



COMISIÓN 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 24/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2006/996, INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 20 DE JULIO DE 2006.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2006/996, incoado a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de julio de 2006 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de julio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso entre FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTE) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, TESAU), en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) (DT 2005/1516) (Documento 1 del expediente sancionador).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Resuelve Segundo de la Resolución citada disponía:

“Segundo.- Iniciar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho II, apartado 2 de la presente Resolución.”

El citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora en fecha 27 de julio de 2006, con traslado de las actuaciones practicadas (Documento 2).

SEGUNDO.- Con fecha 27 de julio de 2006 se aprobó por el Consejo de esta Comisión la Resolución sobre el conflicto de acceso entre COMUNITEL GLOBAL, S.A. (en adelante, COMUNITEL) y TESAU, en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA por falta de espacio (DT 2006/208) (Documento 6).

El Resuelve Segundo de la citada Resolución disponía:

“Segundo.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2006/996, iniciado por la Resolución, de fecha 20 de julio de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica, por el presunto incumplimiento de los apartados Primero y Segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA.”

TERCERO.- Mediante escrito de 2 de agosto de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente concedido para la presentación de alegaciones en el presente expediente RO 2006/996 (Documento 3).

Considerando pertinente acceder a lo solicitado, mediante escrito de la Instructora se concedió la ampliación del plazo para formular alegaciones por quince días adicionales, lo cual fue notificado a la operadora (Documento 4).

CUARTO.- En fecha 19 de septiembre de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante de TESAU (Documento 5), respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el citado escrito, TESAU alegaba, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Que TESAU no ha rechazado injustificadamente las solicitudes de coubicación para la Central Madrid/Atocha puesto que los metros libres existentes en la referida central no superan el 25% de reserva.
- Que la OBA recoge expresamente el derecho de TESAU a la reserva de espacio, de forma que aunque el debate jurídico sobre la vigencia de los derechos no fuese claro a tenor de lo establecido en el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre de 2000, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (en adelante, Reglamento del Bucle), se podría aplicar sin problema alguno dicho derecho hasta su modificación mediante la Resolución de abril de 2006.

Que desde que se aprobó la Resolución de abril de 2006, TESAU ha seguido estrictamente su cumplimiento y ha puesto en marcha el procedimiento establecido en la misma para liberar espacios. A tal fin, se presentan por parte de la imputada a efectos probatorios dos escritos de fecha 17 y 30 de mayo de 2006, presentados en el marco del procedimiento DT 2005/1516.

Que las denegaciones de solicitudes de coubicación anteriores a abril de 2006 al amparo del derecho de reserva de espacio del 25% en la central son conformes a derecho.

- Que TESAU ha cumplido con los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004 al disponer de una OBA y aplicando lo dispuesto en la misma respecto de las condiciones económicas, definición de servicios y plazos de entrega.

Que la Resolución que se dice incumplida es muy anterior a la Resolución en la que la CMT deroga el derecho a la reserva de espacio del 25% a favor de TESAU.

- Que se vulnera el principio de tipicidad puesto que la conducta que se reprocha a TESAU no se corresponde con el tipo infractor imputado. Es decir, no existe ninguna Resolución de la CMT que imponga una obligación de hacer o de no hacer que resulte conculcada por la conducta imputada.
- Que no existe culpabilidad en el procedimiento sancionador incoado ni tampoco se han ocasionado perjuicios.

Asimismo, en el escrito de alegaciones de referencia el representante de TESAU solicitó la apertura de un periodo de prueba, a fin de que se practicara:

- Una prueba documental consistente en que se tenga por aportada al presente expediente la totalidad de la documentación que se adjunta por TESAU al escrito de alegaciones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Una prueba documental consistente en que se incorporen al expediente testimonio de las alegaciones y documentos acompañados a los escritos de alegaciones formulados por TESAU en el seno de los expedientes DT 2005/1516, DT 2006/208, DT 2005/1327, MTZ 2005/1054, así como las actas de inspección de febrero y junio correspondientes a las visitas realizadas en la Central de Madrid/Atocha.
- Una prueba pericial sobre los espacios considerados por esta CMT como hábiles o útiles para albergar equipos de comunicaciones en la Central de Madrid/Atocha.

QUINTO.- Por otra parte, con fecha 27 de julio de 2006 se aprobó por el Consejo de esta Comisión la Resolución sobre el conflicto de acceso entre COMUNITEL y TESAU, en relación con la provisión del servicio de TCI y la ampliación del repartidor principal (DT 2006/209) (Documento 8).

En el Resuelve de la citada Resolución se estableció lo siguiente:

Segundo.- *Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. [con número RO 2006/1090], como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho II, apartado 2 de la presente Resolución. (...)*

Tercero.- *Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Dña. Pilar de la Bárcena Angulo quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (...)*

SEXTO.- Con fecha 9 de agosto de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente concedido para la presentación de alegaciones en dicho procedimiento (Documento 10).

Considerando pertinente acceder a lo solicitado, mediante escrito de la Instructora se concedió la ampliación del plazo para formular alegaciones, por quince días adicionales, lo cual fue notificado a la operadora (Documento 11).

SÉPTIMO.- Con fecha 27 de septiembre de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante de TESAU (Documento 12), respecto del acuerdo de inicio previamente notificado del expediente sancionador RO 2006/1090.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el citado escrito, TESAU, entre otros aspectos, vino a alegar lo siguiente:

- Que ha tenido una actuación diligente tanto en la provisión del servicio de TCI para la Central de Granada/Triunfo, como en la ampliación del repartidor principal.
- Que TESAU ha cumplido el primer apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004 y de la Resolución de 9 de junio de 2005.
- Que TESAU dispone de una OBA y aplica lo dispuesto en la misma en lo referente a la atención y provisión del servicio de TCI.
- Que la única consecuencia derivada de la saturación del repartidor principal en la central de Granada/ Triunfo fue un retraso en la prestación del servicio de TCI, si bien las solicitudes de COMUNITEL nunca fueron rechazadas sino que pasaron a un estado de incidencia.
- Que resulta paradójico que pese sobre TESAU una obligación de planificar anticipadamente los recursos sin tener previamente previsiones vinculantes por parte del resto de los operadores que solicitan los servicios, sobre los que no cae ningún tipo de obligación de esta índole.
- Que se vulnera el principio de tipicidad y antijuricidad no correspondiendo la conducta de TESAU con el tipo infractor imputado.
- Que no existe elemento subjetivo de culpa requerido para la imposición de sanciones administrativas, ya que TESAU ha actuado siempre con plena y fundada creencia excluyente de responsabilidad.
- Que no ha existido perjuicio alguno para COMUNITEL por la conducta que origina el presente procedimiento sancionador.

OCTAVO.- De otra parte, con fecha 5 de octubre de 2006 se resolvió el conflicto de acceso entre COMUNITEL y TESAU, en relación con la provisión del servicio de ampliación del Tendido de Cable Interno (en adelante, TCI) (DT 2006/728) (Documento 7).

El Resuelve Segundo de la citada Resolución disponía lo siguiente:

“Segundo. *Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2006/996, iniciado por la Resolución de fecha 20 de julio de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento de los apartados Primero y Segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Con fecha 21 de diciembre de 2006 se aprobó por el Consejo de esta Comisión la Resolución sobre el conflicto de acceso entre T-ONLINE TELECOMUNICATIONS SPAIN, S.A. (en adelante, T-ONLINE) y TESAU, en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación de la OBA (DT 2006/204) (Documento 17).

En el Tercer Resuelve de dicha Resolución se acordó lo siguiente:

“Tercero.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2006/996, iniciado por resolución de fecha 20 de julio de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU por el presunto incumplimiento de los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA en la central de Madrid/Atocha. (...)”

DÉCIMO.- Con fecha 8 de febrero de 2007 el Consejo de esta Comisión aprobó Resolución por la cual se acordó la acumulación del procedimiento sancionador RO 2006/1090 iniciado mediante Resolución de 27 de julio de 2006, al presente procedimiento sancionador (Documento 13).

Con fecha 8 de febrero de 2007 dicho Acuerdo fue debidamente comunicado por el Secretario de esta Comisión a las instructoras de ambos procedimientos así como a TESAU (Documentos 14, 15 y 16).

UNDÉCIMO.- Con fecha 1 de junio de 2007, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución en la que propuso (Documento 17 del expediente):

“ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal, en fecha 20 de julio de 2006, por el presunto incumplimiento de los apartados Primero y Segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la Oferta del Bucle de Abonado.”

DUODÉCIMO.- La Propuesta de Resolución fue notificada a TESAU el día 12 de junio de 2007, mediante escrito de la instructora de fecha 1 de junio de 2007 (Documento 18 del expediente).

DECIMONOVENO.- En fecha 20 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU frente a la Propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento 19 del expediente).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO: Que Telefónica de España, S.A. ha rechazado injustificadamente las solicitudes de coubicación de los operadores relativas al edificio de la central Madrid/Atocha.

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente, al que se ha incorporado la documentación relevante de otros expedientes tramitados por esta Comisión.

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

1. Conflicto planteado por FTE contra TESAU en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA (DT 2005/1516).

Con fecha 24 de octubre de 2005, FTE solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el rechazo injustificado por parte de TESAU de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA alegando falta de espacio, entre las cuales se encontraba la central de Madrid/Atocha.

De la documentación obrante en el conflicto DT 2005/1516 y de la información remitida mensualmente a esta Comisión por TESAU, según lo establecido en el Anexo II de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modifica la OBA, y concretamente la referente al apartado segundo de dicho anexo que versa sobre la coubicación, se ha constatado que FTE solicitó espacio en la central de Madrid/Atocha el **10 de octubre de 2005** dando TESAU provisión del mismo el **29 de junio de 2006**, es decir ocho meses después de ser solicitado.

TESAU argumentaba en su defensa el derecho de reserva de hasta un 25 por 100 de espacio en las centrales, reconocido originariamente en el art. 9.6 del Reglamento de acceso al bucle de abonado (actualmente derogado en base a lo establecido en la Disposición Derogatoria del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, en la central de Madrid/Atocha se llevó a cabo una **primera inspección por parte de los inspectores designados por esta Comisión, con fecha 6 de febrero de 2006**, en la que se identificó una cantidad muy significativa de espacio vacante, según consta en el Acta, cuya conclusión es la siguiente: *“Hay espacios disponibles que harían sencilla la ampliación de la sala OBA”*.

En la documentación obrante en el expediente DT 2005/1516 se constata que TESAU no permitió a los inspectores actuantes acceder a los espacios cedidos en dicho edificio a una compañía del grupo Telefónica (Telefónica Móviles España, S.A. –en adelante, TME), con lo que se hizo necesaria una **segunda inspección que se practicó con fecha 30 de junio de 2006**.

En las dos inspecciones citadas practicadas en la ubicación de Madrid/Atocha, se acreditó que **TESAU disponía en el inmueble de espacio vacante suficiente en una cantidad aproximada de 868 metros cuadrados**.

Los espacios identificados en las actas de inspección fueron los siguientes:

Sala	Espacio libre Identificado en las inspecciones
Vestuario	7
Sala de control	92
Sala de cintas	15
Sala de conmutación nodal	175
Sala de climatización	25
Almacén	7,5
Sala de cintas	10
Sala de conmutación primaria	20
Sala libre	78,3
Sala de climatización	92,2
Sala sin uso	21,8
Cuadro de acometida	41
Grupo electrógeno	43
Galería de cables	62,7
Sala de Telefónica Móviles	172,48
TOTAL	862,98

TESAU en la respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión en el marco del conflicto DT 2005/1516 admitió disponer de 621,50 metros cuadrados de espacio reservados para sus necesidades futuras y de 5,12 metros cuadrados de superficie libre, con lo que el espacio disponible reconocido por TESAU ascendería a 626,62 metros cuadrados. Sin embargo, esa cifra no tuvo en cuenta el espacio libre existente en las dependencias cedidas a empresas del grupo, cuya superficie asciende a 608,61 metros cuadrados según comunicó TESAU, y donde durante la inspección de fecha 30 de junio se identificó espacio vacante en la cantidad de 177,48 metros cuadrados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por consiguiente, partiendo de los datos de TESAU se obtiene que el espacio vacante sería de $621,50+5,12+177,48=804,1$ metros cuadrados. Es decir, tanto los datos de TESAU como los resultantes de las inspecciones coinciden en identificar más de 800 metros cuadrados de espacio vacante en el edificio de Madrid/Atocha.

Los datos aportados por la propia TESAU en respuesta al requerimiento de información refutan lo recogido en el acta de inspección de 6 de febrero de 2006 por parte de TESAU, en donde declaraba que *“en ningún caso los espacios disponibles superan el 25% de espacio de reserva”*. La propia imputada señalaba que la superficie ocupada por sus equipos es de 3108,60 metros cuadrados, con lo que el derecho de reserva que se reconoció a TESAU, si se calcula partiendo de este dato, podría alcanzar como máximo los 777,15 metros cuadrados, cifra que es claramente inferior al espacio medido durante las actuaciones de inspección.

En la Resolución del conflicto analizado se muestra el espacio identificado según las actas de inspección realizadas en la central de Madrid/Atocha, que se adjuntan en el siguiente cuadro:

Madrid/Atocha	<ol style="list-style-type: none">1. Vestuario (aparentemente sin uso, alrededor de 7 metros cuadrados).2. Sala de control de 92 metros cuadrados, la mayor parte libres.3. Sala de cintas (de 15 metros cuadrados, libre).4. Sala de conmutación con espacio libre de alrededor de 175 metros cuadrados, adyacente a la sala OBA.5. Sala de climatización con 25 metros cuadrados de espacio libre.6. Almacén (con material, aparentemente inservible de 3x2,5.)7. Sala de cintas, con equipo centrado y espacio libre de 2,5x4.8. Sala de conmutación; entre los equipos, se observa un espacio libre de alrededor de 20 metros cuadrados.9. Sala libre (en el plano, indicada como futura ampliación de equipos) de 4,5x17,40.10. Sala de climatización, vacía, con espacios medidos: 11 x 6,4, 4 x 3,6 y 2 x 3,7.11. Sala sin uso, de 3,2 x 6,812. Cuadro de acometida; espacio libre de 8,2 x 5. Telefónica manifiesta que es la zona de acceso a la propia sala.13. Grupo electrógeno, con espacio libre 5 x 8,6.14. Galería de cables, con espacio libre de 4,45 x 14,1015. Sala B de TME: espacio libre de aproximadamente 17,4 m x 10,2 m (en este espacio existen 5 columnas de poco menos de 1 metro cuadrado cada una).
----------------------	---

Así, del acta de inspección levantada por los inspectores designados por el Secretario de esta Comisión se desprendió lo siguiente:

- a) que TESAU disponía de 862,98 metros cuadrados vacantes en el inmueble denominado Madrid-Atocha;
- b) que el derecho de reserva del 25% reconocido en la normativa anterior ya derogada supondría, asumiendo los propios datos de TESAU, una reserva de un máximo de 777,15 metros cuadrados;



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) que el acta de inspección de fecha 6 de febrero de 2006 afirma taxativamente en su conclusión que *“Hay espacios disponibles que harían sencilla la ampliación de la sala OBA.”*

En consecuencia, tanto de las actuaciones de inspección practicadas como de la información remitida por la imputada se constata que TESAU ha rechazado las peticiones de espacio en la central de Madrid/Atocha formuladas por FTE a pesar de que TESAU disponía de espacio vacante en cantidad mas que suficiente, de manera que los rechazos no se podían justificar sobre la base de un supuesto derecho de reserva del 25%.

Ello conduce, por tanto, a confirmar que **TESAU ha incumplido lo establecido en la OBA, superando con creces el plazo fijado en la misma (apartado 2.15) para la entrega de las solicitudes de coubicación analizadas, parasen que pudiera fundamentarse el incumplimiento de las solicitudes referidas en causas justificadas.**

2. Conflicto de acceso planteado por COMUNITEL contra TESAU en relación con el rechazo de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA por falta de espacio (DT 2006/208).

Con fecha 13 de febrero de 2006, COMUNITEL solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el rechazo de forma injustificada de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA, entre ellas en la central de Madrid/Atocha.

COMUNITEL **solicitó el servicio de coubicación en la citada central con fecha 28 de noviembre de 2005**, habiendo denegado TESAU esta solicitud por motivos de falta de espacio en base al derecho de reserva del 25% que tenía reconocido, por la normativa aplicable en aquel momento.

Siendo de aplicación aquí las consideraciones del apartado anterior, se constata que TESAU ha incumplido lo establecido en la OBA, en lo que se refiere a la atención de solicitudes del servicio de coubicación, al no cumplir con los servicios OBA solicitados sin causa alguna justificada.

3. Conflicto de acceso planteado por T-ONLINE contra TESAU en relación con el rechazo de solicitudes de coubicación de la OBA (DT 2006/204).

Con fecha 16 de febrero de 2006, T-ONLINE solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el rechazo de forma injustificada de solicitudes del servicio de coubicación de la OBA, entre ellas la central de Madrid/Atocha.

Con fecha **6 de mayo de 2005** T-ONLINE **solicitó** una UNC de 600x300 y una UNC de 600x600 en la central de Madrid/Atocha, resultando un total de 1,62 metros cuadrados. Por su parte TESAU denegó la coubicación alegando que disponía de un espacio inferior al 25% que se le reconocía por la normativa existente. De la información remitida mensualmente a esta Comisión por TESAU, según lo establecido



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el Anexo II de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modifica la OBA, y concretamente la referente al apartado segundo de dicho anexo que versa sobre la coubicación, se ha constatado que **TESAU proveyó el espacio solicitado en la central de Madrid/Atocha el 6 de junio de 2006, es decir aproximadamente trece meses después de ser solicitado.**

Siendo de aplicación aquí, de nuevo, las consideraciones del apartado 2, se constata que TESAU ha incumplido lo establecido en la OBA, en lo que se refiere a la atención de solicitudes del servicio de coubicación, al no cumplir con los servicios OBA solicitados sin causa alguna justificada.

SEGUNDO: Que Telefónica de España, S.A. ha rechazado peticiones de TCI por causas no recogidas en la OBA, como es la saturación del repartidor principal, demostrando una considerable falta de planificación de disponibilidad de recursos.

1. Conflicto de acceso planteado por COMUNITEL contra TESAU en relación con la provisión del servicio de ampliación del TCI (DT 2006/209).

Con fecha 8 de febrero de 2006, COMUNITEL solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto motivado por el incumplimiento de TESAU de la OBA en lo concerniente a la provisión de ampliaciones de los servicios de coubicación y de TCI.

Con fecha **4 de enero de 2006** COMUNITEL **solicitó la ampliación del servicio de TCI** en la central de Granada/Triunfo mediante la interfaz SGO (Sistema de Gestión de Operadores). Esta solicitud fue bloqueada por TESAU en dicho sistema dejándola en el estado de *"falta de espacio en repartidor"*.

En lo referente al servicio de ampliación de TCI, la OBA establece que TESAU debe proceder a la aceptación de la solicitud en un plazo máximo de 5 días laborables tras su validación y envío vía web, y seguidamente a la entrega efectiva del servicio en el plazo de 6 días tras la aceptación de la solicitud, o bien de 10 días cuando la ampliación implique nueva infraestructura.

Dado que la solicitud de ampliación de TCI de COMUNITEL se cursa con fecha 4 de enero de 2006, la aplicación de los plazos anteriores implicaría la aceptación de la solicitud en fecha 12 de enero de 2006. Considerando que la ejecución de la ampliación requería de nueva infraestructura para acometer la habilitación de espacios en el repartidor principal, **la entrega efectiva del servicio debió llevarse a cabo con fecha 26 de enero de 2006, produciéndose un retraso considerable en la entrega del servicio solicitado como se desprende de la instrucción del expediente DT 2006/209 cuya Resolución fue dictada en fecha 27 de julio de 2006.**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se constata también que con el retraso producido en la entrega del servicio analizado TESAU no ha cumplido con la obligación de planificar anticipadamente los recursos disponibles, incumpliendo lo ya establecido en anteriores Resoluciones de esta Comisión y provocando, en última instancia, la imposibilidad de cursar de forma inmediata la solicitud de COMUNITEL, con el consiguiente retraso en la entrega del servicio.

Así, en la Resolución de 1 de julio de 2004 se establecía que:

“La CMT estima que la provisión de espacio de coubicación en una central debe estar ligada a la disponibilidad de espacio en el repartidor que permita la prestación de servicios de acceso desagregado sobre dicha central. Es decir, la simple petición de espacio de coubicación en una central debería llevar asociada una disposición de recursos en el repartidor principal, lo cual puede llevar aparejada la ampliación de dicho repartidor o la optimización de espacio sobre el repartidor existente. No resulta aceptable, por tanto que, una vez acabada la habilitación de un espacio de coubicación, Telefónica alegue falta de capacidad en el repartidor para negar o retrasar el servicio de tendido de cable interno al operador coubicado. Deberían por tanto iniciarse las actuaciones necesarias para habilitar espacios en el repartidor principal desde el mismo momento que se acepta el proyecto de coubicación y siempre con el objeto de evitar demoras en la provisión de los servicios asociados de acceso al bucle de abonado”.

De la misma manera, en la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 se señaló:

“Pues bien, como ya se ha señalado, esta Comisión ya dejó meridianamente claro que no puede bloquearse el acceso al bucle por una deficiente o discriminatoria gestión de los recursos de red, sino que compete a Telefónica estar en condiciones de proveer los servicios de su oferta de referencia.

Esta Comisión ya dio a Telefónica el pasado mes de julio la indicación inequívoca de que no puede rechazar peticiones de tendido por causas no recogidas en la OBA, y por tanto tampoco con motivo de la saturación del repartidor, por lo que desde principios de julio Telefónica era consciente de que tenía la obligación de planificar la disponibilidad de recursos en los repartidores principales de las centrales por las que los operadores se interesaban”.

Dicho lo anterior, se constata que TESAU rechazó la petición de TCI realizada por COMUNITEL por causas no recogidas en la OBA, como sería la situación de saturación del repartidor principal, demostrando con ello una falta de planificación de la disponibilidad de recursos y un retraso en la entrega del servicio, incumpliendo así la Resolución de 31 de marzo de 2004 en relación con la atención de las solicitudes del servicio de TCI.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Conflicto de acceso planteado por COMUNITEL contra TESAU en relación con la provisión del servicio de ampliación del TCI (DT 2006/728).

Con fecha 26 de mayo de 2006, COMUNITEL solicitó la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto de acceso motivado por la denegación reiterada del servicio de ampliación de TCI en la central de Santa Coloma de Gramanet/Marina, donde ya se encontraba cobijado dicho operador.

Con fecha **25 de enero de 2006**, COMUNITEL remitió a TESAU dos **solicitudes de ampliación de TCI** que no fueron provistas en plazo y que en el SGO aparecían como solicitudes *“en espera de resolución de incidencia por falta de espacio en el repartidor”*.

El apartado 1.5.2 de la OBA de TESAU establece en cuanto al servicio de ampliación de TCI que se debe proceder a la aceptación de la solicitud en un plazo máximo de 5 días laborables tras su validación y envío a web, y seguidamente a la entrega efectiva del servicio en el plazo de 6 días tras la aceptación de la solicitud, o bien de 10 días cuando la ampliación implique nueva infraestructura.

Teniendo en cuenta lo anterior, puesto que COMUNITEL procedió a solicitar la ampliación de TCI en la central de Santa Coloma de Gramanet/Marina el 25 de enero de 2006, aplicando los plazos establecidos en la OBA y considerándose que la ampliación requería nueva infraestructura para acometer la habilitación de espacios en el repartidor principal, **la entrega efectiva del servicio debió realizarse con fecha 15 de febrero de 2006.**

De la documentación aportada en el presente procedimiento se determina que TESAU entregó el servicio solicitado por COMUNITEL el 16 de junio de 2006 lo que supone una demora considerable en la aceptación de solicitud de TCI, con el consiguiente **retraso en la entrega efectiva del servicio de cuatro meses.**

Por lo tanto, **se constata que TESAU ha rechazado la petición de TCI realizada por COMUNITEL por una causa no recogida en la OBA, como es la saturación del repartidor principal, incumpliendo el primer apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en relación con la atención de las solicitudes de TCI, según los plazos previstos para dicho servicio.**

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

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

Tal y como consta en el Acuerdo de inicio del presente procedimiento de 20 de julio de 2006 (Documento 1 del expediente, página 21), esta Comisión consideró que cabía apreciar indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que, de las actuaciones realizadas se desprendía que TESAU había rechazado injustificadamente las solicitudes de coubicación de los operadores relativas al edificio de Madrid/Atocha, lo que conllevaba incumplir el primer y segundo apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en relación con la atención de las solicitudes del servicio de coubicación. En concreto, dichos apartados establecían lo siguiente:

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

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

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

Del mismo modo, en los Fundamentos de Derecho de los expedientes acumulados al presente procedimiento sancionador se determinó también la existencia de indicios suficientes que confirmaban el incumplimiento del primer apartado de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en relación con la atención de las solicitudes del servicio de TCI.

Tal y como se ha señalado en los Hechos Probados, TESAU no ha atendido las solicitudes razonables de los operadores alternativos relativas a los servicios de coubicación y de TCI, incumpliendo de esta manera la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OBA, y derivando ello en la comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

I

A juicio de TESAU, *“resulta claro que en el supuesto que nos ocupa, no concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de mi mandante. (...) ya que mi mandante ha actuado siempre con plena y fundada creencia excluyente de toda responsabilidad y no ha dejado de cumplir las obligaciones que le son exigibles en cuanto al cumplimiento de lo preceptuado en la OBA”*. Continúa TESAU señalando que no tenía ninguna intencionalidad de infringir la norma y que no tenía *“siquiera conocimiento de que pudiera estarla infringiendo ni por acción ni por omisión”*. Añade la imputada que *“no ha existido perjuicio alguno para los operadores por la conducta que origina el presente expediente sancionador, esto es por denegar espacio para coubicar equipos en la central de Madrid-Atocha”*.

Frente a lo anterior, deben realizarse las siguientes consideraciones. En primer lugar, la entidad imputada era absolutamente consciente de su incumplimiento de la OBA en relación con los hechos analizados en el presente procedimiento puesto que ya se había pronunciado esta Comisión al respecto en la resolución reiterada de conflictos originados entre los operadores alternativos y TESAU en materia de acceso al bucle.

Es más, TESAU es plenamente consciente de la especial responsabilidad que recae en ella de suministrar los servicios de acceso al bucle. La OBA incluye las condiciones de prestación de los servicios y TESAU no puede degradarla a mera referencia indicativa, sino que debe ponerla en práctica sobre la base de su carácter vinculante, suministrando en tiempo y forma los servicios solicitados por los operadores interesados. No puede admitirse que pretenda ser TESAU quien marque el ritmo de avance de los despliegues de sus competidores, precisamente porque compite con el resto de operadores en el mercado minorista, debiendo por ello ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores.

Por lo tanto, TESAU conocía los perjuicios y los inconvenientes que tales deficiencias en la entrega de los servicios mayoristas causaban a los operadores que le solicitaban servicios de acceso, como se desprende de todos los expedientes que han sido analizados en los Hechos Probados, iniciados por denuncia de los operadores y en los que TESAU ha formulado las alegaciones que ha estimado procedentes.

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

Como se ha señalado por la jurisprudencia y doctrina aplicables y por esta Comisión en anteriores ocasiones, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por **malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable** (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo –“STS”- de 22 de febrero de 1992 [RJ 1992\852], de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590], y más recientemente).

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

Con carácter general, la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

En particular, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

Como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de marzo de 2003, RJ 2003\2621), *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LPAC –con el rótulo de intencionalidad- sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*¹.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones, podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel², donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el **artículo 53.r) de la misma norma (LGTel), cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo (intencionalidad)**, siendo suficiente

¹ A. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, pág. 391, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2005.

² El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave *“la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”*. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

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

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

CUARTO.- Inclusión de los hechos analizados dentro de la infracción continuada sancionada en el expediente RO 2004/1811 .

El artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora establece lo siguiente en lo referente al *“Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas”*:

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

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

Puesto que el expediente sancionador RO 2006/996 se inició el 20 de julio de 2006 y el procedimiento sancionador RO 2004/1811 no se resolvió hasta el 16 de noviembre de 2006, procede analizar si los hechos o conductas tipificados en el primero se pueden entender englobados en la infracción continuada sancionada en el segundo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

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

El expediente RO 2006/996 se incoa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, por haber incumplido el apartado Primero y Segundo de la misma Resolución de 31 de marzo de 2004.

- El Hecho Probado Primero del expediente sancionador RO 2004/1811 determinó que TESAU *“ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su OBA”*.

En el presente procedimiento sancionador RO 2006/996, se están analizando dos conductas claras que suponen un incumplimiento de los procedimientos y condiciones de provisión de servicios incluidos en la OBA de TESAU, en concreto en relación con:

1. El rechazo de solicitudes del servicio de cubricación en la Central de Madrid/Atocha de forma injustificada.
 2. El rechazo de las solicitudes de ampliación del servicio de TCI, no siendo la saturación de repartidor una de las posibles causas de denegación recogidas en la OBA a la que pueda acogerse TESAU.
- El expediente sancionador RO 2004/1811, según se determinó en el Hecho Probado Primero de su Resolución, sancionó hechos ocurridos en el periodo de tiempo comprendido entre, al menos, los meses de enero de 2004 y abril de 2005.

Por su parte, el periodo de tiempo en el que se pueden enmarcar los conflictos acumulados al expediente RO 2006/996 se encuentran entre mayo de 2005 y junio de 2006 aproximadamente.

Dicho lo anterior, para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

- a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.
- b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

Resulta evidente que el requisito de la existencia de unidad del precepto legal vulnerado se cumple en ambos procedimientos sancionadores, pues en el RO 2004/1811 el precepto vulnerado era el apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004, por incumplimiento de los procedimientos y condiciones de la OBA, y en el presente expediente, el precepto vulnerado es tanto el Apartado Primero como Segundo de dicha Resolución, por el mismo tipo de actos y por el incumplimiento de las mismas condiciones y procedimientos de la OBA.

De esta forma, los hechos conocidos en el presente expediente suponen asimismo un incumplimiento de condiciones y plazos de provisión de los servicios incluidos en la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA, tal como ocurría en el procedimiento sancionador RO 2004/1811.

Por otro lado, se puede entender que también se cumple el segundo requisito necesario para apreciar infracción continuada, esto es, la existencia de dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que puede entenderse como aquel en el que incurre TESAU con el objetivo último de dificultar la actuación de los operadores alternativos en el mercado de desagregación del bucle.

Por último, en cuanto al primer requisito que hace referencia a la ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares, se debe tener en cuenta lo siguiente.

Según se desprende de los hechos que se probaron en el expediente sancionador RO 2004/1811, aquellos incumplimientos se manifestaban en el rechazo a la firma de contratos tipo con los operadores para la prestación de servicios OBA, así como en los numerosos incumplimientos de plazos a los que TESAU está sujeta en relación con dichos servicios, todo ello en un periodo de tiempo determinado que abarcaba más de un año.

Los incumplimientos manifestados en el presente expediente sancionador RO 2006/996 derivan de (i) por un lado, rechazos por parte de TESAU de solicitudes del servicio de coubicación en la central en concreto de Madrid/ Atocha, y por otro (ii) rechazos de solicitudes de ampliación de TCI por parte de TESAU, por causas que no están contempladas en la OBA.

En cuanto al primero de los incumplimientos analizados en el presente expediente, relativo a los rechazos por parte de TESAU de solicitudes de coubicación en base a su derecho de reserva del 25%, este argumento no fue utilizado como causa de retraso en los conflictos acumulados en el RO 2004/1811, aun cuando los hechos objeto de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consideración (en definitiva, el incumplimiento continuado y generalizado de los plazos y condiciones de la OBA), son sustancialmente análogos. Sin embargo, la actuación de rechazar solicitudes de ampliación de TCI por saturación del repartidor sí es utilizada por TESAU y analizada en el marco del conflicto DT 2005/259 (conflicto acumulado en el expediente RO 2004/1811).

Ciertamente, al hacer referencia a los requisitos que deben concurrir en la infracción continuada la jurisprudencia señala que resulta necesaria *“una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares”*, lo que aplicado al presente procedimiento sancionador supone que mediante técnicas de actuación similares a las utilizadas en los conflictos analizados en el expediente RO 2004/1811 y mediante un plan preconcebido, TESAU ha cometido una infracción continuada de los procedimientos y condiciones para la provisión de servicios de su OBA, no siendo relevante que las técnicas utilizadas sean distintas sino el resultado común en cuanto al retraso en la provisión de servicios OBA.

Por todo lo anterior, se concluye que los hechos analizados en el presente procedimiento forman parte de la infracción continuada que fue objeto de sanción en el expediente RO 2004/1811 lo que conlleva a la necesidad de archivar el presente expediente RO 2006/996, en base a lo articulado en el apartado 6 del artículo 4 del Reglamento Sancionador. Con ello se evita la duplicidad de la acción sancionadora, con sustento en unos hechos (incumplimientos concretos de la OBA) castigados ya mediante la sanción impuesta en el expediente RO 2004/1811 (por incumplimiento continuado y generalizado de la OBA), con idéntico sujeto responsable y fundamento de reproche.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal, en fecha 20 de julio de 2006, por el presunto incumplimiento de los apartados Primero y Segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la Oferta del Bucle de Abonado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera