



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 4 DE DICIEMBRE DE 2003, SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO ENTRE UNI2 TELECOMUNICACIONES S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ACERCA DE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TENDIDO DE CABLE INTERNO PARA ACCESO COMPARTIDO

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se resuelve el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm.29/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 22 de julio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/55

HECHOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO. En fecha 4 de diciembre de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo por el que se resolvió el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido, disponiendo lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar concluso el procedimiento de referencia iniciado a instancia de Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U., procediéndose al cierre y archivo del mismo sin más trámite, por desaparición sobrevenida del objeto que justificó su iniciación y no existir motivo alguno que justifique su continuación.

SEGUNDO.- Realizar actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. por presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001, acumulándose estas actuaciones previas a las ya abiertas en esta Comisión con referencia RO 2003/1737.”

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha de 12 de enero de 2004, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida por entender que el resuelve segundo de la misma resulta lesivo para sus intereses, solicitando la supresión del citado resuelve en base a las siguientes alegaciones:

- 1. Que la Resolución recurrida carece de motivación alguna que justifique la realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España por presunto incumplimiento del resuelve primero de la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta a la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.**

Al respecto, TESAU alega que los requisitos necesarios que han de concurrir para el inicio de un procedimiento sancionador *“no se cumplen en este caso y esa CMT no ha entrado a hacer una valoración de su concurrencia. En especial cabe señalar la ausencia absoluta del requisito de necesidad del procedimiento sancionador.”*

La recurrente manifiesta, tal y como hizo en la fase de alegaciones del procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución hoy recurrida, que *“las tres peticiones de Uni2 del tendido de cable interno para acceso compartido, objeto del conflicto de acceso al bucle de abonado interpuesto por Uni2 en el marco del*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente DT 2003/1534, ya se han finalizado a lo largo del mes de octubre en todas las centrales solicitadas (...)."

En este sentido, la recurrente señala que "el origen del retraso en la provisión de dicho servicio, se ha debido fundamentalmente a que se trataba de las primeras peticiones de tendidos de cable interno para acceso compartido después de dos años y medio del comienzo de la apertura del bucle de abonado en España. En consecuencia, parece comprensible que se haya producido algún problema de coordinación interna y que se haya sufrido un cierto retraso en la provisión de este servicio nuevo. En cualquier caso, mi representada está dispuesta a indemnizar a Uni2 por dichos retrasos en conformidad con lo estipulado en los contratos de nivel de servicio establecidos en la OBA vigente."

Al respecto, TESAU recuerda que esta Comisión ha venido considerando de forma reiterada en sus resoluciones que "ante el retraso en el tendido de cable interno únicamente procede la penalización que a tal efecto se recoge en la OBA sin que el retraso implique la constitución de una conducta tipificada como infracción por la Ley General de Telecomunicaciones. La alteración de este hilo doctrinal establecido por la propia CMT en reiteradas resoluciones genera inseguridad jurídica entre los operadores de telecomunicaciones."

A la vista de lo anterior, TESAU concluye que "existe una ausencia de tipicidad que habilite a esa CMT a iniciar actuaciones previas a un procedimiento sancionador o acumulación a uno ya iniciado", dado que "un retraso puntual en la provisión de un determinado servicio de acceso al bucle no implica que haya existido incumplimiento generalizado del apartado primero de la resolución de 29 de abril de 2002".

2. Que la acumulación de las actuaciones previas acordadas en la Resolución recurrida, a aquellas actuaciones previas ya abiertas en esta Comisión con referencia RO 2003/1737, produce inseguridad jurídica.

A este respecto TESAU alude al artículo 77.1 de la Ley 1/2002, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que determina que la acumulación de los procesos, sólo procederá cuando su tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales.

A juicio de la recurrente, la acumulación de procedimientos que determina la Resolución recurrida, genera inseguridad jurídica puesto que "el procedimiento RO 2003/1737 se encuentra en un estado de tramitación suficientemente avanzado y es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previsible que, para el momento en que se realizara la acumulación de las actuaciones previas (...) aquél procedimiento ya no se hayase en fase de instrucción. En tal caso se estaría impidiendo a mi representada ejercer los derechos procesales que respecto a los hechos imputados en la resolución recurrida le corresponden, ya que los trámites correspondientes al ejercicio de tales derechos ya se habrían practicado en el procedimiento del expediente RO 2003/1737.”

TERCERO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 2 de febrero de 2004, se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 2 de febrero de 2004, se dio traslado a la entidad interesada, Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, Uni2), del recurso de reposición interpuesto por la entidad TESAU para que alegase lo que estimase conveniente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Único.- Inadmisión a trámite del recurso presentado por TESAU.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que “*contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa e indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*” podrán interponerse, por los interesados, los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Al respecto, ha de señalarse que el segundo resuelve de la Resolución de esta Comisión de fecha de 4 de diciembre de 2003 recurrido por TESAU, no es subsumible en los supuestos de actos administrativos susceptibles de recurso de reposición a los que se refiere el precepto transcrito. Esto es así en virtud de las razones que a continuación se exponen.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, cabe señalar que el mencionado resuelve segundo únicamente se limita a informar, al amparo de lo establecido en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), de la apertura de un periodo de realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU por presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por la que se insta a la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de la citada entidad, acumulando dichas actuaciones a las ya acordadas respecto del posible incumplimiento de la mencionada Resolución, tramitadas en el expediente RO 2003/1737.

El mencionado artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora establece en su apartado primero, la posibilidad de que la Administración, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, realice actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación.

A tenor de lo anterior, es obvio que las actuaciones previas no constituyen un procedimiento administrativo en sí, sino que, como su propio nombre indica, integran un período que se abre con anterioridad al acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador y que, tal como indica el segundo apartado del precepto referido, está orientado a determinar, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. En consecuencia, al no tratarse el período de información previa de un procedimiento administrativo propiamente dicho, no le son de aplicación las disposiciones reguladoras de los recursos administrativos contenidas en la LRJPAC.

No obstante lo anterior, aún haciendo abstracción del hecho de que, tal y como se ha expuesto, las actuaciones previas constituyen un mero precedente al procedimiento administrativo, y por tanto, la mera notificación de su apertura no constituye un acto administrativo de incoación de procedimiento, cabe añadir que aún el caso de asimilar el periodo de información previa a un procedimiento administrativo, en ningún caso sería susceptible de recurso el acuerdo de iniciación del mismo, por tratarse de un mero acto de trámite no cualificado en los términos requeridos en el artículo 107 de la LRJPAC para ser susceptible de recurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, un acuerdo de inicio, no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, esto es, en el presente caso no decide si las acciones u omisiones de TESAU, puestas de manifiesto durante la instrucción del procedimiento tramitado bajo la referencia DT 2003/1534, suponen una infracción de la Resolución de 29 de abril de 2002, puesto que, como se ha explicado anteriormente, únicamente establece la apertura de un periodo de información previa, dentro del cual será donde se valore la existencia o no de circunstancias concurrentes que determinen, en su caso, la apertura de un procedimiento sancionador.

Tampoco conlleva dicho acuerdo la imposibilidad de continuación de procedimiento administrativo alguno, todo lo contrario, propugna el estudio de determinadas circunstancias que, en el caso de concurrir, pueden llevar a abrir un procedimiento administrativo sancionador, en los términos establecidos en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Del mismo modo, la apertura de un periodo de información previa no produce, indefensión alguna. En este sentido, el acuerdo se limita a ordenar la realización de actuaciones previas y a acumularlas a las ya incoadas en esta Comisión, atendiendo a su identidad sustancial e íntima conexión. Constituye, por tanto, un acto previo que da lugar a la realización de actuaciones en cuyo seno TESAU puede presentar las alegaciones que tenga por oportunas, tal y como se ha puesto de manifiesto a la citada entidad mediante escrito de fecha 12 de enero de 2004, según consta acreditado en las citadas actuaciones. A mayor abundamiento, aún en el hipotético caso de que se llegara a acordar la iniciación de un procedimiento sancionador, incumbiría a TESAU la condición de interesado, con la disposición del plazo legalmente establecido para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimase conveniente, según resulta del artículo 16 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. En tal situación, cabe concluir que el acuerdo objeto de recurso no produce indefensión alguna, a la recurrente.

Finalmente, el acto objeto de recurso no produce perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, según se deriva de su propio contenido. De hecho, el resuelve segundo de la Resolución de 4 de diciembre de 2004 no impone obligación alguna de hacer o no hacer, o soportar, sino que únicamente ordena unas actuaciones previas a un procedimiento administrativo. Por tanto, no sólo no se predica la irreparabilidad del perjuicio, sino que ni tan siquiera cabe apreciar perjuicio alguno para la entidad recurrente en esta fase previa al eventual inicio de un procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.1 de la LRJPAC, el plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto fuera expreso. Por su parte, el artículo 48.2 de la LRJPAC establece que, si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación del acto que se trate.

En el caso de TESAU, el acto recurrido fue notificado el día 11 de diciembre de 2003, tal y como consta acreditado fehacientemente en el expediente. En consecuencia, el plazo para la interposición del recurso se comenzó a computar el día 12 de diciembre de 2003, por tratarse del día siguiente a aquel en el que tuvo lugar la notificación, finalizando el día 11 de enero de 2004, tratándose de un día hábil, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 48 de la LRJPAC.

Resultando que el citado escrito de interposición se presentó en el Registro de esta Comisión en fecha 12 de enero de 2004, es manifiesto que el recurso se interpuso fuera del plazo legalmente establecido.

En virtud de todos los motivos expuestos, ha de concluirse la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por TESAU contra el Acuerdo adoptado por esta Comisión, de fecha 4 de diciembre de 2003, por el que se acuerda la realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU por presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por la que se insta a la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de la citada entidad, acumulando dichas actuaciones a las ya acordadas respecto del posible incumplimiento de la mencionada Resolución, en el marco del expediente RO 2003/1737.

No obstante, interesa al objeto de la presente Resolución contestar a las cuestiones planteadas por la recurrente en el siguiente apartado con el fin de dar una cumplida respuesta a las mismas.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la alegación de que la Resolución recurrida carece de motivación alguna que justifique la realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España por presunto incumplimiento del resuelve primero de la Resolución de 29 de abril



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2002, por la que se insta a la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

TESAU afirma que carece de sentido la realización por parte de esta Comisión de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador. Al respecto alega la citada entidad que *“para el inicio de un procedimiento sancionador es necesario que concurran unos indicios y elementos necesarios tales como la razonabilidad de la finalidad perseguida, las circunstancias concurrentes que justifiquen un procedimiento sancionador, la apariencia de buen derecho y la necesidad del mismo. Estos elementos, a entender de mi representada, no se cumplen en este caso y esa CMT no ha entrado a hacer una valoración de su concurrencia en la resolución recurrida”*

En primer lugar, cabe señalar a la recurrente que esta Comisión coincide con ella en afirmar que el inicio de un procedimiento sancionador ha de realizarse sobre la base de indicios suficientes que justifiquen su apertura. Cuestión distinta es la conclusión alcanzada por TESAU a partir de dicho presupuesto, la cual a juicio de esta Comisión es radicalmente contraria al razonamiento expuesto. Esto es, *“que carece de sentido la realización por parte de esta Comisión de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionado”* ya que, en la resolución recurrida, no se ha entrado a hacer una valoración de la concurrencia de los elementos necesarios para la apertura del procedimiento sancionador.

Frente a ello, reiterando los argumentos expuestos en el fundamento de derecho jurídico procedimental relativo a la inadmisión a trámite del presente recurso, se recuerda a la recurrente que las actuaciones previas a un procedimiento sancionador, constituyen un trámite anterior a la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo, cuyo objeto es, precisamente, la búsqueda de los elementos necesarios que justifiquen la apertura de dicho procedimiento sancionador.

El periodo de información previa es una facultad potestativa de la Administración que trata de evitar la precipitación a la hora de acordar un procedimiento sancionador que por falta de motivación no debió iniciarse, impidiendo así que se produzcan determinados perjuicios para los eventuales imputados.

Consecuentemente, es en dicho periodo, y no en la resolución recurrida, en contra de lo alegado por la recurrente, donde habrá que verificar si concurren o no los indicios suficientes, para la apertura del correspondiente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior no se puede aceptar la alegación de TESAU relativa a la existencia de falta de motivación que justifique la realización de actuaciones previas a la iniciación de un procedimiento sancionador contra la citada entidad.

Segundo.- Sobre la alegación relativa a que la acumulación de las actuaciones previas acordadas en la Resolución recurrida a aquellas actuaciones previas ya abiertas en esta Comisión con referencia RO 2003/1737, produce inseguridad jurídica.

Asimismo, en relación con la segunda alegación expuesta por TESAU, esta Comisión también se remite a lo ya expuesto en el fundamento jurídico procedimental tercero tanto en lo relativo a la justificación de dicha acumulación – íntima conexión entre ambas actuaciones previas-, como en lo relativo a la naturaleza garantista de la información previa, la cual, lejos de ser susceptible de producir inseguridad jurídica o indefensión a las partes, responde a una decisión de la Administración que, basada en la prudencia, investiga las circunstancias concurrentes en cada caso antes de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, en este caso, un procedimiento sancionador.

En virtud de todo lo anterior, no cabe admitir los argumentos de fondo esgrimidos por TESAU, en virtud de los cuales ha interpuesto recurso de reposición contra el Acuerdo del Consejo de esta Comisión por el que se aprueba la Resolución de fecha 4 de diciembre de 2003, sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido, confirmándose la legalidad del acto recurrido por encontrarse plenamente ajustado a derecho.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de diciembre de 2003, sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido.



COMISION 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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

LA VICEPRESIDENTA

EL SECRETARIO

Elisa Robles Fraga

Jaime Velázquez Vioque