



## 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 02/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de enero de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente **RO 2003/1737**, se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2003/1737 INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2002 POR LA QUE SE INSTA LA MODIFICACIÓN DE SU OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO PUBLICADA EN FECHA 20 DE ENERO DE 2001 Y DE LA RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2004 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO, ORDENÁNDOSE EL ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de septiembre de 2003 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en adelante, DTI) de 9 de septiembre del mismo año mediante el cual denunciaba el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) de la Resolución de 29 de julio de 2003 relativa a un conflicto de acceso al bucle, de la Resolución de 21 de noviembre de 2002 por la que se resolvió un conflicto de acceso al bucle y de la Resolución de 29 de abril de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002 por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001.

**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de noviembre de 2003 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de DTI denunciando el incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2003 relativa a un conflicto de acceso al bucle y de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001, solicitando su acumulación a las actuaciones iniciadas en virtud de su denuncia de 9 de septiembre de 2003.

**TERCERO.-** En virtud de las denuncias formuladas por DTI, una vez analizado el contenido de las mismas y el conjunto de resoluciones cuyo presunto incumplimiento se ponía en conocimiento de esta Comisión, al amparo 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), con fecha 28 de noviembre de 2003 se acordó la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

La apertura del período de información previa fue debidamente notificada a la entidad denunciada, poniendo en su conocimiento que habían tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dos escritos sucesivos de DTI mediante los cuales se puso en conocimiento de esta Comisión un presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002, en la que se establecen unas obligaciones para TELEFÓNICA con respecto a las bases de datos de información sobre el acceso al bucle (apartado segundo de la Resolución) y con respecto a la interfaz mediante sistema web vía Internet como soporte de los procedimientos administrativos contemplados en la OBA (apartado tercero de la Resolución), entre otras, y de la Resolución de 29 de julio de 2003, en cuya virtud (apartado segundo) se obligaba a TELEFÓNICA a proporcionar a DTI2, a la mayor brevedad posible desde la fecha de notificación de dicha Resolución, acceso a los procedimientos de gestión de incidencias desde el sistema web especificado en la OBA (apartados 1.5.1 y 1.6).

Asimismo, se notificó a la entidad denunciante la apertura de las citadas actuaciones previas.

**CUARTO.-** Mediante Resolución de 4 de diciembre de 2003, recaída en el expediente de referencia DT 2003/1534, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puso fin al conflicto de acceso al bucle de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abonado suscitado entre Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, UNI2) y TELEFÓNICA acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido, acordando lo siguiente, según consta en la citada Resolución:

**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.

La citada acumulación de actuaciones previas fue notificada a TELEFÓNICA mediante escrito de fecha 12 de enero de 2004.

Asimismo, se incorporó a las actuaciones previas copia de un escrito de alegaciones de UNI2 de fecha 27 de noviembre de 2003, obrante en el citado expediente DT 2003/1534, para su consideración.

**QUINTO.-** Con fecha 16 de diciembre de 2003 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA respecto de los hechos denunciados, alegando la falta de justificación de la apertura de un procedimiento sancionador por falta de acreditación de tales hechos, que el día 28 de octubre de 2003 se había enviado a DTI por correo electrónico las palabras de paso y los códigos de usuario, que para la contratación de todos los servicios contemplados en la OBA los operadores pueden utilizar el interfaz conocido como SGO y que, dependiendo del cliente mayorista, existen diferentes unidades comerciales –una para operadores con Licencia Individual y otra para PSI’s-.

El escrito de alegaciones de TELEFÓNICA fue trasladado a DTI en el marco de las actuaciones previas seguidas, con el fin de que, a su vez, efectuase las alegaciones que tuviese por oportunas.

**SEXTO.-** Con fecha 27 de enero de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de DTI, mediante el cual se venía a contestar al escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de fecha 16 de diciembre de 2003.

En dicho escrito DTI reiteró el contenido de sus denuncias, considerando incumplida la Resolución de 29 de julio de 2003 por cuanto la primera incidencia que se pudo notificar utilizando el sistema fue el 9 de noviembre de 2003.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SÉPTIMO.-** Mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 28 de enero de 2004, TELEFÓNICA presentó alegaciones respecto de la realización de las actuaciones previas acordadas en el marco de la Resolución de 4 de diciembre de 2003, acerca de las condiciones de prestación del servicio de tendido de cable interno para acceso compartido. TELEFÓNICA sostiene que *«únicamente procede a trasladar [la OBA] a su página web a fin de que sea conocida por el resto de operadores»*.

Asimismo, alega falta de tipicidad en la actuación de TELEFÓNICA respecto de la prestación del servicio de tendido de cable interno en acceso compartido, de modo que sólo cabría aplicar el conjunto de penalizaciones establecido en la propia OBA.

**OCTAVO.-** Mediante escrito de fecha 21 de enero de 2004, esta Comisión notificó a DTI la incorporación de su escrito de fecha 18 de diciembre de 2003, presentado en el marco del procedimiento MTZ 2003/1000 de modificación de la OBA de TELEFÓNICA, para su consideración en las actuaciones previas respecto de la supuesta discriminación en el procedimiento de escalado de incidencias y procedimientos y sistemas de gestión.

**NOVENO.-** Mediante escrito de fecha 30 de enero de 2004, esta Comisión dio traslado a UNI2 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de 28 de enero del mismo año, con el fin de que, a su vez, manifestase las alegaciones que considerase oportuno.

**DÉCIMO.-** Mediante sendos escritos de fecha 9 de junio de 2004, esta Comisión remitió un cuestionario a UNI2, Colt Telecom, S.A., Red eléctrica Telecomunicaciones, S.A., Grupalia Internet, S.A. y Tiscali España, S.A., con el fin de recabar datos sobre la disponibilidad en el sistema web al que se refiere el tercer apartado de la Resolución de 29 de abril de 2002 de todas las funcionalidades definidas en la OBA, cumplimiento de los requisitos de los procedimientos del sistema web, disposición de los diferentes niveles de escalado de incidencias y su implementación en el sistema web, así como disponibilidad y cumplimiento de especificaciones de las cuatro bases de datos a las que se refiere el apartado segundo de la citada Resolución, especificadas en el apartado 4.2 "servicios de Provisión de información de repartidores, cables y pares" de la OBA de TELEFÓNICA.

Los citados cuestionarios fueron cumplimentados y remitidos a esta Comisión en las fechas que constan en los respectivos escritos. Asimismo, Comunitel Global, S.A. remitió a esta Comisión el citado cuestionario mediante escrito recibido en el Registro en fecha 12 de julio de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**DECIMOPRIMERO.-** Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se llegó a la conclusión de que existían elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA, por haber, presuntamente, incumplido la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de su oferta de acceso al bucle de abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001 y de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado.

**DECIMOSEGUNDO.-** Una vez determinada con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificaban el inicio del correspondiente procedimiento sancionador, se redactó la propuesta de acuerdo de apertura.

Trasladada dicha propuesta al órgano competente para acordar el citado inicio de procedimiento, con fecha 14 de octubre de 2004 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada en fecha 20 de enero de 2001 y de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. En dicha Resolución, el Consejo nombró instructor del referido procedimiento sancionador a D. Ángel Jiménez Anguita.

El acuerdo de iniciación fue notificado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. el día 21 de octubre de 2004, según consta debidamente acreditado.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U..

En el citado escrito, la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. realizaba las alegaciones que a continuación se extractan:

- Que en el expediente sancionador de referencia se imputa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. el incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002, que modifica la de 20 de enero de 2001, y de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). Sin embargo, en ningún momento se concretan los extremos de la OBA presuntamente incumplidos, lo cual produce, a la vista de la extensión de las Resoluciones presuntamente incumplidas, una



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indefensión a la entidad expedientada que vulnera lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

- Que, sin perjuicio de lo anterior, no se ha producido ningún incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado. Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no sólo no ha obstaculizado el desarrollo del alquiler del bucle, sino que éste ha experimentado un crecimiento sostenido frente al acceso indirecto.
- Que si bien pueden existir incidencias que hayan hecho deducir a la CMT que los procedimientos contenidos en la OBA no funcionen estrictamente las 24 horas del día. Sin embargo, en cualquier caso, los objetivos perseguidos en la OBA se han cumplido, ya sea por el procedimiento establecido o por otro complementario instaurado por mi representada en algunos casos puntuales y comunicado convenientemente a los operadores.
- Que no puede considerarse incumplimiento de las Resoluciones de la OBA, el hecho de que, en algunos casos, hayan existido incidencias aisladas y puntuales en el acceso a las bases de datos, pero atendidas diligentemente por TELEFÓNICA mediante procedimientos que han conducido al objetivo perseguido por la OBA.
- Que no puede considerarse incumplimiento de las Resoluciones de la OBA, el hecho de que hayan surgido incidencias aisladas, lógicas de cualquier proceso o incluso motivadas por la falta de experiencia de los operadores en la utilización de las herramientas.
- Que para que existiera un incumplimiento imputable a TELEFÓNICA, sería necesario que existiera y pudiera probarse que se ha incumplido de manera sistemática y habitual con lo preceptuado en la OBA, respecto al SGO, acceso a las bases de datos, etc.
- Que, en definitiva, en ningún momento TELEFÓNICA ha incumplido ni frontal, ni estrictamente, las Resoluciones de la CMT de la OBA, por lo que no se puede calificar de incumplimiento y aplicar directamente un tipo abierto como es el artículo 53 r) de la LGTel.
- Que en la actuación de TELEFÓNICA no concurre el requisito de culpabilidad. No existe el elemento subjetivo de culpa requerido para la imposición de sanciones administrativas, ya que TELEFÓNICA ha actuado siempre con plena y fundada creencia excluyente de toda responsabilidad y





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no ha dejado de cumplir las obligaciones que le son exigibles en cuanto al cumplimiento de lo preceptuado en la OBA.

- Que para la consecución de los objetivos de la OBA, tales como acceso a las bases de datos, altas, bajas y modificaciones, etc., TELEFÓNICA ha facilitado a los operadores distintas herramientas que han sido comunicadas debidamente. En este sentido, la representación de TELEFÓNICA aporta una serie de comunicaciones de procedimientos agrupados en tres anexos al escrito principal.
- Que los cuestionarios que la CMT ha remitido a los operadores no puede ser tomado como referencia para imputar infracción alguna a TELEFÓNICA, ya que existen muchas contradicciones entre las respuestas recibidas.

En conclusión, señala TELEFÓNICA que no concurren los elementos necesarios para que prospere una sanción. No existe incumplimiento, puesto que están operativos los servicios contemplados en la OBA, así como los procedimientos encaminados a prestar o facilitar dichos servicios. Además, no existe culpabilidad, ni intencionalidad por parte de TELEFÓNICA en los hechos imputados, por lo que no resulta justo que se pueda sancionar a dicha entidad.

Solicita finalmente TELEFÓNICA que se acuerde dictar resolución por la que se declare la inexistencia de infracción y se le absuelva de todos los cargos, procediendo al archivo del expediente sancionador.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 14 de julio de 2005, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 137.4 de la LRJPAC y del artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), el instructor del procedimiento acordó la apertura de un periodo de prueba. El acuerdo de apertura fijó un plazo común para la práctica de las pruebas previstas de 30 días.

En el acuerdo de apertura se estimó pertinente la práctica de los siguientes medios de prueba:

### Prueba documental.

Consistente en que los Servicios de Inspección de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comprueben la disponibilidad y funcionalidad del Sistema de Gestión de Operadores, así como la disponibilidad y funcionalidad de las bases de datos establecidas de conformidad con la vigente Oferta de Acceso al Bucle de abonado de TELEFÓNICA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El citado acuerdo de apertura de un periodo de prueba fue notificado al interesado con fecha 19 de julio de 2005, mediante escrito fechado el 14 de julio del mismo año según consta debidamente acreditado en el procedimiento.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante escrito fechado el 14 de julio de 2005, el instructor del procedimiento solicitó al Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que ordenara a los Servicios de Inspección del organismo la práctica de las inspecciones pertinentes para la verificación de la disponibilidad y funcionalidad del Sistema de Gestión de Operadores, así como de la disponibilidad y funcionalidad de las bases de datos establecidas de conformidad con la vigente Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España.

La citada solicitud fue notificada al interesado con fecha 19 de julio de 2005, mediante escrito fechado el 14 de julio del mismo año según consta debidamente acreditado en el procedimiento.

**DECIMOSEXTO.-** Mediante escrito de fecha 15 de julio de 2005, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones libró Orden de inspección, designando inspector para que, en el marco del Expediente RO 2003/1737 procediera a practicar las inspecciones relacionadas en el Anexo a la citada Orden. Las citadas inspecciones tuvieron lugar en los días 19, 20 y 21 de julio de 2005, con el resultado que obra en las respectivas actas incorporadas al expediente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### **Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para resolver sobre el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la Ley 32/2003 en relación con lo dispuesto en los artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). De conformidad con el citado artículo 58, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora y cuantos actos hubieran de dictarse en relación con dicha competencia, en los supuestos de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, en los de infracciones graves tipificadas en el





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en los del párrafo q) del artículo 54.

### **Segundo.- Sobre la caducidad del procedimiento sancionador de referencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 *in fine* de la Ley 32/2003, «*el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes*».

Toda vez que el procedimiento de referencia fue iniciado el día 14 de octubre de 2004 y que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver sin que haya sido dictada Resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LRJPAC. El citado artículo establece lo siguiente:

*«En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:*

*(...)*

*2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92».*

En este mismo sentido, aunque en relación a la anterior redacción de la LRJPAC y, por tanto, debiendo ser interpretado a la vista de la redacción vigente de la Ley, el artículo 20.6, 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 que establece:

*«Si no hubiese recaído resolución transcurrido seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículo 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992,*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común.*

*Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido el archivo de las actuaciones».*

En definitiva, de conformidad con la normativa aplicable y, no habiendo sido dictada la Resolución por la que se debía haber puesto fin al procedimiento sancionador de referencia, procede declararlo caducado y ordenar el archivo de sus actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 de la LRJPAC.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**Único.-** Declarar caducado el procedimiento sancionador RO 2003/1737 al no haberse dictado resolución en el plazo legalmente establecido, ordenando asimismo el archivo de las actuaciones practicadas, con los efectos previstos en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera