



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 38/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de noviembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2005/1638, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA ENTRE LAS ENTIDADES TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE DICIEMBRE DE 2004 Y SE ACUERDA EL ARCHIVO DEL MISMO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito denuncia DTI2. Con fecha 15 de junio de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la representación de DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante DTI2) por el que presentaba denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), por un presunto incumplimiento de los Resolves segundo, tercero y cuarto de la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, por la que se resolvía un conflicto de acceso planteado por DTI2 con TESAU en relación con su Oferta de Acceso al Bucle de abonado (OBA) (Expediente RO 2004/1009).

A este respecto DTI2 en su escrito alega que *“en contra de lo ordenado en el resuelve Segundo de la Resolución cuyo incumplimiento se denuncia (...), TESAU está incumpliendo la obligación de informar a DTI2 del estado de la tramitación de todas las solicitudes de servicios pendientes de provisionar y del estado de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*las incidencias abiertas en relación con la provisión de servicios solicitados, pues no lo hace “detalladamente” como especifica la Resolución”. Asimismo, DTI2 denuncia el presunto trato discriminatorio que esta actitud supone alegando que “ante los distintos requerimientos efectuados por DTI2, relativos tanto a enviar, vía franqueo de incidencias, la información estándar establecida en el apartado 1.6.4.2.4 de la OBA como cualquier otra, TESAU no ha contestado (...) en los términos establecidos tanto en la OBA vigente, como en la resolución de 30 de diciembre y demás normativa aplicable, sino que, si bien nos ha contestado, lo ha hecho de forma escueta de forma que DTI2 no recibe la información detallada que establece la normativa, lo que supone un menoscabo a sus derechos”. Conllevando todo ello a que la entidad denunciante desconozca “absolutamente el **motivos de las incidencias** (...)”.*

DTI2 asimismo denuncia que “TESAU ha incumplido igualmente la obligación que el Consejo de la CMT le impuso en el Resuelve Tercero de la Resolución del expediente RO 2004/1009 en cuanto que no ha provisionado a DTI2 los servicios solicitados y que fueron objeto de denuncia en el mencionado expediente en el plazo de diez días establecido en la resolución (...)”.

*Que “(...)Los **problemas de provisión de servicios más importantes que aún persisten han sido sobre las centrales de CO-MAIMÓNIDES y CO-ARCÁNGEL, sobre las que DTI2 solicitó servicios de coubicación y tendido de cable**”.*

*Finalmente, DTI2 denuncia el “incumplimiento del resuelve segundo de la resolución RO 2004/1009, también se refiere a que **TESAU no está aplicando ni incluyendo en factura las penalizaciones** establecidas en la Oferta de Bucle de Abonado por estos retrasos”. Así como que “**TESAU está incumpliendo** el apartado Cuarto de la parte decisoria de la Resolución RO 2004/1009, en cuanto que TESAU continúa sin colaborar con DTI2 para resolver de **buena fe** las discrepancias que surgen tras abrir incidencias y hasta el momento de su cierre”.*

Con motivo del incumplimiento alegado, DTI2 solicita a esta Comisión:

1. Que se requiera a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para que cumpla la obligación de ésta respecto de los Resuelve segundo, tercero y cuarto de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de diciembre de 2004, y que por tanto, informe detalladamente del estado de solicitudes e incidencias, incluyendo los mensajes de franqueo según OBA 1.6.4.2.4 de las que están resueltas, y una información completa comprensible y contrastable sobre lo sucedido en las mismas, provisione los servicios que resta por provisionar a día de hoy, aplique e incluya en factura las penalizaciones correspondientes, y colabore de buena fe en las resolución de las incidencias que van surgiendo.
2. La adopción de multas coercitivas que se devenguen hasta el momento del cumplimiento, por un importe diario proporcionado a la cuantía de daños y perjuicios, a ingresar periódicamente, e independientes de las posibles penalizaciones previstas en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que se inicie una inspección para determinar si está justificada o no la reclasificación de las centrales de Co-Arcángel y Co-Maimónides; y aún siendo así, que se determine si resulta técnicamente viable alguna de las propuestas de coubicación efectuadas por DTI2.
4. Que se dé traslado de las actuaciones denunciadas al procedimiento sancionador incoado a TESAU por esta Comisión.

Asimismo, DTI2 acompañó Documentación acreditativa de la evolución tanto de los servicios solicitados para la coubicación en distintas centrales de Córdoba como del estado de las incidencias (ambas a efectos de probar los retrasos supuestamente sufridos), de los cambios de clasificación de las centrales de Arcángel y Maimónides realizados por TESAU y de la presunta mala fe de TESAU.

SEGUNDO.- Burofax de TESAU. Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión 18 de octubre de 2005 se recibió escrito de TESAU por el que remitía a esta Comisión copia del Burofax enviado a DTI2 respecto a la cantidad a pagar en concepto de penalizaciones. En este escrito TESAU proponía a DTI2 la compensación de esta cantidad con las facturas que DTI2 tenía pendiente de pagar.

TERCERO.- Apertura de un procedimiento información previa. Una vez analizada toda la información y de conformidad con lo previsto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a DTI2 y TESAU con fecha 13 de diciembre de 2005 que había quedado iniciado un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador.

Asimismo, se requirió a TESAU para que aportara cuanta información dispusiere en relación con los presuntos incumplimientos.

CUARTO.- Alegaciones de TESAU. Con fecha 16 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de la Comisión, escrito de la entidad TESAU en el cual manifestaba que el día 17 de enero de 2005 informó a "DTI2 sobre el estados de todos los servicios objeto del resuelve segundo de la Resolución 2004/1009".

En relación al presunto incumplimiento del Resuelve tercero, TESAU manifiesta que, en referencia a las alegaciones de DTI2, "a excepción de las centrales de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Arcángel y Maimónides (...) el resto de los servicios ha sido entregado dentro de las fechas indicadas en dicha Resolución”.

Respecto a las centrales de Arcángel y Maimónides, TESAU manifiesta que cuando en el año 2000 se hizo la calificación de los “edificios en las categorías de convencionales y tipificadas por un lamentable error en la aplicación de los criterios internos, se realizó una clasificación inadecuada de las centrales de Córdoba/Maimónides y Córdoba/Arcángel”.

TESAU, en relación a la alegación de DTI2 sobre las penalizaciones, manifiesta que “el 7 de octubre de 2005 envió un Burofax a DTI2 en relación con las penalizaciones (...)” cuya “(...) cuantía ascendía a 41.571,16 euros”. Asimismo, TESAU especifica que “en dicho burofax se comunicaba a DTI2 que en dicha fecha, tenía una deuda vencida y exigible (...) que ascendía a 122.304,03 euros, por lo que se comunicaba a DTI2 que se iba [a] emitir una factura negativa por el importe de las penalizaciones, con lo cual el importe de la deuda vencida, líquida y exigible tenía un importe de 80.732,87 euros...”. A su vez, TESAU manifiesta que a la fecha del escrito, DTI2 todavía no había abonado ninguna factura correspondiente a los servicios OBA que éste le había entregado y que aún así seguía demandando nuevos servicios “sin ninguna justificación y al objeto de enriquecerse por la vía de la reclamación de las “jugosas” penalizaciones establecidas en la OBA”.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU sobre grado de ocupación de DTI2. Con fecha 23 de febrero de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que indicaba el grado de ocupación de los servicios de la Oferta del Bucle de Abonado por DTI2.

SEXTO.- Requerimiento de información a TESAU. Con fecha 28 de febrero de 2006 se requirió a TESAU para que remitiera la siguiente información:

- *“Acreditación Documental de la información detallada (con sus correspondientes fechas) proporcionada por TESAU a DTI2, relativa al estado de las incidencias.*
- *Acreditación Documental de las fechas de entrega de servicios solicitados por DTI2 en las centrales de Abderramán, Gondomar, Góngora, El Brillante, Séneca, Arcángel y Maimónides (todas ellas sitas en Córdoba).*
- *Desglose de los distintos conceptos (en especial de las penalizaciones) que se contemplaron en el burofax enviado por TESAU a DTI2, con fecha 6 de octubre de 2005.*
- *Cualesquiera otros Documentos o alegaciones oportunos para la mejor instrucción del procedimiento”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Nuevas alegaciones de DTI2. Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 8 de marzo de 2006, se recibió escrito de DTI2 por el que realiza nuevas alegaciones relativas a Burofaxes y facturas emitidas por TESAU. En concreto DTI2 pone de manifiesto que:

- Sobre facturación, TESAU le ha remitido una factura negativa en la que se especifica la cantidad a pagar por TESAU en concepto de penalizaciones a DTI2, y a su vez, lo que esta entidad le adeuda a aquélla por los servicios prestados y no abonados. DTI2 alega, que remitió a TESAU Burofax solicitándole que desglosara la cantidad indicada puesto que de otra forma no podría comprobar a qué servicios y conceptos corresponde.
- La no celebración de las reuniones convocadas por falta de concreción de TESAU.
- Asimismo, DTI2 reitera a TESAU en diversos escritos que *“adapte sus procesos de facturación a lo establecido en el [apartado] 5º de la OBA. Que no facturen los servicios hasta haber resuelto las incidencias asociadas a los mismos”. Y que “apliquen las penalizaciones asociadas a los servicios e incidencias retrasadas”.*

Finalmente DTI2 solicita a esta Comisión que:

“TERCERO.- Que por parte de esa Comisión se obligue a TESAU, en el plazo más breve y concreto que estime suficiente la CMT, a que anule todas las facturas de servicios OBA incluidas en el listado remitido al final del Documento “Doc-1”, así como todas las emitidas sin adecuarse a lo establecido en el artículo 5 de la OBA. Asimismo se solicita que TESAU anule las facturas de penalizaciones “Doc 13 y 15”, y las emita de nuevo ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 5 de la OBA. En concreto, se solicita:

- 1.- Que TESAU emita las facturas periódicas agrupadas por meses y con el grado de detalle requerido en el artículo 5º de la OBA de forma que DTI2 pueda identificar de manera exacta qué servicios individuales, cantidades y periodos abarca cada ítem de factura recibida.*
- 2.- Que se obligue a TESAU a que emita las facturas por las penalizaciones que adeuda a DTI2, si no simultáneamente, con mucha cercanía en el tiempo que las que emita por la provisión de servicios.*
- 3.- Respecto a la facturación periódica referente a creación de nuevas infraestructuras, que se realice identificando de forma inequívoca cada uno de los servicios prestados, sus importes unitarios, mediciones o cantidades y totales.*
- 4.- Sobre la facturación aperiódica de penalizaciones, que se realice identificando perfectamente cada uno de los servicios o incidencias a los que se aplica, la base para el cálculo de importes y los coeficientes empleados, y los plazos de inicio y fin de los retrasos estimados de forma individual para cada ítem.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.- Que, dado que esta facturación cubre más de año y medio, se prorrogue el plazo de verificación de las facturas de los tres días hábiles previsto en el 5.3.2 de los distintos contratos del AGB, a tres días hábiles por cada remesa mensual, sin que estos plazos se solapen, dada la lógica carencia de recursos humanos para verificar una facturación tan extemporánea si toda viniese junta.

6.- Se obligue a TESAU a abstenerse en lo sucesivo de remitir a DTI2 facturas de servicios OBA en forma diferente a lo especificado, en los apartados anteriores y 5º de la OBA.

CUARTO.- Que la CMT por medio de los medios que estime oportunos, como pudieran ser solicitudes de información a otros operadores o el ejercicio de su capacidad inspectora, constate como TESAU no ha dispuesto los medios y sistemas necesarios para garantizar el cumplimiento de su propia OBA, en las materias de facturación de servicios y penalizaciones, tal como se le imponía mediante resolución de 31 de marzo de 2004.

QUINTO.- Trasladar esta actuación consistente en un nuevo incumplimiento de TESAU de la parte dispositiva de una Resolución de la CMT al procedimiento sancionador incoado a TESAU por esa Comisión mediante su Resolución de 9 de junio de 2005 (Expte RO 2004/1811) si no se estima procedente o conveniente la acumulación en dicho expediente, proceda a la apertura de un expediente separado a tal efecto”.

OCTAVO.- Contestación por TESAU al requerimiento de información. Con fecha 31 de marzo de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en contestación al requerimiento efectuado, señalando lo siguiente:

- TESAU reitera lo expresado en el escrito de alegaciones de 16 de febrero y expresamente manifiesta que “en lo relativo a las incidencias de provisión de un servicio, ha informado a DTI2 repetidas veces, que una vez que un servicio está provisionado y disponible para un operador, estas incidencias se consideran cerradas. Por ello, no se han efectuado comunicaciones formales de Telefónica a DTI2 relativas al cierre de las mismas (...). Que a mayor abundamiento (...) no se ha podido alcanzar ningún acuerdo con DTI2 para el cierre de las incidencias, cuyo único fin parece ser reclamar las penalizaciones.”
- Añade TESAU que “en la fecha de la reclamación de DTI2, todos los servicios contemplados en la OBA, excepto el servicio de ubicación física y el de entrega de señal, se contrataban, tramitaban y provisionaba a través de SGO por lo que en ningún momento puede deducirse que le haya causado perjuicio alguno.” En el Anexo 2 a 9 TESAU proporciona algunas de estas fechas, aunque no todas las solicitadas.
- En los anexos 11 a 16 aporta Documentación para aclarar los conceptos que se incluían en el Burofax que ascienden a 41.571,16 euros correspondientes a las penalizaciones que adeudaba a DTI2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Nuevas manifestaciones de TESAU. La representación de TESAU remitió el 11 de abril de 2006 a esta Comisión escrito destacando las siguientes cuestiones:

- *“a la vista de los datos de evolución de las solicitudes de servicios OBA realizadas por DTI2 durante el último año, (...) parece estar claro que [DTI2] tiene POCO interés en ampliar su presencia como operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones en la ciudad de Córdoba”.*

- *“Sin embargo, DTI2 basándose en las estipulaciones estrictamente literales de la OBA (...) y las penalizaciones fijadas por esa CMT, reclama a Telefónica de España indemnizaciones de millones de Euros, por el presunto perjuicio ocasionado a DTI2 al no poder cumplir su plan de negocio relativo a la expansión de la banda ancha en la provincia de Córdoba. Indemnizaciones que no guardan ninguna relación con el hipotético perjuicio causado”. Adjuntando cuadros en los que TESAU alega que los porcentajes de ocupación son muy bajos.*

Finalmente TESAU concluye su escrito alegando que *“de los datos aportados se puede concluir que este operador no parece estar interesado en incrementar su cuota de mercado en el sector haciendo uso de los servicios e infraestructuras proporcionadas por TESAU a DTI2 en el ámbito de la OBA a través de una política de crecimiento de su base de clientes. Por lo que las pretensiones de DTI2 sobre las cantidades reclamadas por DTI2 en concepto de penalizaciones deben ser consideradas por esa CMT desproporcionadas y no conforme a derecho”.*

DÉCIMO.- Ampliación de contestación de TESAU al requerimiento de información. Con fecha 22 de mayo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de alegaciones de TESAU para completar lo remitido en respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión. Así pues:

- Adjunta una tabla con algunas fechas de finalización de los diferentes servicios en conflicto.
- Manifiesta *“la falta de procedimiento en la OBA vigente para tratar las incidencias de provisión, así como la inexistencia de una tabla que codifique las causas por las que se pueden abrir estas incidencias”.*
- TESAU *“desea poner de manifiesto que el criterio adoptado para cerrar las incidencias de provisión,(...), se ha aplicado con carácter general y consideramos que es correcto, ya que se entiende que el objeto de abrir una incidencia de provisión, es con el fin de solucionar un problema concreto relativo a la provisión de un determinado servicio, por ello, que en el momento en que dicho servicio está provisionado dicha incidencia se puede considerar cerrada, sin necesidad de ningún mensaje adicional”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, operadores como DTI2 a pesar de encontrarse provisionado el servicio, rechazan de manera sistemática el cierre de las incidencias, pareciendo por tanto más interesados, en la prolongación de la incidencia que le reporta importantes cuantías en concepto de penalizaciones que en el disfrute del servicio, cuya provisión se ha realizado.
- Reiterar que TESAU *“en todo momento ha sido proactiva en las relaciones con este operador y ha intentado resolver los diferentes problemas acaecidos.”*
- Con el fin de que sea más comprensible el burofax de 6 de octubre de 2005, *“se detallan las solicitudes que son objeto de penalización para cada uno de los servicios (...) El total de las penalizaciones por estos conceptos ascendía a 41.571,16€”.*
- *“En el anexo 2 del citado burofax se relacionaban las facturas emitidas por Telefónica desde el 20 de febrero de 2003 y que DTI2 a fecha de 6 de octubre de 2006 no había abonado a mi representada, cuyo importe ascendía a 122.304,03€.”*

UNDÉCIMO.- Nuevas alegaciones de DTI2. Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 17 de agosto de 2006, se recibió escrito de DTI2 con las siguientes alegaciones:

- *“[...] Que DTI2 ya manifestó en su escrito de denuncia que (...) TESAU no le había provisionado los servicios de ubicación y tendidos de cable en la forma establecida en la OBA en dos de las siete centrales...objeto del expediente RO 2004/1009. (...) DTI2 desea manifestar que en la central 1410013 (CO/MAIMONIDES), TESAU ha proporcionado la menos favorable de todas las opciones OBA: ubicación distante en parcela; y en la central 1410012 (CO/ARCANGEL) aún no nos ha provisto ningún tipo de coubicación”.*
- *Asimismo, DTI2 alega que la central de Arcángel “reúne características de ambos tipos de centrales [convencional y tipificada], si bien se acerca más al modelo “convencional”. Que aún así, DTI2 ha podido verificar que varias de las propuestas realizadas para el emplazamiento de equipos serían razonables, y por tanto, posibles.*
- *Respecto de la central de Maimónides, “DTI2 ya [...] manifestó que TESAU se había negado a facilitarle la ubicación física en [esta]...central. Por este motivo, y puesto que TESAU había aceptado la ubicación distante en parcela que también le había solicitado DTI2, mi representada tuvo que resignarse a aceptar esta opción”. Así DTI2 manifiesta que esta central no reúne la mayoría de las características de las centrales tipificadas y, por ende, debe ser considerada como convencional.*
- *DTI2 manifiesta que “a excepción de las solicitudes relativas a la central de CO/ARCANGEL (...) y las relativas a la central de CO/MAIMONIDES (...) el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resto de incidencias de provisión en las demás centrales solicitadas por DTI2 se han subsanado en la mayoría de sus aspectos reclamados”. No obstante lo anterior, DTI2 alega que “las incidencias del resto de las centrales se ha realizado con considerables retrasos (...) tanto respecto al plazo de resolución establecido en la OBA, como sobre el plazo de diez días concedido por la CMT en la Resolución cuyo incumplimiento es objeto de este conflicto”.

- DTI2 concreta que “TESAU sigue sin facilitarnos información sobre el devenir de las mismas [solicitudes e incidencias]”, concluyendo que a juicio de esta entidad “no se ha cumplido con lo ordenado en el segundo resuelve de la Resolución que ponía fin al expediente 2004/1009”.
- En relación con los problemas de facturación DTI2 manifiesta que TESAU sigue sin facturar correctamente conforme a lo recogido en la OBA.

DUODÉCIMO.- Ampliación de alegaciones de DTI2. Con fecha de entrada en esta Comisión 2 de noviembre de 2007 se recibió escrito de DTI2 por el que venía a presentar alegaciones a los escritos remitidos por TESAU en el seno de este expediente, concretándose las mismas en la falta de cumplimiento por parte de TESAU de la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Finalmente DTI2 solicita a esta Comisión que:

“Se considere que la falta de idoneidad y/o validez de las solicitudes de infraestructuras realizadas por DTI2 en la central 1410012 CO/ARCANGEL son cosa ya analizada y resuelta en el expediente 2004/1009, por lo que cualquiera circunstancia no sobrevenida posteriormente, no puede ser alegada con posterioridad a la Resolución que ponía fin al mismo, para justificar su incumplimiento”.

*“Ídem se aplicaría a la reclasificación de la central de CO/MAINÓMIDES, y a su impedimento a la coubicación física que solicitamos **sea reprobado expresamente por la CMT**”.*

Asimismo se reitera en todas las peticiones realizadas en sus anteriores escritos respecto al incumplimiento completo por TESAU de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Igualmente solicita que se inste, “como medida cautelar, y expresamente a Telefónica de España a resolver las dos más acuciantes causas de incidencia de provisión que se le han reclamado y que son comunes a todas las infraestructuras OBA incluidas en el expediente RO-2004/1009, esto es:

- A) Que se le comuniquen a DTI2 los teléfonos de contacto principal y alternativo para cada uno de los emplazamientos[...]**
- B) ... y que se de una solución al problema descrito en el punto **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** acerca de la **provisión de Tendidos de Cable en modo compartida realizada con menos****



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

capacidad de la especificada en la OBA, bien la propuesta por DTI2 en su Anexo-3 o cualquiera otra que de forma definitiva ajuste los tendidos suministrados a las características técnicas definidas en la OBA”.

Igualmente, solicita que “Se revoque la confidencialidad otorgada a las páginas nº 2 a 5 del escrito de Telefónica que tuvo entrada en la CMT el 20/02/2006, por los motivos expuestos en el punto 3.2.1 de nuestro Anexo-1, o, de no ser ello posible, que ésta se limite a los datos concretos que puedan constituir secreto industrial de Telefónica o de terceros concretos, entre los que no pueden entrar los datos de actividad de DTI2 o del conjunto de los operadores”. Y “se declare confidencial, el punto 2.6.2 del Anexo-1 a este escrito y el CD adjunto, por los motivos expuestos en el mismo entre los que destacamos la protección de derechos de terceros ajenos a este procedimiento, sin que por otra parte el no conocimiento de su contenido vulnere los derechos de Telefónica, pues el hecho que se viene a acreditar en el mismo, también es acreditado en otros puntos, y difícilmente puede ser sostenido de contrario por Telefónica”.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Calificación del escrito presentado por DTI2 en fecha 15 de junio de 2005 y sucesivos.

El escrito presentado por DTI2 en fecha 15 de junio de 2005 constituye una denuncia en cuya virtud se puso en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), relativo al incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

El artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 y Disposición Transitoria primera 10 de la LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

En el escrito presentado por la entidad denunciante se puso en conocimiento de esta Comisión que TESAU podía haber incumplido la Resolución de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004, relativa a un conflicto de acceso entre TESAU y DTI2 por el posible incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

De acuerdo con lo anterior y con el precepto transcrito, el escrito de referencia ha de calificarse como una denuncia, a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar el correspondiente expediente sancionador.

2. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

Esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de las Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio u período de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

De acuerdo con estos preceptos, compete a esta Comisión conocer de la cuestión planteada en los sucesivos escritos de denuncia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Valoración de las actuaciones practicadas en el período de información previa.

En primer lugar, cabe significar que el período de información previa que se ha iniciado por esta Comisión tiene por objeto indagar las circunstancias concretas sobre el posible incumplimiento por parte de TESAU de la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión de 30 de diciembre de 2004 relativa al conflicto de acceso entre TESAU y DTI2 por el posible incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU en el marco del expediente RO 2004/1009, tras la denuncia recibida en el Registro de esta Comisión con fecha 15 de junio de 2005 por parte de DTI2 y **no otras cuestiones que haya planteado DTI2 en sus diferentes escritos y alegaciones y que tengan por objeto debatir lo que ya fue resuelto en la Resolución de 30 de diciembre de 2004.**

En concreto, DTI2 denuncia el incumplimiento de los siguientes Resolves de la Resolución de 30 de diciembre de 2004:

“Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. informará detalladamente a DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A., en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Resolución, del estado de la tramitación de todas las solicitudes de servicios pendientes de provisionar y del estado de las incidencias abiertas en relación con la provisión de servicios solicitados.

Tercero.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. provisionará a DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A., en el plazo de diez días desde la fecha de notificación de la presente Resolución, los servicios solicitados que, habiendo transcurrido el tiempo de provisión garantizado, no hubieran sido habilitados, aplicando las penalizaciones establecidas en la Oferta de Acceso al Bucle de Telefónica que sean de aplicación referidas tanto a la provisión de servicio como a la resolución de incidencias.

Cuarto.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A., resolverán de buena fe las posibles discrepancias que pudieran surgir tras la apertura de una incidencia, colaborando de forma bidireccional hasta la resolución de la misma”.

4. Sobre el cumplimiento general de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

En esta sección se analiza el cumplimiento por parte de TESAU de los Resolves de la Resolución de 30 de diciembre de 2004. En primer lugar, se va a analizar el efectivo cumplimiento del Resuelve Tercero respecto a la provisión de los servicios y aplicación de las penalizaciones, por ser éste el de mayor



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interés en clarificar por la diversidad de servicios solicitados y consecuencias derivadas del mismo.

Posteriormente, se analizará el cumplimiento del Resuelve Segundo, respecto a la obligación de TESAU de informar a DTI2 del estado de la tramitación de los servicios y de las incidencias.

Finalmente, se examinará el cumplimiento del Resuelve Cuarto, referente a la actuación de buena fe de los operadores.

I. Resuelve Tercero: provisión de servicios en el plazo de diez días y aplicación de penalizaciones.

a) Respecto a la provisión de servicios

En este apartado se procede a analizar el cumplimiento del Resuelve Tercero por orden de petición de los servicios realizados por DTI2 y por las centrales afectadas.

A efectos de verificar el cumplimiento del Resuelve Tercero, esta Comisión comprobará si los servicios objeto del conflicto han sido provisionados en el periodo concedido a tal efecto, es decir, diez días desde la notificación de la Resolución del Conflicto. Teniendo en cuenta que la Resolución de 30 de diciembre de 2004 fue notificada tanto a DTI2 como a TESAU con fecha 11 de enero de 2005, **el plazo máximo para provisionar el servicio concluyó el día 22 de enero de 2005.**

- Primer bloque de pedidos en la central de CORDOBA/SENECA

DTI2 solicitó para la central CORDOBA/SENECA [según el Doc. 1.5 del anexo de DTI2 de fecha 31 de mayo de 2004 y el Doc. 12.1 de su escrito de 25 de noviembre de 2004, ambos del expediente 2004/1009] la provisión del servicio de Tendido de Cable externo (dos bloques de acceso compartido). Este servicio fue provisionado por TESAU el día 7 de enero de 2005 [Anexo 1 del escrito de TESAU de 16 de febrero de 2006]. Por tanto, puesto que el plazo establecido en el Resuelve Tercero para provisionar el servicio finalizaba el día 22 de enero de 2005, TESAU ha cumplido con el mismo.

- Segundo bloque de pedidos en las centrales de CORDOBA/GONDOMAR y CORDOBA/ABDERRAMAN

➤ *Central de CORDOBA/GONDOMAR*

En la central de CORDOBA/GONDOMAR DTI2 solicitó los servicios de coubicación, tendido de cable interno (dos bloques compartidos y uno



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desagregado) [como así consta en el Doc. 23.1 y 24.1 del escrito de DTI2 de 25 de noviembre de 2004 del expediente 2004/1009], y entrega de señal [Doc. 173 y 174.1.2.3.4 del anexo 5 de DTI2 de fecha 15 de junio de 2005]. Según TESAU los primeros servicios fueron provisionados con fecha 7 de enero de 2005, mientras que la entrega de la señal en esta central finalizó antes del día 21 de enero de 2005.

De los datos aportados tanto por DTI2 (cuadro de la página 5 de su escrito de 15 de junio de 2005) así como del escrito de TESAU (anexos de entrega de servicios de 31 de marzo de 2006) se puede comprobar que ambos operadores están de acuerdo en la fecha de entrega del último servicio, es decir, la entrega de señal el día 19 de enero de 2005, y por tanto dentro del plazo concedido por la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

Esta Comisión debe señalar que no se aprecian indicios de incumplimiento por parte de TESAU del Resuelve Tercero de la mencionada Resolución en esta central.

➤ *Central de CORDOBA/ABDERRAMAN*

En la central de CORDOBA/ABDERRAMAN DTI2 [como así se recoge en el Doc. 25.2.2.3 y 26.1.2.3.4 del anexo de DTI2 del escrito de 25 de mayo de 2004, del expediente 2004/1009] solicitó los servicios de coubicación, así como el tendido de cable interno (dos bloques en compartidos y uno desagregado) y el servicio de entrega de señal en fibra óptica mediante el uso de infraestructuras de interconexión utilizando fibras en uso [Anexo 3 del escrito de TESAU de 2 de diciembre de 2005 que consta en el Expediente 2004/1009]. Según TESAU todos ellos estaban provisionados a fecha 7 de enero de 2005, siendo la mayoría de ellos llevados a cabo con anterioridad a la propia Resolución de 30 de diciembre de 2004. Respecto a la entrega de la señal de esta central, en el correo electrónico de información de TESAU remitido a DTI2 [Anexo 1 del escrito de 31 de marzo de 2006 de TESAU] se establecía que estaba pendiente de valoración por parte de este operador.

Según se desprende de la documentación aportada, el día 14 de abril de 2005 TESAU comunicó vía correo electrónico [Doc. 215 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005] la finalización entrega de señal en esta central siendo requeridos una serie de datos de contactos entre operadores. DTI2 contestó a este correo electrónico concretando la persona de contacto, la fecha, así como el día en el que se acabaron los trabajos [Doc. 216 y 217 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005]. Finalmente, la entrega de la señal se produjo con fecha 22 de abril de 2005.

El 2 de noviembre de 2004 TESAU informó a DTI2 de la terminación de las obras de Abderraman [Doc. 2.1 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005] por tanto, antes de que acaeciera la Resolución de esta Comisión de la que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deriva la presente información previa, TESAU ya había provisionado las obras básicas en la central a excepción de la entrega de la señal. Respecto a la terminación de las obras, DTI2 niega su recepción por la falta de determinados requisitos formales (la falta del teléfono de contacto y el franqueo) [Doc. 16 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005]. Si bien es cierto que TESAU debe proporcionar el servicio sujeto a determinadas formalidades, éstas no pueden suponer una mayor barrera para la prestación del servicio por los operadores alternativos que la propia falta de provisión, es decir, el excesivo carácter formalista de DTI2 no puede conllevar la no recepción de los trabajos realizados.

A partir de tales consideraciones y, aun cuando TESAU no cumplió inmediatamente con lo establecido en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, al no provisionar el servicio íntegro, concurren ciertas diferencias interpretativas en torno a la entrega de la señal, que pueden amparar una duda sobre la ejecución de la resolución. Si a ello le sumamos que TESAU corrigió su situación irregular, provisionando el servicio en un plazo no excesivo y que el resto de servicios habían sido provisionados con anterioridad incluso a la propia Resolución de 30 de diciembre, debe concluirse que en esta central no se aprecian indicios que determinen un incumplimiento de cierta trascendencia, por parte de TESAU, del Resuelve Tercero.

- Tercer bloque de pedidos en las centrales de CORDOBA/GONGORA, CORDOBA/BRILLANTE, CORDOBA/ARCANGEL y CORDOBA/MAIMONIDES

➤ *Central de CORDOBA/GONGORA*

En la central de GÓNGORA, DTI2 solicitó a TESAU el servicio de coubicación, tendido de cable interno (dos bloques en compartido y uno desagregado) [Doc. 67.1.2.3.4 del anexo de DTI2 de 25 de noviembre de 2004 del expediente 2004/1009] y el de entrega de señal [Doc. 173 y 175.1.2.3.4 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005]. Todos estos servicios fueron provisionados por TESAU el día 19 de enero de 2005, y por tanto, dentro del plazo que dispone el Resuelve Tercero. [Anexo 1 del escrito de 31 de marzo de 2006 de TESAU y Doc. 187 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005].

➤ *Central de CORDOBA/BRILLANTE*

DTI2 solicitó para esta central los servicios de coubicación, el tendido de cable interno (dos bloques en compartido y uno desagregado) [Doc. 68.1.2.3.4 del anexo de DTI2 de 25 de noviembre de 2004 del expediente 2004/1009] así como la entrega de señal vía radioenlace [Doc. 173 y 176.1.2.3.4 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005]. Todos estos servicios fueron provisionados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por TESAU a fecha 21 de enero de 2005, y por tanto, en plazo según se documenta en el Doc. 188 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005. Así TESAU en esta central da cumplimiento de la obligación de provisionar los servicios en el plazo impuesto por el Resuelve Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

➤ *Central de CORDOBA/ARCANGEL*

En esta central DTI2 solicitó los servicios de coubicación y el tendido de cable interno [Doc. 69.1.2.3.4 del anexo de 25 de noviembre de 2004 de DTI2 del expediente 2004/1009] (dos bloques en compartido y uno desagregado).

El conflicto en esta central deriva de la negativa por parte de TESAU de facilitar la coubicación en la misma, en un primer momento, por falta de espacio en el interior de la central, y posteriormente, por su presunto carácter de “Tipificado” (apartado 2.2 OBA), para denegar la coubicación.

DTI2, en su escrito de denuncia de 15 de junio de 2005, manifiesta que en esta central TESAU realizó una recalificación de la misma considerándola como una central Tipificada del apartado 2.2 de la OBA. Asimismo, alega que esta central no reúne todos los requisitos que de las Tipificadas se predica y que *“en las bases de datos publicadas a fecha de la solicitud (08/06/2004), TESAU ofertaba la central como “convencional” y con espacio para ubicación disponible [...] en noviembre de 2004, después de una visita a la central, TESAU continuó manteniéndola dentro de la relación de edificios convencionales”*. Así, DTI2 considera que la interpretación que hace TESAU del apartado 2.1 y 2.2 de la OBA al considerar que el carácter Tipificado de una central impide la coubicación, carece de la debida fundamentación.

TESAU, en su escrito de 16 de febrero de 2006, en su alegación *“Tercera.- sobre la reclasificación de CORDOBA/ARCANGEL y CORDOBA/MAIMONIDES”* manifiesta que *“Córdoba/El Arcángel está ubicada dentro de un centro comercial, se consideró en la primera relación de la OBA como un Edificio Convencional sin espacio para coubicación, pero la propia Telefónica de España a finales del año 2000 se dio cuenta del error cometido, ya que dicha central es un Local Propio de 69m² sin espacio libre en sala independiente, pero no un edificio convencional definido en la OBA, por lo que se retiró del listado de Edificios Convencionales”*. Así, esta central *“ocupa una esquina de un centro comercial, dando a la calle por la fachada y por el lateral derecho, y dando al aparcamiento del centro comercial por detrás y el lateral izquierdo. En el año 2001 se volvió a incluir por error en el listado de Edificios Convencionales pero también sin espacio para coubicación”*. Así, en un primer momento TESAU denegaba la coubicación por falta de espacio y posteriormente por considerar a esta central como Tipificada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todo lo anterior, cabe concluir que conforme al mail de TESAU de día 7 de enero de 2005, en el que informaba a DTI2 del estado de la provisión de servicios, en esta central no era viable la coubicación.

El problema que se deriva de esta central es la calificación que de la misma hace TESAU como “Tipificada” de las así recogidas en el punto 2.2 de la OBA de marzo de 2004, según este apartado:

“las llamadas centrales tipificadas son de diversos tipos, atendiendo a un número de líneas notablemente inferior (menos de 1.024, por ejemplo, en las T0). Estas centrales, las más numerosas, se ubican en su mayoría bien en pequeñas zonas urbanas o bien en áreas rurales. Las de menor superficie son de tipo prefabricado. No obstante, si bien las centrales tipificadas constan de una superficie muy reducida (que no permitiría la coubicación física en la gran mayoría de los casos), muchas de ellas se asientan posibilitando la coubicación distante...”

El criterio general es ofertar coubicación en el caso de edificios convencionales y ubicación distante en el caso de edificios Tipificados, siempre que ello sea técnicamente viable...”

Conforme a la Resolución de 6 abril de 2006 (en adelante, Resolución de 6 de abril de 2006) por la que se resolvía el conflicto de acceso interpuesto por Jazz Telecom S.A.U. contra Telefónica de España S.A.U. por el supuesto incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación con la reserva de espacios susceptibles de uso para coubicación en edificios centrales, “Telefónica no puede rechazar solicitudes de coubicación para el acceso al bucle de abonado sobre la base del concepto de reserva previa de espacio en sus centrales”¹, es más, cuando a priori no haya espacio en una central, Telefónica deberá de reajustar la configuración de los equipos existentes, ya sea mediante la consolidación de los equipos que puedan compartir espacio o, entre otros, mediante retirada de elementos inutilizados u obsoletos, etc. De hecho en la modificación de la OBA de 2006² ya se prevé la posibilidad de recuperar espacios, concretamente se recoge, respecto al *espacio vacante interior y a espacios recuperados*, que

“Cuando Telefónica disponga de espacio vacante para cubrir la demanda de espacio para coubicación de los operadores (nuevos recintos o ampliaciones de recintos ya existentes), Telefónica habrá de emplear todo el espacio vacante que sea necesario para atender las solicitudes de coubicación de los operadores de acuerdo a las condiciones de la OBA”.

¹ En este sentido la Resolución sobre el conflicto de acceso entre T-Online Telecommunications Spain, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U., en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA).

² Resolución de 14 de septiembre de 2006, de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España S.A.U. (MTZ 2005/1054)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Asimismo, “Cuando el **espacio vacante esté agotado** y no pueda cubrirse la demanda de espacio para coubicación de los operadores, Telefónica deberá acometer obras de **recuperación de espacio vacante adicional** (también podrán reasignarse por medio del procedimiento de reasignación, espacios adjudicados pero no utilizados de forma efectiva). Ante la primera solicitud que provoque la necesidad de recuperar de espacios, Telefónica seguirá un procedimiento previo similar al establecido en el apartado 2.15.14 de la OBA al objeto de conocer la demanda total de espacio adicional del conjunto de los operadores. El proyecto específico y las obras de liberación de los nuevos espacios, deberán realizarse a la mayor brevedad posible una vez conocida la demanda conjunta de superficie útil, quedando las solicitudes de coubicación de los operadores en espera hasta la recuperación de espacios. Una vez liberado el espacio vacante necesario para satisfacer la demanda, el proceso de coubicación continuará de acuerdo al procedimiento OBA.*

*Quando el **espacio vacante esté agotado** y sea físicamente **imposible recuperar espacios** vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación, Telefónica deberá notificar a la Comisión de forma fehaciente esta situación para que pueda ser inspeccionada; dicha situación de falta de espacio afectará igualmente a Telefónica en base a la aplicación del principio de no-discriminación”.*

Por todo lo anterior, si TESAU estima que en una central no hay espacio, debe en primer lugar proceder a reubicar sus equipos en orden a aprovechar ese espacio vacante y en el caso que éste esté agotado deberá acometer las gestiones necesarias de recuperación de espacio para facilitar la ubicación de los equipos del operador solicitante.

En virtud de la Resolución de 6 de abril de 2006 anteriormente nombrada, TESAU está obligada a comunicar a esta Comisión aquella central en las que estima que no hay espacio suficiente para coubicación incluso con la posibilidad de recuperar espacio. En la última comunicación recibida a este respecto por esta Comisión de 19 de julio de 2007, TESAU informó que, entre otras, en la central de CORDOBA/ARCÁNGEL no hay espacio suficiente para coubicación, así como tampoco dispone de parcela aneja para ubicación distante.

Por tanto, y conforme a todo lo anterior esta Comisión debe señalar que si bien el servicio no ha sido provisionado en el plazo indicado en el Resuelve Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, esta falta de provisión se debe a criterios objetivos y circunstancias fácticas, por los que en su momento y en la actualidad no es posible tal ubicación. Así, esta Comisión debe concluir que en esta central no se aprecian indicios de incumplimiento por parte de TESAU del Resuelve Tercero de la mencionada Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

➤ Central de CORDOBA/MAIMÓNIDES

En esta central DTI2 solicitó los servicios de coubicación y tendido de cable interno (dos bloques en compartido y uno desagregado) [Doc.70.1.2.3.4 del anexo de DTI2 de 25 de noviembre de 2004 del expediente 2004/1009].

DTI2, en su escrito de denuncia de 15 de junio de 2005, establece que *“en el caso de la central de CO-MAIMÓNIDES en la que, habiendo espacio de sobra para la coubicación en SdT, TESAU ha obligado a DTI2 a ubicación distante...”*. Asimismo este operador manifiesta que *“dado que en esta central de CO-MAIMÓNIDES DTI2 aceptó, como consta en el expediente, la ubicación distante en Agosto de 2004, estando ya terminada y a falta de concluir un tendido de cable externo en modo desagregado (lo que impide que esté operativa, ya que la entrega de señal a la red de DTI2 se realizará para este caso, mediante tecnología G. SHDSL, sobre pares desagregados) interesa más a DTI2, continuar reclamando el fin de los trabajos de tendido de cable externo, que parecen próximos, y comenzar a operar, cuanto antes y como sea, que reclamar el cambio de sistema de ubicación distante actual, al de coubicación física...”*.

El problema que radica en esta central, al igual que la de Arcángel, es que TESAU considera que la misma es Tipificada y que por ello no es viable la coubicación y sólo está obligada a facilitar ubicación distante.

Según DTI2, las características de esta central no se pueden subsumir en las predicables de una central Tipificada, y por *“ello su recalificación súbita como “tipificada” por parte de TESAU, denota claramente ser una estrategia para dilatar plazos, aumentar costes, eludir el cumplimiento de la resolución, y en definitiva discriminar a DTI2”*

TESAU, en su escrito de 16 de febrero de 2006, manifiesta que *“En el caso de Córdoba/Maimónides, el error se originó debido a que desde un punto de vista estrictamente inmobiliario Telefónica de España considera los edificios de obra, no prefabricados, como edificios convencionales, aunque desde el punto de vista de la red no lo fueran”*. Así, esta central *“estaba considerada antes del inicio de la OBA y al principio de la misma (año 2000), como un Edificio Convencional porque no era una caseta prefabricada, por lo que en relación de centrales OBA se incluyó como Edificio Convencional pero sin espacio para coubicación”*.

Finalmente, TESAU en este escrito justifica que el motivo por el que esta central *“no se instaló en una caseta prefabricada y se hizo de obra, fue por las exigencias del Ayuntamiento correspondiente, con objeto de que guardase la misma fisonomía que las casas adosadas que la rodean. **Esto llevó a considerarla erróneamente como edificio convencional, pero por dimensiones y características es un edificio Tipificado...**”*, y añade la una tabla comparativa entre las centrales de El Arcángel y Maimónides con una T4 Tipificada. Según



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU, tanto la central El Arcángel como Maimónides, al igual que las casetas T4, no tienen Galería de cables, ni Foso de cables.

DTI2, en su escrito de 17 de agosto de 2006, manifiesta que *“nunca ha estado de acuerdo con la reclasificación sobrevenida de las centrales en controversia. Así pues aunque la central de Arcángel pueda no cumplir estrictamente las características previstas en el 2.2 de la OBA para las centrales convencionales, la de MAIMONIDES ni tan solo se aproximan a la definición de las tipificadas, pues esta central tiene capacidad para más de 10.000 líneas (en equipos, repartidores, fosos, cámaras, recursos de transmisión) abarca una zona urbana muy extensa de la capital (...) no responde a un modelo tipo, (...) y tiene más de 100m2 construidos, además de los dos patios referenciados”*.

Asimismo, DTI2 manifiesta que *“resulta muy difícil considerar esta central como Tipificada, pues no responde a estándar o tipo alguno, ya que no está prefabricada, tiene una capacidad al menos 10 veces superior al ejemplo contemplado, no se ubica en una zona rural, ni pequeña, ni aislada, y cubre seis barrios de una capital de provincia, y además, si bien no permite habilitar SdO, sí que permite numerosas opciones de ubicación en SdT”*.

En el correo electrónico de información de estado de entrega de servicios dirigido por TESAU a DTI2 el día 17 de enero de 2005 [Documento 68.1 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005] este operador establecía respecto a la central de Maimónides que la ubicación física no era viable y que respecto al proyecto de ubicación distante que *“no había sido recibida por Telefónica la aceptación que usted [DTI2] afirma haber hecho del proyecto enviado por Telefónica a DTI2 al respecto. Le ruego envíe dicha aceptación al buzón indicado para ello (...), para poder ejecutarlo con la mayor rapidez posible”*. Mediante correo electrónico de fecha 19 de enero de 2005, DTI2 responde al anterior de TESAU manifestando que esta propuesta para Maimónides fue ya aceptada en una multiplicidad de veces por DTI2.

No obstante lo anterior y en aras a verificar el cumplimiento del resuelve Tercero por parte de TESAU, independientemente del tipo de central que sea, se debe precisar en qué fecha y bajo qué circunstancias se solicitó y se provisionó efectivamente el servicio solicitado, es decir, la ubicación distante. A este respecto, esta Comisión debe señalar que si bien DTI2 aceptó con reparos la ubicación distante en la central [Documento 113.5 del Anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005, se aceptó el 6/08/2004], esta cuestionada aceptación ha conllevado a una variedad de malentendidos entre ambas partes.

Por un lado esta aceptación a medias no le hacía entender a TESAU la verdadera voluntad de DTI2 sobre la posibilidad de ubicación distante. Por otro, DTI2 ha mantenido una doble voluntad respecto a esta central. Así, si en un primer momento aceptó la ubicación distante en la misma, posteriormente ha combatido, durante toda esta información previa, su desacuerdo con la misma,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conlleando todo ello a una constante confusión que no ha permitido un conocimiento exacto de su solicitud.

Esta Comisión debe señalar que si bien los servicios no se provisionaron en el plazo indicado en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, este retraso parece deberse al malentendido constante entre los operadores. Debiendo concluir esta Comisión, en los términos anteriormente expresados, que no se muestran indicios de incumplimiento culpable por parte de TESAU del Resuelve Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 en esta central.

b) Respecto a las penalizaciones

El resuelve Tercero de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, establecía asimismo que TESAU además de provisionar los servicios pendientes debía aplicar *“las penalizaciones establecidas en la Oferta de Acceso al Bucle de Telefónica que sean de aplicación referidas tanto a la provisión de servicio como a la resolución de incidencias”*.

En atención a lo establecido en el texto de la OBA en cuanto a penalizaciones se refiere, en su Anexo 1 se establecen los valores garantizados de los diversos parámetros o indicadores de nivel de servicio contemplados en la OBA y cuyo incumplimiento da lugar a las compensaciones estipuladas. De ello se desprende que se podrían pedir penalizaciones por parte del operador solicitante por retraso en la provisión de servicios de coubicación, TCI, TCE entrega de señal y por las incidencias de provisión teniendo en cuenta lo señalado por esta Comisión en cuanto a las penalizaciones excluyentes.

Esta Comisión ya se ha pronunciado en este sentido indicando que puede existir una situación en la que se reclamen dos tipos de penalizaciones (de provisión y de resolución de la incidencia de provisión) sobre un mismo servicio³. En estos casos, se trataría de penalizaciones mutuamente excluyentes ya que de lo contrario se estarían aplicando dos penalizaciones por el mismo concepto, esto es, el retraso en la provisión del servicio. No obstante, hay que señalar que esta circunstancia no tiene porqué ocurrir siempre con estos dos tipos de penalizaciones pues por definición, las incidencias de provisión son aquellas que se refieren al conjunto de actividades de la tramitación y provisión del servicio, por lo que se incluyen tanto aspectos relativos a la superación de plazos de provisión como aspectos relacionados con denegaciones improcedentes, incumplimiento del procedimiento por parte de TESAU, etc.

Así, en el presente caso en el que nos encontramos, TESAU debía proceder al

³ Resolución de 27 de octubre de 2005 relativa a la solicitud de TESAU para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT2005/511), Resolución de 10 de noviembre de 2005 por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado de TESAU planteado por DRAGONET COMUNICACIONES, S.L.U. (RO2005/348) y Resolución de 5 de julio de 2007 relativa al expediente sancionador RO2005/1053, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pago de penalizaciones por los retrasos producidos en la provisión de los servicios solicitados pero no por las incidencias de provisión que permanecen abiertas a causa de discrepancias de carácter formal entre DTI2 y TESAU, al tratarse de incidencias por los retrasos producidos en la entrega de los servicios solicitados que ya han sido penalizados.

De tal manera que TESAU conforme a lo indicado en el Resuelve Tercero debía pagar y aplicar automáticamente las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de cobricación, entrega de señal, de TCI y de TCE solicitados, pero no por las incidencias de provisión señaladas puesto que estas mismas lo son por el retraso en la provisión de los mismos servicios y no por otras causas o motivos generados durante la tramitación del procedimiento de entrega que podrían ser objeto de penalización.

TESAU con fecha 6 de octubre de 2005 remitió Burofax a DTI2 (con copia a esta Comisión) por el que le comunicaba que aquella le adeudaba una determinada cantidad en concepto de penalizaciones. Asimismo, TESAU en este Burofax exigía a DTI2 el pago de un volumen considerable de facturas sobre servicios provisionados y no pagados por DTI2, proponiendo finalmente la compensación mutua de las deudas. Finalmente, TESAU especifica las cantidades por servicios, sin concretar a qué centrales obedece cada cantidad.

En contestación al requerimiento realizado por esta Comisión a TESAU con fecha 28 de febrero de 2006 respecto al desglose del importe de las incidencias enviado en el citado Burofax, este operador remitió, entre otros, el anexo en el que se especifica las penalizaciones asociadas a cada central, a cada servicio, y cómo contabiliza las mismas.

La obligación que impone este Resuelve a TESAU consistía en pagar las penalizaciones a DTI2 por el retraso en la provisión de los servicios conforme a lo establecido en OBA. En este sentido, hay que tener en cuenta que TESAU mediante el Burofax remitido con fecha 6 de octubre de 2005, reconoce la existencia de una cantidad pendiente con DTI2 en concepto de penalizaciones y, en el mismo escrito, señala la compensación de ésta cantidad con lo adeudado por DTI2. A los efectos de la presente información previa, cuyo objeto es comprobar el cumplimiento o no de TESAU de las obligaciones impuestas en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, se debe entender que la compensación realizada por TESAU supone un adecuado cumplimiento de lo ordenado en el Resuelve, puesto que TESAU compensó las cantidades que por un lado le debía a DTI2 con las cantidades que ella misma debía. Hay que señalar que de acuerdo con el artículo 1.156 del Código Civil en relación con los artículos 1.195 a 2.002 del mismo texto, la compensación de deudas supone la extinción de las mismas, esto es, es un medio de pago, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de noviembre de 2005 al establecer que *“...en el presente caso hay disposiciones legales suficientes para dar una solución justa y coherente a la compensación de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deudas, como son los artículos 1195 y siguientes, que regulan la compensación como mecanismo extintivo de las obligaciones⁴”.

Otro aspecto diferente, y que queda al margen de este procedimiento, es si DTI2 está o no conforme tanto con la cantidad reconocida por TESAU por penalizaciones, como con la compensación en sí misma, es decir, con la forma de pago. Estas cuestiones son relaciones *inter privados* de las partes quedando al margen de la actuación de esta Comisión; en este sentido ya se pronunció la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de diciembre de 2005⁵ al establecer que *“es adecuado puntualizar que solo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. Por tanto, si bien a priori no se puede descartar la competencia de la Comisión para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de sus anexos, el Organismo Regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses público implicados”.*

Por tanto, a los estrictos efectos del cumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, no se muestran indicios de incumplimiento del Resuelve Tercero de dicha Resolución habiendo procedido TESAU a ofrecer la compensación de las cantidades que estaban pendientes de pago.

II. Resuelve Segundo: informar detalladamente del estado de la tramitación de todas las solicitudes de servicios pendientes de provisionar y del estado de las incidencias abiertas en relación con la provisión de servicios solicitados.

El apartado Segundo del Resuelve de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 prevé que TESAU informará detalladamente del estado de tramitación de los servicios pendientes de provisionar, así como del estado de las incidencias abiertas en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de la Resolución. Teniendo en cuenta, como anteriormente se ha mencionado, que tanto a TESAU cuanto a DTI2 se les notificó la Resolución con fecha 11 de enero de 2005, **el plazo máximo para informar sobre el estado de la provisión de los servicios y del estado de las incidencias finalizaba el día 17 de enero de 2005.**

a) Respecto a la tramitación de servicios

⁴ Subrayado introducido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 27 diciembre de 2005 [JUR 2006\121144].



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según el escrito de denuncia de DTI2 de 15 de junio de 2005, “TESAU está incumpliendo la obligación de informar a DTI2 del estado de la tramitación de todas las solicitudes de servicios pendientes de provisionar (...), pues no sólo no lo hace “detalladamente” como especifica la resolución citada, sino que ni siquiera franquea e informa sobre las incidencias en la forma establecida en el punto 1.6.4.2.4 de la OBA vigente”.

TESAU, en su escrito de 16 de febrero de 2005, manifiesta que “informó a DTI2 el día 17 de enero de 2005 sobre el estado de todos los servicios objeto del resuelve segundo (...) Posteriormente y dado que se detectó un error en la fecha de finalización de algún servicio de los contenidos en dicho mensaje, el 25 de enero de 2005, se le envió un nuevo correo a DTI2 rectificando el primero en el que se daba cumplida información de los extremos contenidos en la resolución de diciembre de 2004...”

Así, TESAU da cumplimiento del Resuelve Segundo en cuanto a la obligación de informar del estado de la entrega de los servicios mediante los correos electrónicos de fecha 17 y 25 de enero de 2005.

De dicha documentación se debe señalar que TESAU efectivamente informó del estado de los servicios, es decir, si habían sido terminados los distintos servicios solicitados, y de la no viabilidad, en el caso que no fuera posible la coubicación informando de las posibles alternativas en estas centrales.

Al respecto, esta Comisión debe señalar que el resuelve segundo especificaba que debía de informarse de forma “detallada” del estado de la solicitud de provisión de servicios, por lo que a este efecto se tiene que entender que la comunicación efectuada por TESAU, si bien es parca en contenido, es suficiente en orden a especificar el estado de los servicios pendientes de provisionar. En efecto, la comunicación de TESAU especificaba la situación de cada uno de los servicios solicitados en cada central concretando aquéllos servicios que estaban entregados, así como, en el caso de las centrales de Arcángel y Maimónides, precisaba la no viabilidad de la coubicación ofreciendo alternativas a ésta.

Por tanto, a los efectos de cumplimiento de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, TESAU ha informado del estado de los servicios pendientes de provisionar señalando si los mismos se encontraban terminados –en cuyo caso es suficiente con dicha información- o si estaban pendientes de entrega –en cuyo caso sí ha aportado información adicional-.

b) Respecto al estado de las incidencias

DTI2 alega en su escrito de denuncia que TESAU no ha informado de forma detallada del estado de las incidencias abiertas en relación con la provisión de servicios, y que ni siquiera ha franqueado el cierre de las mismas, y que por ello no las acepta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto hay que señalar que como bien dispone el resuelve segundo, se debe informar de las incidencias que traen causa del retraso de la provisión del servicio. En este contexto, se tiene que entender que sobre aquellos servicios que han sido provisionados y terminados, no cobra especial importancia su detalle, puesto que el servicio está provisionado, y por ende, dispuesto para que el operador preste servicio. Así, no hay que olvidar que el verdadero sentido de las incidencias es saber el estado en el que se encuentra la provisión de los servicios en orden a que los operadores involucrados puedan interactuar para subsanar las deficiencias o discrepancias acaecidas. Así, si el servicio está provisionado y así se ha comunicado, esta comunicación es válida, ya que la incidencia se puede considerar cerrada una vez provisionado el servicio.

Según TESAU en su escrito de 16 de febrero de 2006 *“el conflicto planteado por DTI2 se orienta a la forma en que mi representada resuelve las incidencias de provisión”*. TESAU señala que *“no puede aplicar lo que DTI2 manifiesta repetidamente relativo al punto 1.6.4.2.4 de la OBA, para comunicación de incidencias, ya que se trata de incidencias de provisión y no de incidencias de averías”* formulario que según TESAU es al que se refiere el citado apartado de la OBA. Es más, según TESAU el propio DTI2 no ha utilizado ésta nomenclatura al introducir las incidencias, aspecto que dificulta enormemente la tarea de identificar a qué tipo de incidencia se refiere.

TESAU, en su escrito de 31 de marzo de 2006, manifiesta que *“todo parece indicar que realmente lo que pretende DTI2 es mantener abiertas el mayor tiempo posible las incidencias al objeto de reclamar las penalizaciones cuantiosas que establece la OBA en el capítulo de los ANS”*. Así, manifiesta que *“en lo relativo a las incidencias de provisión de un servicio, ha informado a DTI2 repetidas veces, que una vez que un servicio está provisionado y disponible para un operador, estas incidencias se consideran cerradas. Por ello, no se han efectuado comunicaciones formales de Telefónica a DTI2 relativas al cierre de las mismas...”*

Por su parte, DTI2 solicita que TESAU *“emita[n] (...) el mensaje de franqueo de la incidencia para evitar incrementar innecesariamente el tiempo de resolución de la misma, la OBA (1.6.7 Y ANS) definen perfectamente los hitos que abren y cierran las incidencias de provisión, y esta no se cerrará hasta que no hayamos sido informados de la misma con todos los datos específicos en la OBA, momento al cual podremos calcular las penalizaciones aplicables a este retraso”*.

A este respecto se debe señalar, como ya se ha pronunciado esta Comisión, que una vez que los servicios han sido provisionados no se pueden mantener la incidencia de provisión abierta por la falta de “franqueo” puesto que el servicio ya ha sido provisionado.

Cabe señalar que de la Documentación aportada (Doc. 15.1 y 16 del anexo 5 de DTI2 de 15 de junio de 2005) se desprende el hecho de que DTI2 deniega



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de forma sistemática los múltiples franqueos que TESAU realiza de las distintas incidencias aduciendo al respecto la falta de diversas formalidades de la OBA sin que parezca realmente que tenga preciso interés real en aceptar el franqueo.

Es mas, DTI2 en su escrito de 17 de agosto de 2006 manifiesta *que “a excepción de las solicitudes relativas a la central de CO/ARCANGEL, y las relativas a la central de CO/MAIMONIDES, el resto de las incidencias de provisión en las demás centrales solicitadas por DTI2 se han subsanado en la mayoría de sus aspectos reclamados”*

Por tanto, respecto del posible cumplimiento de informar por parte de TESAU del estado de las incidencias a DTI2 no se puede concluir que aquélla haya incumplido el apartado segundo de la Resolución de 30 de diciembre de 2004.

III. Resuelve Cuarto: resolución de buena fe de las discrepancias que puedan surgir tras la apertura de una incidencia, colaborando de forma bidireccional hasta la resolución de la misma.

El Resuelve Cuarto de la Resolución de 30 de diciembre de 2004 imponía a ambos operadores que resolvieran de buena fe las posibles discrepancias que pudieran surgir tras la apertura de una incidencia, colaborando de forma bidireccional hasta la resolución de la misma. Así, esta Comisión acogió la Doctrina que el Tribunal Supremo ha impuesto respecto a la buena fe desde el punto de vista de la reciprocidad de las conductas de las diversas partes integradas en una común relación jurídica, cuya exigibilidad se proyecta sobre las lealtades de unos con relación a otros y viceversa (Sentencia de 5 de abril de 1991, [RJ 1991, 2642]).

De la documentación obrante en el expediente se denota, que si bien las partes discrepan en multitud de ocasiones respecto del objeto y solución de las incidencias abiertas, no es menos cierto que finalmente se muestra una bidireccionalidad recíproca de los operadores en orden a solucionar las mismas, y cuyo fin último es llevar a buen fin la provisión de los servicios.

Es más, DTI2 no ha traído al expediente documentos que prueben de forma fehaciente la existencia o indicios de mala fe por parte de TESAU en sus relaciones con este operador, aspecto esencial para hacer vencer la presunción de buena fe, como así ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2006 “...Y hay que partir de que la buena fe no necesita ser probada, de modo tal que corresponde la prueba a quien sostenga su inexistencia (Sentencias 5 de julio de 1985, de 15 de febrero de 1991, [RJ 1991, 1272] de 12 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2172], de 6 de junio de 2002, de 29 de enero de 2004 [RJ 2004, 570], entre otras muchas)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, esta Comisión debe concluir que las partes han colaborado de buena fe en la resolución de la mayoría de las incidencias, y por tanto, no se aprecian indicios de incumplimiento del Resuelve Cuarto.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Único.- No iniciar un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y proceder al archivo de la denuncia presentada.

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.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera