sistema sí que ha empezado a funcionar.

Tal y como se desprende del “*Cuadro de evolución de la planta de Vodafone*” anexo al escrito de alegaciones de TESAU, de fecha 9 de octubre, dicho operador cuenta



actualmente con una planta de accesos indirectos sin servicio telefónico de **[CONFIDENCIAL]**, siendo uno de los principales operadores que han optado por el lanzamiento de este servicio.

En la información aportada, se aprecia cómo desde el 1 de septiembre de 2009, Vodafone ha podido lanzar un número de solicitudes considerable del servicio *naked* indirecto para cubrir las peticiones realizadas por sus clientes. Así, únicamente en la primera semana de septiembre se realizaron por parte de dicho operador **[CONFIDENCIAL]** aumentando considerablemente dicha cifra en semanas posteriores, tal y como recoge la siguiente tabla:

[CONFIDENCIAL]

Del mismo modo, cabe indicar que efectivamente existe una tasa de rechazos acorde con el número de solicitudes realizadas por Vodafone, hecho éste que conlleva a concluir que el sistema automatizado resulta estar operativo en ambos sentidos, tanto de entrada de solicitudes como de respuesta automatizada de las mismas en caso de deficiencias en su realización.

El hecho de llevar a cabo solicitudes de forma automatizada en su totalidad puede conducir a que se reduzcan los tiempos de validación de solicitudes pero también a aumentar en algunos casos el número de rechazos en un servicio en lanzamiento, siendo éstos aceptables siempre que sean procedentes.

Por su parte, Vodafone, en su escrito de 13 de octubre de 2009, confirma que desde 1 de septiembre de 2009 está comercializando el servicio *naked* indirecto, habiendo realizado a fecha 8 de octubre unas **[CONFIDENCIAL]** solicitudes del servicio sobre línea ya activa de TESAU y unas **[CONFIDENCIAL]** solicitudes sobre par vacante.

Por esta razón, Vodafone entiende que puede considerarse acreditado que desde el 1 de septiembre de 2009, TESAU ofrece el servicio mayorista *naked* indirecto de forma comercialmente operativa y suficiente para considerar cumplida la obligación impuesta en el Resuelve Primero de la Resolución de 2 de abril de 2009.

Ante esto, y en base a la documentación e información aportada tanto por TESAU como por Vodafone, el día 1 de septiembre debe ser la fecha límite para la imposición de multas coercitivas por parte de esta Comisión.

Por último, respecto a la vulneración del principio de “*non bis in idem*” alegado por TESAU es preciso recordar que la naturaleza de la multa coercitiva y de las sanciones administrativas es diferente. Así resulta del propio criterio sistemático establecido en la LRJPAC, que no incluye la multa coercitiva en el Capítulo II del Título VII, regulador del procedimiento sancionador y del apartado 2 del artículo 99 de la LRJPAC, donde se reconoce que la multa coercitiva es independiente de las sanciones que pueden imponerse con tal carácter y compatible con ellas.

Tal y como ha reconocido la jurisprudencia, entre ellas la STC de 14 de diciembre de 1988, “*el objeto de la multa coercitiva no es otro que el de forzar al administrado al cumplimiento de lo ordenado, pudiendo concurrir con las sanciones sin quiebra del principio “non bis in idem”, según se desprende de los artículos 104 y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo*”.

En este mismo sentido, la Disposición adicional sexta de la LGTel señala que “*las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas.*”



Es por ello que esta Comisión mediante Resolución de 2 de abril de 2009 utilizó los dos mecanismos legalmente previstos, así, por un lado procedió a la incoación de un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de la anterior Resolución de 27 de marzo de 2008, al no haberse implementado el servicio automatizado operativo en el plazo de cuatro meses previsto en dicha Resolución y, por otro lado, constriñó a TESAU al cumplimiento de dicha obligación apercibiéndola con la imposición de multas coercitivas en caso de incumplir el nuevo plazo señalado de tres semanas en la Resolución de 2 de abril de 2009 de disponer del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico operativo para los operadores.

En conclusión, tomando en consideración todo lo anterior, la obligación impuesta a TESAU en la Resolución de 2 de abril de 2009 (notificada el día 7 de abril) debería haberse cumplido por dicho operador a más tardar el día 1 de mayo de 2009, día en que finalizaba el plazo de tres semanas concedido.

Tal y como se desprende del Acta de inspección de 7 de julio de 2009 TESAU, a dicha fecha, no dio cumplimiento a la obligación impuesta, ofreciendo un proceso de provisión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico que no resultaba plenamente operativo para un operador que pretendiera ofrecer este servicio en el mercado.

Es a fecha 1 de septiembre de 2009 cuando, en base a la información aportada por los operadores, se puede determinar que existe la funcionalidad esperada del sistema de provisión del servicio indirecto sin servicio telefónico ofrecido por TESAU.

En consecuencia, en atención a la habilitación reconocida a esta Comisión para imponer multas coercitivas que aseguren el cumplimiento de las resoluciones que por ella se dicten, y en concreto, la Resolución de 2 de abril de 2009, procede la imposición de dichas multas coercitivas diarias por cada uno de los días hábiles de incumplimiento desde el 1 de mayo de 2009 hasta el 1 de septiembre de 2009, resultando un cómputo de 100 días, que multiplicado por la cuantía de la multa impuesta (10.000 euros), su importe asciende a 1.000.000 euros.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

PRIMERO.- Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una multa coercitiva de por importe de 1.000.000 euros.

La liquidación del importe de la multa coercitiva deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número **[CONFIDENCIAL]** abierta en el Banco Santander. 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.



SEGUNDO.- Declarar que Telefónica de España, S.A.U. puede comercializar la oferta de acceso a Internet vía xDSL sin servicio telefónico que ha comunicado a esta Comisión, una vez verificada la disponibilidad del servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).