



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 02/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de enero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2005/1663, INCOADO A LA ENTIDAD R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 2 DE FEBRERO DE 2006.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2005/1663 incoado a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 02/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 18 de enero de 2007, recaída en el expediente sancionador RO 2005/1663.

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de octubre de 2005, se adoptó la resolución relativa al conflicto de compartición de infraestructuras presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TESAU) frente a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. (en adelante, R CABLE), por la cual se imponía a los interesados la obligación de compartir infraestructuras de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones, ubicadas en el sector C-1 del Polígono Industrial de San Cibrao Das Viñas (Orense), con las condiciones fijadas en el Fundamento de Derecho Quinto:

“(…)

Efectivamente, dado que R CABLE y TELEFÓNICA van a compartir un mismo espacio, se considera necesaria la coordinación entre ambos operadores, previo al despliegue de cableado por las partes, (...).

De cada visita se levantará la correspondiente Acta. En cuanto el número de visitas, atendiendo a que el cableado del polígono, al ser de reciente creación, se hará en fases sucesivas, se realizarán las que sean necesarias, a petición de cualquiera de las partes, para la identificación de las infraestructuras de próxima ocupación y deberán celebrarse en el plazo máximo de 15 días naturales a contar desde la recepción de la correspondiente solicitud.

En cuanto a la primera visita en la que se identificarán las infraestructuras que, con carácter inmediato, precisa TELEFÓNICA, se llevará a cabo, salvo que las partes dispongan otra cosa, en el plazo máximo de quince días a contar desde la notificación de la presente Resolución.

(…)”.

SEGUNDO.- Tal y como consta en los archivos de esta Comisión, la citada Resolución fue notificada a R CABLE Y TESAU con fechas 7 y 8 de noviembre de 2005, respectivamente.

TERCERO.- Con fecha 25 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TESAU en virtud del cual se comunicaba a esta Comisión el incumplimiento por parte de R CABLE de la Resolución de 27 de octubre de 2005 (Documento núm.1 del expediente).

En su escrito, TESAU ponía en conocimiento de esta Comisión la decisión de R CABLE de no asistir a la primera visita (prevista para el 22 de noviembre de 2005) a la que se refería el punto 2 del Fundamento de Derecho Quinto de la citada Resolución.

TESAU señalaba, que el mismo día fijado para la realización de la primera visita, pero en hora distinta a la prevista para la práctica de la misma, recibió un burofax, fechado el 21 de noviembre de 2005, en el que R CABLE justificaba su incomparecencia a la cita por haber interpuesto recurso de reposición contra la Resolución de 27 de octubre de 2005, así como solicitado la suspensión de la ejecución de la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, TESAU indicaba la actitud dilatoria y la falta de interés de R CABLE para llegar a un acuerdo desde incluso antes de surgir el conflicto de compartición.

Con motivo del incumplimiento alegado, TESAU solicitaba a esta Comisión:

1. La desestimación de la petición de R CABLE, de suspensión de la Resolución, de 27 de octubre de 2005, sobre el conflicto de compartición presentado por TESAU contra R CABLE, por el que se solicita la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones ubicadas en el sector C-1 del Polígono Industrial de San Cibraio Das Viñas (Orense)
2. La adopción de medidas urgentes a fin de que se realizase la primera visita, para la identificación de las condiciones de compartición de infraestructuras de telecomunicaciones y, así posibilitar el despliegue de red.

CUARTO.- Una vez analizada toda la documentación remitida junto con el escrito de TESAU, en virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2005 del Secretario de esta Comisión, se notificó a R CABLE la apertura de un periodo de información previa, así como el requerimiento de determinada información, con el fin de conocer con más detalle las circunstancias concretas del caso y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento (Documento núm. 2).

QUINTO.- Con fecha 13 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión, escrito de la entidad R CABLE en el cual manifestaba haber recurrido la Resolución del Consejo de esta Comisión de 27 de octubre de 2005 y solicitado, así mismo, la suspensión de su ejecución, entendiéndose R CABLE no ejecutiva dicha Resolución en tanto no se resolviera el recurso interpuesto (Documento núm. 3).

QUINTO.- Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa, esta Comisión mediante Resolución de 2 de febrero de 2006 acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra R CABLE, como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 27 de octubre de 2005, al considerar que de las actuaciones practicadas se derivaban elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justifican la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incoación de un procedimiento sancionador. Dicha Resolución nombró a Doña Estela Pascual Instructora del procedimiento sancionador (Documento núm. 4).

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 7 de febrero de 2006, se procedió a notificar a R CABLE, al denunciante y al instructor la citada resolución (Documentos núm. 5, 6 y 7).

SEPTIMO.- Con fecha 28 de febrero de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de R CABLE (Documento núm. 8) en el cual formulaba las siguientes alegaciones:

A) Alegaciones en relación con el escrito de TESAU en virtud del cual se comunicaba a esta Comisión un incumplimiento por R CABLE de la Resolución de 27 de octubre de 2005:

Que, en ningún momento existió acuerdo entre ambas partes para celebrar la visita el día 22 de noviembre de 2005, puesto que no existió confirmación por parte de R CABLE con respecto a esa fecha, y no puede aceptarse el mecanismo de fijación de reuniones que establecía TESAU en su carta de 14 de noviembre de 2005, por el cual consideraban confirmada la reunión si no se producía contestación por parte de R CABLE antes de la fecha prevista.

Que, no acepta la afirmación que hace TESAU cuando alega que R CABLE se ha cerrado en banda ante cualquier intento de negociación, puesto que R CABLE ha negociado, ha mantenido reuniones, ha facilitado información e incluso ha rehecho los cálculos iniciales para facilitar un acuerdo con TESAU, y que ha sido TESAU quien no firmaba el acuerdo que ella misma proponía.

Que es verdad que no ha existido acuerdo, pero es falso que no existiera negociación.

B) Alegaciones en relación a una segunda carta de TESAU a R CABLE proponiendo una primera visita de replanteo.

Que, en fecha de 20 de enero de 2006, TESAU envió una segunda comunicación en la que, dándose por notificada de la resolución de la Comisión denegando la suspensión provisional solicitada por R CABLE, proponía la realización de la primera visita de replanteo referida en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

Que, R CABLE contestó a la carta de TESAU por medio de escrito de fecha 23 de enero, y finalmente ambas partes acordaron realizar la primera visita a la ubicación de San Cibrao, el día 26 de enero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C) Alegaciones en relación con la Resolución por la que se acuerda iniciar el expediente sancionador:

R CABLE alega que es fundamental señalar que ella no entiende, de ningún modo, que las resoluciones de la Comisión, o de ninguna otra Administración, no sean ejecutivas hasta la resolución del recurso de reposición.

Lo que R CABLE entiende es que la ejecutividad de la Resolución de 27 de octubre de 2005 de la Comisión debía quedar interinamente suspendida en tanto la Comisión no resolviera sobre la solicitud de suspensión provisional.

Además manifiesta, que prueba de que R CABLE entiende que las resoluciones administrativas son ejecutivas, es el hecho de que una vez notificada la denegación de la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución, R CABLE procedió a ejecutar de inmediato la resolución recurrida, cuando todavía estaba pendiente de resolver el recurso de reposición presentado.

D) Alegaciones sobre la ejecutividad de los actos administrativos:

Con respecto a esta cuestión R CABLE alega que:

“(…), R solicitó la suspensión de la ejecución de la Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005 en el momento de interponer contra la misma recurso potestativo de resolución previo al contencioso-administrativo, el día 9 de diciembre de 2005. La solicitud fue presentada en la oficina de Correos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38.4.c) de la LRJPAC es a todos los efectos equivalente al registro propio del órgano administrativo al que se dirija el recurso (art.38.4.a) de la LRJPAC, en este caso de la CMT.

El 16 de enero de 2006 fue notificada a R la Resolución de la CMT de 12 de enero de 2006 por la que se denegaba la solicitud de suspensión de la Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005. Entre la solicitud de suspensión y la denegación de la solicitud transcurrieron, por tanto, más de treinta días, por lo que la suspensión podía haberse entendido concedida por silencio administrativo.

(…)

Una vez presentada la solicitud de suspensión en virtud del artículo 111 de la LRJPA, fundamentada en el motivo b) del punto 2 de dicho artículo, el Principio de Confianza Legítima en el actuar de la Administración, junto con el régimen extraordinario y excepcional de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos que el propio artículo 111 recoge, eran la base sobre la que R entendió que debía ser la CMT, (…), la que resolviera de inmediato sobre la suspensión solicitada, o que, incluso, notificase inmediatamente la inadmisión de aquella petición de suspensión (…).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

La demostración de que R se somete a los actos administrativos, y en absoluto ha buscado entorpecer la labor de la administración, o, mucho menos, incumplir sus resoluciones, es que dio cumplimiento estricto a la Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005 en cuanto recibió la resolución denegando la suspensión solicitada, sin atender al hecho de que esa suspensión podía haber sido ganada ya por silencio administrativo. Se dio más validez a la resolución expresa que a una resolución presunta previa.

(...).”

E) Alegaciones sobre la infracción que puede haber sido cometida según la resolución por la que se acuerda el inicio del expediente sancionador:

La entidad R CABLE entiende que no ha cometido la infracción prevista en el art. 53.r de la LGTel, alegando 3 motivos:

- *“Porque en el momento inicial, se hallaba amparada por el régimen extraordinario del artículo 111 de la LRJPAC, (...).*
- *Porque, en todo caso, la suspensión de la ejecución fue ganada por silencio administrativo el día 13 de enero de 2006, fecha en la que se cumplieron 30 días desde la solicitud de suspensión.*
- *Porque R dio cumplimiento exacto a la Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005, el día 26 de enero de 2006, fecha fijada de mutuo acuerdo con TESAU una vez recibida la notificación de la denegación de suspensión.”*

Asimismo añade, que “(...) es importante tener en cuenta que, de cualquier forma, y acreditado que R dio cumplimiento a la Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005, el día 21 de enero de 2006 (fecha en la que contestó a la carta de TESAU proponiendo la reunión de replanteo), lo que, en todo caso, se habría producido sería un cumplimiento tardío pero no un incumplimiento de la Resolución de la CMT. Y es fundamental tener en cuenta que el hipotético retraso en el cumplimiento, de entender que se produjo, no ha producido a R ningún beneficio relevante ni a TESAU ningún perjuicio conocido en un aspecto, como era el relativo al plazo de fijación de la reunión que se dejaba al acuerdo de los interesados, sin perjuicio de que la Resolución fijase uno concreto.

(...), en caso de que la CMT considere que, a pesar de todo lo alegado, sí se ha producido un incumplimiento del Fundamento Jurídico Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005, la consecuencia jurídica debería ser acorde con el principio de proporcionalidad y tener en cuenta los siguientes extremos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *La escasa relevancia para el mercado y el sector, al tratarse de un polígono en construcción y prácticamente vacío en la parte objeto del expediente de compartición.*
- *El hecho de que estamos hablando únicamente del supuesto incumplimiento de una parte muy pequeña de la Resolución de la CMT.*
- *El hecho de que se dio cumplimiento a la Resolución de la CMT antes el inicio del expediente sancionador.”*

Por último, R CABLE solicita el archivo del expediente por no existir infracción, o, subsidiariamente, y para el caso de que esta Comisión estimase la existencia de una infracción proponga la imposición de una sanción mínima, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso.

OCTAVO.- Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2006 y, al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se realizaron las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Dichas actuaciones consistieron en el análisis de las alegaciones y documentación presentadas por las partes y en la solicitud de Informe a la Dirección de Análisis Económicos y de Mercados de esta Comisión sobre la estimación del beneficio bruto que la entidad presuntamente infractora hubiera podido obtener como consecuencia de los actos u omisiones de los que trae causa la infracción objeto del procedimiento (Documento núm. 9). La citada solicitud fue contestada mediante informe de fecha 3 de octubre de 2006 (Documento núm. 10).

NOVENO.- Con fecha 8 de noviembre de 2006, se remitió a R CABLE la declaración de confidencialidad solicitada, en relación con la información remitida en su escrito de 28 de febrero de 2006, en el seno del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 11).

DÉCIMO.- No habiendo propuesto R CABLE la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma, no se acordó en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

ÚNDÉCIMO.- Con fecha 29 de noviembre de 2006, la Instructora del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (Documento núm. 12):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el apartado 2º del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

SEGUNDO. Que se imponga una sanción económica a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. por importe de seis mil (6.000) euros.”

DUODÉCIMO.- La propuesta de resolución fue notificada a R CABLE el día 29 de noviembre de 2006, mediante escrito del instructor de fecha 29 de noviembre de 2006, recibido por la citada entidad el día 30 de noviembre de 2006 (Documento núm. 13).

DÉCIMOTERCERO.- De acuerdo con los artículos 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y 58 de la LGTel, R CABLE disponía del plazo de un mes, desde la notificación de la propuesta de resolución, para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimasen pertinentes. Transcurrido dicho plazo no se ha recibido en esta Comisión alegación alguna a la propuesta de resolución.

II

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Que R CABLE incumplió el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:

Tal y como consta en el expediente RO 2004/645, la Resolución de 27 de octubre de 2005, fue notificada a ésta y a TESAU los días 7 y 8 de noviembre de 2005, respectivamente.

TESAU en su escrito de 25 de noviembre de 2005, adjunta un fax enviado por R CABLE, a través del cual daba contestación a la carta de TESAU en la que se invitaba a R CABLE a efectuar la primera visita, que obligaba realizar el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la identificación de las infraestructuras de telecomunicaciones objeto de de compartición.

En dicho fax, R CABLE decide la no realización por su parte de dicha visita, alegando la interposición de recurso de reposición y la solicitud de suspensión de ejecución de la citada resolución en el mismo, entendiéndose *“que cualquier recurso contra una resolución de la CMT implica la suspensión de su ejecución”*.

Por otra parte, apoyan la acreditación de esta circunstancia las propias alegaciones realizadas por R CABLE, en su escrito de 13 de diciembre de 2005, al manifestar que consideraba no ejecutable la Resolución de 27 de octubre de 2005: *“no puede entenderse ejecutiva una resolución administrativa que ha sido objeto de recurso en tanto no se resuelva, al menos, la solicitud de suspensión solicitada (...)”*

Sin embargo, en sus alegaciones presentadas, tras la notificación del acuerdo de apertura del presente procedimiento sancionador, el 28 de febrero de 2006, rectificó sus alegaciones realizadas en las actuaciones previas y aclaró:

“(...) que R no entiende, de ningún modo, que las resoluciones de la CMT, o de ninguna otra administración, no sean ejecutivas hasta la resolución del recurso de reposición. Lo que R entiende, (...), es que la ejecutividad de la resolución de la CMT que puso fin al conflicto debía quedar interinamente suspendida en tanto la CMT no resolviera sobre la solicitud de suspensión provisional.”

Si bien es cierto, como se demuestra en el siguiente hecho probado, que R CABLE comenzó a cumplir la Resolución de 27 de octubre de 2005 desde que conoció la denegación de la suspensión de la ejecución de la citada resolución, y no en el plazo de 15 días desde que le fue notificada la resolución y, por lo tanto, cuando fue ejecutiva la misma, es también constatable de los faxes enviados por ambas partes (Documento núm. 1.1 y 8.1), que las dos ocasiones en las que hubo iniciativa de comenzar a realizar la primera visita al Polígono Industrial de San Cibrao Das Viñas para identificar las infraestructuras objeto de compartición, fueron propuestas por TESAU.

Por tanto, R CABLE comenzó a cumplir la obligación de realizar una primera visita, cuando TESAU se lo volvió a proponer, a raíz del conocimiento de la notificación de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 12 de enero de 2006, por la cual se denegaba la suspensión de la ejecución, y no porque por parte de R CABLE se manifestara esa misma predisposición (habiendo sido R CABLE la que se negó a celebrar la primera visita en el plazo al que obligaba el Fundamento de Derecho Quinto). No tubo intención de coordinar su actuación con la de TESAU, aun cuando en la Resolución de 27 de octubre de 2005 se consideró necesaria dicha coordinación, debido al carácter inmediato con el que TESAU necesitaba identificar las infraestructuras y comenzar a desplegar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su red sobre las canalizaciones de R CABLE, para evitar la pérdida de competitividad.

En definitiva, ha quedado acreditado un retraso en el cumplimiento de lo establecido en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005, por lo que R CABLE ha incumplido la citada Resolución.

SEGUNDO-. Que desde el 26 de enero de 2006, R CABLE y TESAU han comenzado a mantener las correspondientes visitas para determinar las condiciones técnicas de acceso a las infraestructuras compartidas, de acuerdo al apartado 2º del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

El apartado 2º del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005 establece que:

Efectivamente, dado que R CABLE y TELEFÓNICA van a compartir un mismo espacio, se considera necesaria la coordinación entre ambos operadores, previo al despliegue de cableado por las partes, para:

- ✓ *Comprobar el estado de conservación de las infraestructuras a fin de verificar y documentar el estado de las mismas.*
- ✓ *Determinar la ocupación concreta de las infraestructuras (número e identificación de conductos y arquetas a ocupar por TESAU, espacio de las arquetas...)*
- ✓ *Identificar las actuaciones precisas para la instalación de las redes de ambos operadores.*
- ✓ *Resto de las actuaciones que las partes estimen procedentes.*

De cada visita se levantará la correspondiente Acta. (...)

Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 28 de febrero de 2006 (Documento núm. 8.4), y como prueba del posterior cumplimiento del mencionado Fundamento de Derecho, R CABLE aportó documentación acreditativa del Acta correspondiente a la primera visita realizada, el 26 de enero de 2006, a las infraestructuras de R CABLE que discurren por el Polígono Industrial de San Cibrao Das Viñas (Orense), con el objeto de:

- Comprobar su estado de conservación para verificar y documentar su estado.
- Determinar la ocupación de las mismas (número e identificación de conductos y arquetas a ocupar por TESAU, espacio de las arquetas, ...).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Identificar las actuaciones precisas para la instalación de las redes de ambas operadoras.
- Las demás actuaciones que las partes estimen procedentes.

R CABLE adjunta a dicha Acta, el plano de las infraestructuras visitadas debidamente firmado por todos los comparecientes, tanto de R CABLE como de TESAU (Documento núm. 8.5).

Por tanto, de la documentación obrante en el expediente se acredita la posterior ejecución (dos meses y 4 días después), por parte de R CABLE, de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se incoa por la presunta comisión de una infracción tipificada como infracción muy grave por el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

Concretamente, la Resolución cuyo incumplimiento da lugar a la infracción es la Resolución de 27 de octubre de 2005 por la que se adoptó la resolución relativa al conflicto de compartición de infraestructuras presentado por TESAU frente a R CABLE, por la cual se imponía a los interesados la obligación de compartir infraestructuras de telecomunicaciones, ubicadas en el sector C-1 del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Polígono Industrial de San Cibrao Das Viñas (Orense), con las condiciones fijadas en el apartado 2º del Fundamento de Derecho Quinto, anteriormente comentado.

De acuerdo con el principio de tipificación establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC y al objeto de tipificar la actuación de R CABLE, es necesario analizar si, de algunas de las actuaciones que han resultado probadas, puede inferirse que ha habido incumplimiento de la citada Resolución, esto es, se analiza en este apartado si los hechos probados constituyen una infracción muy grave tipificada en el mencionado artículo 53.r) de la LGTel.

En el presente caso, la comisión de la infracción tipificada el artículo 53.r) de la LGTel se concreta, con carácter general, en que R CABLE ha impedido el cumplimiento de las condiciones para la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones, entre R CABLE y TESAU, al no haberse reunido con TESAU, en el plazo fijado en la Resolución de 27 de octubre de 2005, a efectos de realizar la primera visita para la identificación de las infraestructuras objeto de compartición.

En la citada Resolución se imponía a las partes la obligación de que en un plazo de 15 días, a contar desde la notificación de la misma, se comenzaran a realizar visitas para identificar las infraestructuras de próxima ocupación. Hay que señalar que dicho plazo no se fijó de forma aleatoria, sino teniendo en cuenta el carácter urgente de realizar dicha visita, a efectos de evitar una situación desigual entre ambas operadoras que pudiera afectar a la competitividad de TESAU en la zona.

Pues bien, según lo determinado en el PRIMER HECHO PROBADO, R CABLE ha incumplido las condiciones técnicas de acceso a la infraestructura compartida, establecidas en la citada Resolución. En concreto, ha quedado acreditado que R CABLE no realizó la citada visita, en los términos estrictos establecidos en la Resolución de 27 de octubre de 2005.

R CABLE trata de justificar su conducta en su modo de interpretar el artículo 111 de la LRJPAC entendiéndola suspendida la ejecutividad de la Resolución, solicitada junto con el recurso de reposición interpuesto ante esta Comisión, en tanto no se resolviera sobre la citada suspensión.

El criterio de interpretación de R CABLE sobre la no ejecutividad de las resoluciones en tanto no se resuelva la solicitud de suspensión no puede ser aceptado.

La regla según la cual el acto administrativo es válido y eficaz, tiene su razón de ser en la necesidad de que la Administración debe procurar la satisfacción del interés general. Dicha regla, recogida en los artículos 56, 57 y 94 de la LRJPAC es una presunción «iuris tantum», que sólo cede en el mismo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento en que se acrediten las excepciones previstas en los artículos 111 y en los casos en que una disposición establezca lo contrario o se trate de actos que necesiten aprobación o autorización superior (art. 94 de la LRJPAC).

En este sentido, cabe mencionar, como ya se citó en la Resolución de esta Comisión por la que se acordaba la apertura del presente procedimiento sancionador, el Auto, de 30 de abril de 1996, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que estableció que *“La impugnación de un acto o disposición, decíamos en el Auto de esta Sala de 15 octubre 1993 (RJ 1993/7907), aparece configurada por dos principios: en primer término, **el principio de eficacia de la actuación administrativa (...) íntimamente relacionado con la presunción de legalidad del acto administrativo (...), que da lugar a la regla general de la ejecutividad (...) que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso (...).** Y en segundo término, **la posibilidad, como excepción al anterior principio, de suspender tal ejecutividad (...) en el supuesto de producirse daños de imposible o difícil reparación, ponderados, tras su previa concreción y acreditación, en la medida en que el interés público demande tal ejecución, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LJCA.**”*

Así mismo, el Tribunal Supremo declara en su Sentencia, de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/5169), que:

“(...)

La conclusión que se obtiene es que el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa, basado en el artículo 103 de la Constitución y la presunción de legalidad de dicho acto, determina, como consecuencia inmediata, la ejecutividad del mismo (artículo 122.1 de la LJCA), conjugando dicha normativa con el presupuesto de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) que admite únicamente la suspensión cuando su ejecución origine daños o perjuicios de imposible o difícil reparación, ponderándose las razones de interés público concurrentes.”

Por tanto, de acuerdo con el principio de autotutela administrativa consagrado en el artículo 57 de la LRJPAC, la eficacia de la resolución de esta Comisión, y la consiguiente obligación de cumplirla en sus propios términos, se produce inmediatamente después de su notificación, sin que pueda entenderse suspensa dicha obligación por el hecho de que se presente, por dicho interesado, una solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución. Es decir, únicamente se podrá entender suspendida la ejecutividad de un acto administrativo y, por lo tanto, de las resoluciones de esta Comisión, desde el momento en que así se acuerde su suspensión en vía administrativa.

Por otra parte, de acuerdo con lo señalado en el SEGUNDO HECHO PROBADO, ha quedado acreditado, por el análisis del escrito de alegaciones remitido, el 28 de febrero de 2006 por R CABLE a esta Comisión, así como por los documentos adjuntos al citado escrito, que TESAU y R CABLE, con fecha de 26 de enero de 2006, comenzaron a mantener los correspondientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contactos para la determinación de las condiciones técnicas de acceso a las infraestructuras compartidas.

Sin embargo, no cabe estimar la alegación de R CABLE relativa a que entiende que ha cumplido, aunque tardíamente, la Resolución de la Comisión de 27 de octubre de 2005, por el hecho de que procediera a ejecutarla, desde el momento en que le fue notificada la denegación de la solicitud de suspensión, cuando aún estaba pendiente de resolver el recurso de reposición presentado ante la Comisión contra la Resolución, ya que como se ha establecido anteriormente, las resoluciones administrativas son ejecutivas desde que se notifican a las partes, y por tanto el cumplimiento tardío de las mismas equivale a su no ejecución en los propios términos expresados en la misma, y por tanto a su incumplimiento. Máxime en el caso presente, en el que el establecimiento del plazo de 15 días tenía por objeto procurar la mayor coordinación, debido al carácter inmediato con el que TESAU necesitaba identificar las infraestructuras y comenzar a desplegar su red sobre las canalizaciones de R CABLE, para evitar la pérdida de competitividad.

TERCERO.- Culpabilidad de R CABLE en la comisión de la infracción y ausencia de causas eximentes de responsabilidad.

a) Culpabilidad de R CABLE en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute la comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

Si bien históricamente se había admitido la responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, es decir, basada en la simple relación con una cosa, actualmente la jurisprudencia afirma la aplicabilidad del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, de lo que son reflejo, entre otras muchas, las siguientes sentencias:

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril: “(...) *Ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento. (...) en el nuevo artículo 77.1 de la Ley General Tributaria sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995: *“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC.”*
3. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998: *“esta Sala ha declarado constantemente, a partir de la Sentencia de 5 de Febrero de 1988, que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado se rige, con las modulaciones necesarias, por los principios del Derecho Penal, siendo principio estructural básico el de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva”*.
4. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000: *“la culpabilidad, a título de dolo o negligencia, es un presupuesto necesario para la apreciación de las infracciones administrativas”*.

La redacción del artículo art. 130.1 LRJPAC ha sido un tanto controvertida respecto del elemento subjetivo de la culpabilidad al establecer:

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

No obstante, la doctrina jurisprudencial ha confirmado que el principio estructural básico de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva, está contemplado en el artículo 130.1 de la LRJPAC.

En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada de 28 de noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

A este respecto, también la Sección 4º de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia, de 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8893), estableció que:

“(…). Es, por consiguiente, la falta de diligencia exigible en el indicado conocimiento o en el comportamiento acorde con el presupuesto cognoscitivo, el elemento subjetivo integrante de la culpabilidad necesaria para apreciar la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existencia de las infracciones administrativas y para que resultaran procedentes las correspondientes sanciones.”

Es decir, el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.

En relación a la extensión del ámbito del concepto de culpa, es ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 1998 (RJCA 1998/3891) que recoge la jurisprudencia existente en la materia, al exigir que la conducta que ocasiona la infracción del derecho objetivo sea voluntaria, excluyendo que se impongan sanciones por el solo resultado sin tomar en consideración la conducta del infractor:

“Es doctrina legal que para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, al ser ambas manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, es preciso que tal conducta sea culpable, es decir, “atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen la culpabilidad” (STS 10 febrero 1989); “en consecuencia, junto a la antijuricidad y la tipicidad se sitúa el requisito de que la acción o la omisión sean en todo caso imputables a su autor por malicia o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable” (STS 4 julio 1990); “su sanción exige al menos que entre la conducta activa no maliciosa, pero siempre voluntaria, al infringir el derecho objetivo, y la mutación producida en el mundo exterior, exista un vínculo o relación de causa a efecto que, al unir ambos indispensables elementos, dé consecuentemente como resultado una imprudencia merecedora de sanción” (STS 13 julio 1987); o, en términos de la Sentencia Constitucional de 26 abril 1990: “sigue rigiendo el principio de culpabilidad, principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.” (F.D. 3).

Pues bien, del análisis de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, así como de la aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial comentada al presente expediente, se aprecia la existencia:

- En primer lugar, de que R CABLE conocía perfectamente la obligación de cumplir las condiciones técnicas de acceso a las infraestructuras objeto de compartición, que se establecía en la Resolución de 27 de octubre de 2005, y de la trascendencia de ejecutarla en los términos en ella expuestos.
- En segundo lugar, de la voluntad por parte de R CABLE de no cumplir en plazo las condiciones técnicas de acceso a las infraestructuras objeto de compartición, aún a título de culpa o negligencia.

Por todo ello, concurren los elementos necesarios para concluir que la conducta infractora de R CABLE es plenamente culpable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de responsabilidad, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998 (RJCA 1998/3874) que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“(...) El elemento de culpabilidad (...) presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor, lo que no resulta de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto, ninguna causa eximente de responsabilidad.

CUARTO.- Contestación a las alegaciones formuladas por R CABLE en su escrito de fecha 28 de febrero de 2006 (Documento núm. 10).

En relación con las alegaciones presentadas por R CABLE en su escrito de fecha 28 de febrero de 2006 (Documento núm. 10), cabe significar lo siguiente:

- Sobre la posibilidad de entender concedida la suspensión de la ejecución de la Resolución de 27 de octubre de 2005 por silencio administrativo.

En su escrito de 26 de febrero de 2006, R CABLE alega que la solicitud de suspensión fue presentada, el 9 diciembre de 2005, en la oficina de Correos, entendiendo que “en virtud de lo dispuesto en el artículo 38.4.c) de la LRJPAC es a todos los efectos equivalente al registro propio del órgano administrativo al que se dirige el recurso (art.38.4.a) de la LRJPAC, en este caso de la CMT”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta que el 16 de enero de 2006 le fue notificada la Resolución de esta Comisión, de 12 de enero de 2006, por la que se denegaba la solicitud de suspensión de la Resolución de 27 de octubre de 2005, R CABLE considera que entre la solicitud de suspensión y la denegación de la solicitud transcurrieron más de treinta días, y por tanto cabe entender que la suspensión se habría concedido por silencio administrativo.

A este respecto, se considera necesario aclarar a R CABLE que, si bien es cierto que en virtud del artículo 38.4 de la LRJPAC las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse, en las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca, los plazos máximos para dictar resolución expresa se empezarán a contar, de acuerdo con el artículo 42.3 b) y 111 de la LRJPAC, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Por tanto, el plazo máximo de 30 días hábiles¹, que establece el artículo 111 de la LRJPAC, para dictar resolución expresa acerca de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución de 27 de octubre de 2005, empezó a contar, no desde que R CABLE presentó la solicitud de suspensión en la oficina de Correos, sino desde la fecha en que dicha solicitud tuvo entrada en el registro de esta Comisión, hecho que se produjo el día 13 de diciembre de 2005, tal y como consta en la documentación que obra en el expediente AJ 2005/1772, dentro del cual se tramitó y resolvió el recurso de reposición interpuesto por R CABLE contra la Resolución de 27 de octubre de 2005, así como la solicitud de suspensión de su ejecución.

En consecuencia, si la notificación de la resolución desestimatoria de la solicitud de suspensión se recibió por R CABLE con fecha 16 de enero, no se puede de ningún modo considerar dictada y notificada fuera del plazo máximo de 30 días hábiles, que establece el artículo 111, y por tanto entenderla estimatoria por silencio administrativo, puesto que el plazo máximo para resolver acerca de la suspensión finalizaba el 19 de enero.

- Sobre el respeto al principio de la confianza legítima en la actuación de esta Comisión.

R CABLE, basándose erróneamente en el transcurso del plazo para decidir sobre la suspensión y en el principio de confianza legítima a respetar por la actuación de la Administración, en su escrito de alegaciones de 28 de febrero de 2006, viene a justificar la no culpabilidad en la infracción que se le imputa, manifestando:

¹ De acuerdo con el artículo 48 de la LRJPAC: *“Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entienden que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Por ello, ninguna culpabilidad puede atribuirse a R quien ejercitando las posibilidades de suspensión que le brinda el ordenamiento jurídico instó oportunamente y de buena fe dicha petición de suspensión y cuando (transcurridos más de treinta días) se le notificó su denegación expresa (que alteró la confianza legítima generada por el transcurso de aquel plazo) se fijó tras el acuerdo con TESAU aquella reunión.”

Pues bien, como se ha explicado anteriormente, R CABLE no puede fundamentar su creencia de entender concedida la suspensión de la ejecución de la Resolución por el transcurso del plazo, puesto que el mismo no se produjo. Como tampoco puede argumentar que esta Comisión creó una situación de confianza legítima con su actuación.

Actualmente, el principio de protección de la confianza legítima se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 3 de la LRJPAC.

En relación con el citado principio, han sido múltiples las sentencias del Tribunal Supremo que vienen a establecer que dicho principio garantiza que los ciudadanos puedan confiar legítimamente en la actuación de la Administración, la cual debe realizar una interpretación del ordenamiento jurídico administrativo uniforme y no discriminatoria, no apartándose de sus propios precedentes.

En este sentido, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de enero de 2006 (RJ 2006/976), la cual viene a establecer:

“El principio de confianza legítima (...) este principio, que se consagra en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción debida a la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999\114, 329), que se deriva del principio constitucional de seguridad jurídica, y que tiene por finalidad, entre otras manifestaciones y principios, garantizar la previsibilidad de las normas y de las situaciones y relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración que se suscitan en el marco del Estado de Derecho, conforme a los principios que rigen la actuación de la Administración que enuncia el artículo 103 de la Constitución (RCL 1978\2836), y evitar su alteración arbitraria, tiene que ser aplicado de forma conjunta y armónica con el principio de legalidad de la acción administrativa, permitiendo una adecuada convivencia entre los intereses públicos y los intereses privados afectados, (...).

El principio de protección de la confianza legítima, que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, en un Estado social y democrático de Derecho, que proporciona un marco de actuación de los particulares caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público se reconoce en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución, según afirmamos en la sentencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de esta Sala de 7 de febrero de 2005 (R 44/2003 [RJ 2005\1132]), y que garantiza que los ciudadanos puedan confiar legítimamente en que la Administración realizará una interpretación aplicativa del ordenamiento jurídico administrativo uniforme y no discriminatoria, y que no se aparte de sus propios precedentes,(...)."

Por tanto, trasladada dicha jurisprudencia al presente caso, no cabe alegar que se haya alterado la confianza legítima en el actuar de esta Comisión, puesto que en ningún momento se ha procedido a interpretar el ordenamiento jurídico, ni a actuar de forma distinta a como lo viene haciendo ante supuestos análogos o similares. Esta Comisión ha actuado en todo momento de acuerdo al régimen legal por el que se rige en su actuación administrativa (LRJPAC), no dando lugar a inducir razonablemente en la confianza de la existencia de una situación beneficiosa para R CABLE, como hubiera sido la estimación de la suspensión de la resolución por silencio positivo tras el transcurso del plazo máximo para pronunciarse sobre la misma, sino que tal y como ha quedado anteriormente aclarado, siguiendo las normas establecidas en la LRJPAC, dicha estimación por silencio nunca se produjo.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

- La inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por R CABLE, conforme lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LGTel. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la citada entidad.
- La escasa repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por R CABLE se ha producido en un corto período de tiempo y no ha tenido ninguna trascendencia en la opinión pública.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La poca importancia del daño causado, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel. Teniendo en cuenta el corto periodo de incumplimiento de la Resolución de 27 de octubre (del 23 de noviembre al 26 de enero), así como la facturación bruta obtenida por R CABLE durante el citado periodo de incumplimiento, según resulta de las alegaciones efectuadas por dicha entidad (Documento núm. 8), a las que se acompaña un documento (Documento núm. 8.7 confidencial) que contiene los importes facturados por R CABLE desde el inicio de la actividad en el sector C-1 del Polígono Industrial de San Cibrao Das Viñas.
- El escaso beneficio que ha reportado a R CABLE el hecho objeto de la infracción, según el criterio marcado por el artículo 56 de la LGTel. Aunque durante la instrucción del procedimiento no fue posible establecer unas cifras exactas, si se pudo estimar un beneficio máximo ² reportado a R CABLE, consecuencia de la infracción por incumplimiento de la Resolución de 27 de octubre.
- La posterior intención de R CABLE de cumplir la Resolución de 27 de octubre. De acuerdo con lo señalado en los hechos probados, desde el 26 de enero de 2006, R CABLE y TESAU han comenzado a mantener las correspondientes visitas para determinar las condiciones técnicas de acceso a las infraestructuras compartidas, por lo que puede ser entendida como una circunstancia atenuante de la responsabilidad.

SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

“a) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, ésta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se consideraran las siguientes cantidades:

- *El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual;*
- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- *20 millones de euros.”*

² La cifra del beneficio máximo estimado obtenido por R CABLE se ha calculado en el apartado dedicado a la sanción, según datos (confidenciales) aportados por R CABLE en su escrito de alegaciones de 28 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte mas beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

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

Aplicación al presente caso de los criterios legales

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción. A tal efecto, el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados estimó como beneficio bruto, obtenido durante el periodo comprendido entre el 23 de noviembre (fecha en la que se cumplieron los 15 días para iniciar las visitas entre ambas operadoras, de acuerdo con lo establecido en la Resolución de 27 de octubre de 2005), y el 26 de enero (fecha en la que se comenzó a realizar la primera visita a efectos de la identificación de las infraestructuras objeto de compartición), en 1.133,47 €³

No obstante, no es posible aplicar este criterio de determinación de la sanción pecuniaria basado en la determinación del beneficio bruto obtenido por el infractor consecuencia de la infracción, puesto que es necesario determinar un beneficio bruto real y para ello sería preciso, por el lado de los ingresos, conocer cuantos clientes tendría TESAU y R CABLE en el supuesto de haberse

³ [Facturación bruta obtenida (1.423,19)] – [Ingresos no obtenidos por el alquiler de las infraestructuras a TESAU durante los 2, 13 meses que duró la infracción (136,02 x 2,13 meses = 289,72)]= 1.133,47



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumplido la precitada Resolución, así como los conceptos facturados, lo cual resulta prácticamente imposible de determinar, y por el lado de los costes, conocer tanto los costes operativos y de estructura (tráfico, comercial, etc...) como los de capital (amortizaciones y costes de capital).

Tampoco es aplicable al presente supuesto el criterio del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

Tratándose de una infracción consistente en una omisión del cumplimiento de una obligación establecida en la Resolución de 27 de octubre de 2005, no se pueden determinar qué fondos pueden haberse utilizado en la comisión de la infracción.

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

El primer aspecto que debe dilucidarse es el concepto de rama de actividad afectada en relación con la infracción cometida. De acuerdo con el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados, las actividades afectadas son *“los mercados de acceso a servicios de telecomunicaciones para clientes no residenciales y el servicio de tráfico de voz desde ubicación fija para clientes no residenciales.”*

El objeto de compartir las infraestructuras, que R CABLE desplegó en el polígono de San Cibrao Das Viñas, por ambas operadoras, no era otro que el de que sirvieran de soporte para la instalación de sus redes necesarias para prestar servicios de telecomunicaciones a las empresas que se instalaran y hacer llegar por tanto sus líneas al cliente, por lo que dichos servicios de telecomunicaciones incluyen como mínimo la prestación de los servicios de acceso y de voz para clientes no residenciales.

Los ingresos obtenidos por R CABLE en la rama de actividad afectada por la infracción figuran en la tabla siguiente elaborada con los datos aportados por R CABLE a esta Comisión, en virtud de los requerimientos efectuados para la elaboración del Informe Anual 2005.

Actividad	Ingresos de R CABLE
Ingresos por otras facilidades suplementarias. Cuotas mensuales.	200.816
Ingresos por abono mensual	5.389.147
Ingresos por alta	20.436
Tráfico. Servicio medido	17.103.336
Total	22.713.736



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, el 1% de los ingresos obtenidos ascienden a 227.137,36 €.

Determinación de la sanción que se propone.

De la aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones resultan las siguientes conclusiones:

- La cuantía de la sanción máxima es 20 millones de euros, pues es la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 56.1 a) de la LGTel, ya que por un lado ha resultado imposible determinar el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción al tratarse de una infracción por omisión, y por otro, el 1% de los ingresos brutos obtenidos por R CABLE en el ejercicio 2005, es de 227.137,36 euros, teniendo claro que R CABLE ha obtenido en 2005 unos ingresos brutos de 22.713.736 de euros.
- En lo que respecta al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consiste la infracción, y según se ha recogido en el presente Fundamento de Derecho, si bien no es posible su determinación exacta si se han podido estimar unos beneficios máximos obtenidos por R CABLE consecuencia de la infracción, cuya cuantía se ha determinado en 1.133,47 €, que estaría muy por debajo tanto del límite máximo fijado en 20 millones de euros, como del 1% de los ingresos brutos. Por ello, el límite superior aportado por este criterio sería el quíntuplo de la citada cantidad, esto es, 5.667,35€, cantidad muy inferior, efectivamente, al máximo fijado por el artículo 56.1a) de la LGTel.

Es necesario recordar aquí, respecto a este particular, que el artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción pecuniaria correspondiente.

De los principios y límites cuantitativos a que se han hecho referencia, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel, la regla establecida por el artículo 131.2 de la LRJPAC, la declaración de ingresos brutos de R CABLE con respecto al ejercicio de 2005, y teniendo en cuenta que concurren cinco circunstancias atenuantes, se considera que procede la imposición de una sanción de seis mil (6.000) euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

RESUELVE

PRIMERO. Que se declare responsable directa a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el apartado 2º del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de 27 de octubre de 2005.

SEGUNDO. Que se imponga una sanción económica a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. por importe de seis mil (6.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1182 352110349354 abierta al efecto en el Banco Santander Central Hispano (BSCH). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera