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

**CERTIFICA**

Que en la Sesión número 41/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de diciembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

**ACUERDO**

Por el cual se aprueba la

# Resolución del procedimiento sancionador RO 2009/644 incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por el presunto incumplimiento del Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008 relativa a la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica de España, S.A.U.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2009/644, incoado a Telefónica de España, S.A.U., por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de abril de 2009 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. 41/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

## I ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de marzo de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica de España, S.A.U. (expediente MTZ 2006/1019), la cual señalaba en su resuelve segundo:

> *"(…)*
>
> *La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las conexiones sin acceso telefónico, que deberán ofrecerse en el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.*
>
> *Asimismo, los procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro 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 dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas.*

*(…)".*

**SEGUNDO.-** Con fecha 7 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Vodafone), por el que esta entidad denuncia el incumplimiento por parte de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) de los plazos descritos en la Resolución de fecha 27 de marzo de 2008 para el nuevo servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico, iniciándose el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión (DT 2008/1184).

**TERCERO.-** Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 2 de abril de 2009 se resolvió dicho procedimiento acordándose iniciar la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa consistente en el incumplimiento del Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008 adoptada por esta Comisión (Documento 1).

En el Resuelve del mencionado Acuerdo se estableció lo siguiente:

*"(…)*

***Cuarto.-** Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) adoptada por esta Comisión. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado III, punto segundo de la presente resolución.*

*El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que corresponden y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, y todo ello con las garantías previstas, y en los plazos a que se refiere el artículo 58, en la Ley precitada y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador.*

*(…)".*

El acuerdo de iniciación fue notificado a Telefónica con salida del Registro de esta Comisión el 6 de abril de 2009 (Documento 2).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación de fecha 2 de abril de 2009 fue comunicado a la instructora (Documento 3), con traslado de las actuaciones existentes al respecto (Documento 4).

**CUARTO.-** Con fecha 27 de abril de 2009 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el cual solicitaba se le tuviera por interesado en el procedimiento sancionador RO 2009/644 dándole traslado de toda la documentación no confidencial relativa al procedimiento en curso, con el objeto de presentar las alegaciones que estimara oportunas (Documento 5).

**QUINTO.-** Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2009, la instructora del procedimiento comunicó a Vodafone que la resolución que se dictara en el procedimiento sancionador en curso no era susceptible de afectar ni a los derechos ni a los interese legítimos de Vodafone, afectando únicamente por medio de la imposición de la sanción, en su caso, a los derechos e intereses de Telefónica (Documento 6).

**SEXTO.-** Con fecha 7 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el cual solicitaba la ampliación de plazo inicialmente concedido para presentar las alegaciones correspondientes a la incoación del procedimiento sancionador (Documento 7).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 12 de mayo de 2009, la instructora del presente procedimiento sancionador notificó a la interesada el acuerdo de ampliación de plazo inicialmente concedido para evacuar el trámite de alegaciones, por un período máximo de quince días, venciendo el mismo el 25 de mayo de 2009 (Documento 8).

**OCTAVO.-** En fecha 18 de mayo de 2009, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante legal de Telefónica (Documento 9), respecto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador previamente notificado. En el citado escrito, Telefónica vino realizar alegaciones respecto a los siguientes aspectos:

- Sobre la obligación de imposible cumplimiento impuesta a Telefónica.
- Sobre la solución de contingencia ofrecida por Telefónica.
- Sobre el cambio de criterio de la CMT respecto del informe de los servicios sometido a audiencia.
- Sobre el impacto en el mercado y la ausencia de perjuicios al resto de operadores.
- Sobre la solución completamente automatizada.

Asimismo, en el escrito de alegaciones de referencia el representante de Telefónica solicitó el recibimiento a prueba del presente procedimiento sancionador y la declaración de confidencialidad de determinada información recogida en el escrito de alegaciones.

**NOVENO.-** Mediante escrito de la instructora del presente procedimiento de fecha 26 de junio de 2009, se procedió a declarar la confidencialidad de parte de los datos solicitados por Telefónica en su escrito de alegaciones de 18 de mayo de 2009 (Documento 10).

**DÉCIMO.-** Mediante escrito de la instructora de fecha 21 de agosto de 2009, se incorporó al presente procedimiento sancionador el Acta de Inspección realizada en las oficinas de Vodafone España, S.A.U., en cumplimiento de la Orden de Inspección de fecha 30 de abril de 2009 (Documentos 11 y 12).

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito de la instructora de fecha 24 de agosto de 2009 se informó a Telefónica de la incorporación al presente procedimiento sancionador de una serie de actuaciones llevadas a cabo en el seno de otros expedientes tramitados por esta Comisión (Documento 13).

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 5 de octubre de 2009, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución en la que propuso (Documento 14 del expediente):

> ***"PRIMERO.*** *Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de esta Comisión, de 27 de marzo de 2008, sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica de España, S.A.U.*
>
> ***SEGUNDO.*** *Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, una sanción económica por importe de DIEZ MILLONES de EUROS (15.000.000 €)."*

**DECIMOTERCERO.-** La Propuesta de Resolución fue notificada a Telefónica el día 5 de octubre de 2009, mediante escrito de la instructora del mismo día (Documento 15 del expediente).

**DECIMOCUARTO.-** Mediante escrito de la instructora del procedimiento, de fecha 8 de octubre de 2009, se notificó a Telefónica la rectificación y corrección de la sanción propuesta ya que "*revisada por la instructora la propuesta de referencia, se ha observado que en la misma (página 31 de la propuesta) se determina el importe de la sanción de forma transcrita por una cantidad de "diez millones de euros" y de forma numérica "15.000.000 €""*, determinándose la cantidad de 15.000.000 €, de conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la LRJPAC (Documento 16 del expediente).

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 15 de octubre de 2009 el Consejo de esta Comisión aprobó Resolución por la cual se imponía a Telefónica una multa coercitiva en el marco del procecimiento de ejecución forzosa de la Resolución de 2 de abril de 2009 relativa a los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (RO 2009/1235).

**DECIMOSEXTO.-** En fecha 10 de noviembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica frente a la Propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento 17 del expediente).

# II HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento, el siguiente **HECHO:**

**ÚNICO: Que Telefónica de España, S.A.U ha incumplido el plazo establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008.**

Según consta en las actuaciones realizadas durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, ha existido un incumplimiento de la obligación impuesta a Telefónica en el Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008, al superar el plazo establecido en el mismo y, en concreto, el otorgado para la definición de los servicios de acceso indirecto sin servicio telefónico y sus procedimientos administrativos de aplicación.

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones probatorias realizadas por el personal inspector designado por esta

Comisión posteriormente.

Por lo que aquí interesa, mediante la aprobación de la Resolución de 27 de marzo de 2008, esta Comisión decidió exigir que Telefónica ofreciera un servicio de acceso indirecto de forma independiente al acceso telefónico fijo.

Es decir, la vinculación hasta ahora existente constituía un requisito puramente comercial sin fundamento técnico alguno, pudiendo llegar a suponer incluso una discriminación entre los usuarios que se encuentran dados de alta con un tercero a partir de los diferentes servicios mayoristas regulados.

Esta misma decisión ya fue tomada con anterioridad por esta Comisión respecto de la vinculación entre el servicio telefónico básico y el servicio mayorista de acceso directo (acceso desagregado al bucle), con la modificación de la OBA de 14 de septiembre de 2006.

Con la introducción de este nuevo servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, y gracias al desarrollo tecnológico, se puede ofrecer un servicio completo de acceso telefónico y acceso a Internet de banda ancha utilizando únicamente una conexión ADSL, facilitando asimismo el proceso de convergencia de servicios basados en el sustrato tecnológico común IP.

Pues bien, tal y como recoge la Resolución de 27 de marzo de 2008, en la Oferta de Referencia de acceso indirecto de Telefónica se deberían incluir los procedimientos necesarios para que:

a) pudiera contratarse una conexión de acceso indirecto sin conexión a la red telefónica, y

b) pudiera darse de baja el servicio telefónico sin interrupción de la conexión de banda ancha.

Asimismo, debería incluirse la posibilidad de portabilidad del número con el operador de acceso indirecto como receptor.

El plazo dispuesto para llevar a cabo estas nuevas necesidades impuestas por esta Comisión se detalla en el Resuelve Segundo de la propia Resolución, tal y como se recoge a continuación:

> *"**Segundo.-** (…)*
>
> *La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las conexiones sin acceso telefónico, que deberán ofrecerse en **el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.***
>
> *Asimismo, los **procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro 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 dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas."*

Es decir, la definición del nuevo servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico sería de aplicación una vez transcurrido el plazo de cuatro meses desde la aprobación de la citada Resolución.

Asimismo, los procedimientos administrativos de dicho servicio deberían estar implementados en el SGO a los cuatro meses de la fecha de aprobación de la misma Resolución, debiendo comunicar Telefónica, con al menos dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, un periodo de un mes de pruebas conjuntas.

Pues bien, teniendo en cuenta que la aprobación de la Resolución que imponía tales obligaciones fue aprobada por el Consejo de esta Comisión con fecha 27 de marzo de 2008, el plazo de cuatro meses para que Telefónica llevara a cabo la implementación de las obligaciones impuestas **vencería el día 27 de julio de 2008**, mientras que con fecha 27 de mayo del mismo año Telefónica debería haber comunicado los cambios en el SGO a los operadores alternativos para la realización de pruebas previas a la disponibilidad del servicio.

De las actuaciones incorporadas al presente procedimiento sancionador, así como del Acta de inspección realizada por los servicios de esta Comisión de 7 de julio de 2009, se desprende que el plazo concedido a Telefónica para implantar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (27 de julio de 2008) ha sido incumplido por dicho operador.

En concreto, tal y como acredita la documentación incorporada al expediente, se determina que:

- Con fecha 7 de julio de 2008, se requirió mediante escrito del Presidente de esta Comisión a Telefónica que remitiera información acerca de las fechas en las que se había dado cumplimiento al Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008.

  Telefónica, en su escrito de contestación al requerimiento de información de fecha 24 de julio de 2008, manifiesta que, debido al imposible cumplimiento del plazo impuesto, ha recurrido ante la Audiencia Nacional (en adelante, AN) el Resuelve Segundo de la Resolución en cuestión.

  En el mismo escrito reconoce que *"ésta es una solución muy compleja que estará disponible en unas fechas posteriores a las impuestas por la CMT. Por todo ello Telefónica plantea una solución de contingencia (…)"*

  Determina que *"el próximo 28 de julio de 2008 haremos la comunicación a los operadores sobre la solución de contingencia* [que no la solución automatizada requerida]*, estaremos siempre a su disposición para cualquier duda que pueda surgir".*

  Asimismo, señala que *"las pruebas de los procedimientos relativos a las conexiones sin acceso telefónico llevadas a cabo por los operadores alternativos se realizarán a partir del día 31 de agosto".*

  Por último, contesta que *"la disponibilidad de las conexiones sin acceso telefónico se producirá en torno a un mes después de la realización de las pruebas. El inicio del servicio estaría condicionado por el resultado de dichas pruebas".*

- Mediante escrito de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTES), de fecha 26 de agosto de 2008, se confirma por dicho operador el incumplimiento de las obligaciones previstas en el segundo Resuelve de la Resolución de 27 de marzo de 2008 de la siguiente manera: *"tampoco tiene constancia de comunicación alguna de Telefónica informando de los cambios en el SGO, ni de que el servicio naked indirecto haya estado, ni esté actualmente disponible".*

- Telefónica, en su escrito de contestación al Informe de Audiencia en el marco del expediente DT 2008/1184, de 12 de enero de 2009 (es decir, seis meses después de vencer el plazo concedido en la Resolución de 27 de marzo de 2008), todavía reconoce que *"se informará a los operadores acerca de la solución automatizada sobre SGO, y además Telefónica comunicará a los Operadores los correspondientes cambios con un mínimo de dos meses de antelación a la implementación definitiva periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas con los operadores (…)".*
- Telefónica en su escrito de 11 de mayo de 2009, remitido en el marco del expediente DT 2008/1184, determina que *"el servicio de Acceso Indirecto sin STB se encuentra automatizado en un 100% tras la última implantación de movimientos realizada el **8 de mayo**"*.
- Telefónica reconoce en su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento, de 18 de mayo de 2009, que *"desde la aprobación de la Resolución de 27 de marzo de 2008 ha realizado todas las actuaciones necesarias para lograr la implantación del servicio, si bien, ante la imposibilidad de llegar en plazo a la solución impuesta por CMT, se decidió (…) la prestación del servicio mediante una solución de contingencia"*. Del mismo modo, señala que *"en el supuesto que nos ocupa, se dan los requisitos señalados como excepcionales por la CMT para admitir la solución de contingencia implantada por Telefónica como una solución válida y que pueda ser considerada como un "**remedio temporal del incumplimiento de la resolución**"*.

Posteriormente, con fecha **7 de julio de 2009, se levantó Acta de inspección** en cumplimiento de la Orden de Inspección dictada por el Secretario de esta Comisión de 30 de abril de 2009, con el objeto de supervisar la disponibilidad y correcto funcionamiento de la solución automatizada operativa del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de Telefónica, que permite proveer el servicio final al cliente según lo dispuesto en la OBA.

Dicha Oferta, en su apartado 1.5 relativo a los procedimientos de provisión de servicios establece que las solicitudes se podrán realizar por dos vías, en concreto: (i) mediante un formulario específico al tipo de proceso que se desea iniciar, en este caso, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico o, (ii) mediante una interfaz adicional para realizar el envío masivo de solicitudes, basada en una interfaz Web, a través de correo electrónico que acepte los ficheros adjuntos.

Para llevar a cabo la comprobación de la correcta provisión y gestión de las diferentes tipologías de solicitudes en el SGO, durante la inspección se verificó (i) tanto la información que Telefónica facilita a través de los servicios de información de la OBA como (ii) la gestión de las solicitudes de servicios.

- *En relación con la posibilidad de realizar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico por los medios exigidos:*

En primer lugar, tal y como indica el Acta, se constata que, para las solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, no está operativa la posibilidad de usar la interfaz Web interactiva del SGO que se debe cumplimentar de forma manual a través del oportuno formulario (la primera de las opciones que ofrece la OBA para cursar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, tal y como se ha señalado con anterioridad), y ello por no incluirse en el mismo todos los campos de datos necesarios para cursar una solicitud de alta de forma válida.

Por otro lado, Telefónica ofrece dos posibilidades para tramitar las solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico:

(i) la segunda de las opciones que recoge la propia OBA consistente en el envío de solicitudes de servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma telemática. En concreto, dicha opción consiste en el envío de archivos de texto, previamente cifrados, al buzón de correo que establece Telefónica a estos efectos. Dichos mensajes son descifrados a su llegada y tratados por los sistemas de Telefónica, incorporando su información al SGO para su tratamiento como el resto de solicitudes.

(ii) la posibilidad del envío manual de un archivo de texto de formato preestablecido, mediante acceso a una utilidad interactiva de subida de archivos incorporada en el mismo sitio web del SGO.

- *En relación con la gestión y evolución de las solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico:*

En segundo lugar, una vez analizadas en el desarrollo de la Inspección las opciones que ofrece Telefónica respecto de la posibilidad de introducir solicitudes del servicio de acceso indirecto conforme a la OBA de forma correcta, durante la Inspección se analizaron los resultados obtenidos respecto de la gestión de dichas solicitudes hasta su proceso final de entrega.

En concreto, se verificaron un total de 27 solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, obteniéndose una serie de irregularidades. En el presente cuadro se muestran el número de veces que se han encontrado el tipo de irregularidades descritas en el total de solicitudes estudiadas.

| **Descripción de la circunstancia observada** | | **Número de incidencias en que se produce** |
|---|---|---|
| Rechazos improcedentes de la solicitud | Bucle no compatible | 3 |
| | Error en dirección, finca inexistente | 2 |
| | Movimiento no contemplado (encapsulado) | 1 |
| Deficiencias en la mensajería de SGO | Demora en la presentación de los mensajes (ACE1) | 15 |
| | Mensajes no cifrados que no pueden presentarse en SGO (POR1) | 5 |
| | Mensajes no cifrados que no pueden presentarse en SGO (ACE0) | 5 |
| Imposibilidad de cancelar solicitudes en tramitación | Los mensajes de cancelación se rechazan por parte de Telefónica con el siguiente mensaje: *error al ejecutar la operación* | 1 |
| Imposibilidad de ejecutar determinados tipos de solicitud | Movimiento postventa: Cambio de encapsulado | 1 |
| | Movimiento postventa: Cambio de variante | 1 |
| | Movimiento postventa: Prolongación de cableado | 1 |
| | Movimiento postventa: Cambio de tipo de facturación | 1 |
| | Movimiento postventa: Cambio tecnología de instalación | 1 |
| | Movimiento postventa: Cambio alta, baja o cambio de mantenimiento | 1 |

| | | |
|---|---|---|
| | Solicitud de cambio de AI desnudo a desagregado | 1 |
| Procesos de portabilidad fallidos | Se procede a dar de baja una línea y en dos casos se inició el proceso de portabilidad antes de haber recibido POR1 (esto sería correcto por parte de Telefónica, si no fuese por una deficiencia en SGO, que no entrega estos mensajes cifrados) | 3 |

Tal y como se desprende del cuadro, respecto de las solicitudes analizadas se ha podido constatar la existencia de (i) rechazos injustificados de las solicitudes por problemas en la dirección del domicilio de usuario, bucles no compatibles, supuestas órdenes en vuelo sobre el mismo par, etc.; (ii) deficiencias en la mensajería de SGO, al no aparecer algunos de los mensajes de las interacciones de rechazo, aceptación o tramitación que deberían haber sido enviados; (iii) imposibilidad de cancelar solicitudes en tramitación en los plazos establecidos; (iv) imposibilidad de ejecutar solicitudes de movimientos previstos en la OBA y (v) procesos de portabilidad fallidos que han tenido que ser reiterados para que se culminaran con éxito.

# 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

**SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.**

El presente procedimiento sancionador se inició ante 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 previo sometimiento voluntario de las partes.

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (apartado 9 relativo a *"Indicios de hechos sancionables"*), el expediente se inició contra Telefónica por existir *"signos de incumplimiento por parte de Telefónica por superar los plazos establecidos en el Resuelve Segundo de la Resolución MTZ 2006/1019 (27 de julio de 2008), que vienen imposibilitando la contratación del servicio indirecto sin STB al resto de operadores, los cuales habrían sido superados en más de nueves meses (suponiendo que la plena disponibilidad operativa para los operadores se alcanzase antes de mayo de 2009)".*

El Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008 señalaba que:

> *"La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las* ***conexiones sin acceso telefónico****, que*

*deberán ofrecerse en* ***el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.***

*Asimismo, los* ***procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro 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 dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas."*

Tal y como se acredita por la información incorporada al presente procedimiento (escritos de Telefónica de 24 de julio de 2008, 12 de enero de 2009 y 18 de mayo de 2009) y de FTES, de 26 de agosto de 2008, **Telefónica no ha dado cumplimiento al plazo impuesto en la Resolución de 27 de marzo de 2008**.

Por otro lado, tal y como se desprende del Acta de inspección realizada en las oficinas de Vodafone, en cumplimiento de la Orden de Inspección de fecha 30 de abril de 2009 y finalizada el 7 de julio de 2009, Telefónica en dicha fecha estaba ofreciendo la posibilidad de enviar solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico por la vía adicional que recoge la OBA, en concreto, la del envío de archivos de texto cifrados al buzón de correo electrónico, así como por el envío manual de archivos de texto, **quedando pendiente, sin embargo, la implementación de la opción que recoge inicialmente la OBA, en concreto, la posibilidad de realizar solicitudes mediante la cumplimentación del formulario específico** del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico por parte del operador alternativo.

Por otro lado, la citada Acta de Inspección recoge la casuística de 27 solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, de las cuales se obtuvieron una serie de **irregularidades** que contribuyeron a que el proceso de gestión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico **no resultase ser plenamente operativo para un operador que pretenda ofrecer este servicio en el mercado.**

Es decir, la solución que ofrece Telefónica del servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico, **a julio de 2009, fecha del levanatamiento del Acta, estaba mermada de todas las funcionalidades requeridas para este tipo de servicio**, encontrándose un operador alternativo con dificultades para gestionar sus solicitudes con la solución actual que se ofrece en el SGO.

Resulta evidente que la falta de disponibilidad de un mecanismo eficiente y completo de provisión del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico conlleva una serie de inconvenientes a los operadores alternativos, al no disponer éstos de una herramienta real y operativa que les permita ofrecer sus servicios en tiempo a los usuarios finales que así lo soliciten.

Por lo tanto, tal y como se desprende de la información aportada por la propia Telefónica, así como de los resultados obtenidos en la inspección realizada con posterioridad, queda probado que Telefónica ha incumplido el plazo que le fue otorgado en la Resolución de 27 de marzo de 2008 para la correcta implementación del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Dicho lo anterior, el Hecho Probado de que Telefónica ha incumplido el plazo determinado por esta Comisión para implementar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, supone la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la Resolución de 27 de marzo de 2008 y tificacada en el artículo 53.r) de la LGTel susceptible de ser sancionada.

# 1 Contestación a las alegaciones formuladas por Telefónica en sus escritos de fecha 18 de mayo y 6 de noviembre de 2009.

## a) Sobre la ausencia de tipicidad en la actuación de Telefónica.

Manifiesta Telefónica en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución elaborada por la instructora del presente procedimiento que, en el ámbito de las infracciones consistentes en incumplir una resolución del regulador, para que concurra el requisito de tipicidad, resulta esencial que exista una clara, persistente y contumaz voluntad obstativa al cumplimiento de la obligación impuesta por la CMT, tal y como establece la Sentencia de la AN de 13 de diciembre de 2004.

Al respecto señalar que, en contra de lo manifestado por Telefónica, la Sentencia por ella referida en su escrito de alegaciones, nada tiene que ver con el principio de tipicidad en el marco de los procedimientos sancionadores administrativos. Tenemos que irnos a otras Sentencias de la misma Sala, pero de otras fechas, tales como la Sentencia de 16 de diciembre de 2003 (JUR/2004/132052), 29 de junio de 2004 (JUR/2005/213423) y 17 de junio de 2005 (RJCA/2005/1055), para llegar a la conclusión de que *"una actitud clara, persistente, contumaz y obstativa del cumplimiento de una obligación"*, no son requisitos necesarios para entender que se cumple con la tipicidad de un ilícito administrativo, tal y como pretende hacer creer la inculpada, sino con los requisitos de la circunstancia agravante de intencionalidad. Es decir, cuando la conducta sancionable tiene un plus de malicia en su actuación de forma clara, persistente y contumaz, cabría determinar una circunstancia de intencionalidad que determinara la sanción en su cuantía.

Sin embargo, en la Propuesta de resolución elaborada por la instructora, nada se dice referente a la existencia de una circunstancia agravante de intencionalidad, ni de una actitud calificada de la manera que lo expresa Telefónica. Lo que únicamente se determina es la concurrencia de tipicidad, esto es, la subsunción de la conducta de Telefónica en el tipo de infracción del artículo 53 r) de la LGTel, al infringir dicho operador la Resolución de esta Comisión de 27 de marzo de 2008. Así, comprobado que el hecho concreto imputado a Telefónica se corresponde con el descrito en la norma, se cumple con el principio de tipicidad.

Tampoco entiende Telefónica, según se desprende de su escrito de alegaciones, que incurra la existencia de antijuricidad en su conducta.

Efectivamente, una vez se acredita la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley (la LGTel, en el presente caso), tal y como se ha señalado con anterioridad, debe existir un hecho antijurídico por el cual se sanciona.

Tal y como establece la Jurisprudencia, la antijuricidad constituye uno de los elementos esenciales del ilícito administrativo, requiriendo para su apreciación, en sentido material, que la acción del sujeto responsable transgreda una prescripción vinculante regulada en el Derecho Administrativo, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico que la norma administrativa quiere proteger para salvaguardar los intereses públicos afectados, y, en sentido formal, que la conducta se encuentre tipificada como infracción administrativa y no esté justificada por la concurrencia de algunas de las circunstancias que determinarían la inexigibilidad de responsabilidad.

Así, la antijuricidad de la conducta sancionada se aprecia en este supuesto en su sentido formal porque la acción de incumplimiento de la Resolución del Consejo de 27 de marzo de 2008 constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, y

también en sentido material, porque esta conducta lesiona intereses generales vinculados a la ordenación del mercado, causando un perjuicio concreto a los operadores competidores y a los usuarios finales, tal y como se detallará más adelante.

En conclusión, la conducta de Telefónica resulta ser típica y antijurídica en base a las exigencias aplicables a dichos principios.

**b) Sobre la obligación de imposible cumplimiento impuesta a Telefónica.**

Telefónica señala que ya había manifestado, a lo largo del expediente administrativo incoado para la revisión de la OIBA, la imposibilidad de cumplir con el escaso plazo de cuatro meses señalado en la Resolución, señalando que el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico tardaría en estar disponible doce meses desde la definición del servicio, como así ha sido.

Según Telefónica, el desarrollo de servicios y, más aún, de servicios de gran complejidad como el que es objeto del expediente, requiere de un proceso estructurado dentro de Telefónica que comprende distintos hitos y desarrollos técnicos, comerciales y de índole administrativa.

Para este operador, el plazo establecido por esta Comisión no ha tenido en consideración la imposibilidad de cumplimiento manifestada por Telefónica ni un análisis objetivo sobre el plazo necesario para implantar el servicio, incumpliendo con ello el artículo 11.5 de la LGTel el cual establece que *"las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias".*

De esta manera, según Telefónica, la imposición de esta obligación vulnera el principio de intervención mínima, al derivarse de la misma grandes cambios en los sistemas y procesos internos de Telefónica, modificaciones éstas no demandadas inicialmente por los operadores sino iniciadas a propuesta de la propia CMT. Esta situación implica un intervencionismo que aleja cualquier capacidad de negociación entre operadores, aspecto éste que no encuentra amparo legal en el ordenamiento jurídico.

Por último, Telefónica, en su escrito de 6 de noviembre de 2009, añade que, puesto que esta Comisión deseaba ver cumplida la obligación impuesta en un plazo imposible de cumplir, debe dejar de ser considerada como una obligación. Es decir, según Telefónica, nos encontramos en un caso de clara aplicación del principio *"ad imposibilia nemo tenetur"* que se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles.

**Respecto a la primera de las manifestaciones realizadas por Telefónica**, cabe señalar que esta Comisión no puede reconocer como válida la justificación aportada por ésta, y ello porque simplemente argumenta que previamente había avisado de que nos encontrábamos ante una obligación de imposible cumplimiento.

Bien es sabido por Telefónica que, en su calidad de operador con peso significativo en el mercado, y dada la obligación de poseer una Oferta de Referencia sobre la cual debe llevar a cabo adaptaciones y mejoras, Telefónica debe hacer sus mejores esfuerzos para que se haga efectiva la implantación de aquellos servicios que le puedan solicitar los operadores alternativos en el plazo que esta Comisión estime suficiente.

Respecto a la **segunda de las manifestaciones realizadas por Telefónica**, relativa a que nos encontramos ante unos servicios de gran complejidad y que requieren un proceso estructurado dentro de Telefónica que comprende distintos hitos y desarrollos técnicos, comerciales y de índole administrativa, cabe señalar que, a la hora de establecer una

planificación temporal para las adaptaciones a realizar sobre los sistemas que debían provisionar el nuevo servicio indirecto sin servicio telefónico, hay que considerar que, en realidad, se trataba de establecer interfaces adicionales en sistemas que, a fecha de la imposición de la obligación, se encontraban totalmente operativos, tal y como son los sistemas de contratación y provisión del acceso indirecto y los sistemas de portabilidad de números de abonado, por ser esencialmente los más afectados.

Efectivamente, tal y como señala Telefónica, era preciso conjugar la ejecución de diferentes tareas en sistemas parcial o totalmente independientes, estableciendo para ello los puntos de control apropiados y el intercambio necesario de mensajes entre los sistemas. Es decir, resultaba necesario mejorar los sistemas heredados, con el esfuerzo adicional que puede suponer evolucionarlos (lenguajes y herramientas de programación obsoletos, arquitecturas propietarias, etc.).

No obstante, la dificultad relativa que esto pueda plantear, dentro de un plan de sistemas razonable respecto de situaciones de obsolescencia, debería mantenerse dentro de unos márgenes tolerables, contando con una acción sistemática de renovación tecnológica planificada en el tiempo que Telefónica parece no haber previsto.

Por complejo que pueda parecer el servicio solicitado a Telefónica, no es en absoluto comparable a la puesta en marcha de un servicio nuevo sobre un sistema aún por desarrollar, razón por la cual esta Comisión estableció un plazo de cuatro meses para su implementación.

Aunque en ambos casos (servicio totalmente nuevo, por un lado, y servicio nuevo pero construido sobre elementos preexistentes, por el otro) se deberían llevar a cabo acciones evolutivas sobre otros sistemas relacionados, como el de atención al cliente, comercial, facturación, etc., como destaca Telefónica, parece evidente que los sistemas de provisión sufrirán de una menor afectación en el caso que nos ocupa (es decir, construcción de un nuevo servicio a partir de otros operativos) que en el de abordar el soporte de un servicio totalmente inédito. Por ello, el orden de magnitud de los trabajos a realizar será igualmente menor.

**En tercer lugar**, Telefónica alega la ausencia de un análisis objetivo por parte de esta Comisión sobre el plazo necesario para implantar el servicio, incumpliendo con ello, el artículo 11.5 de la LGTel el cual establece que *"las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias".*

Al respecto cabe señalar que esta Comisión efectivamente realizó, en contra de lo manifestado por Telefónica, un análisis objetivo para determinar el plazo de cuatro meses adoptado en el Acuerdo que se aprobó el 27 de marzo de 2008.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, se tuvieron en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes: (i) el tipo de servicio a implementar; (ii) la complejidad del mismo; (iii) el punto de partida del proyecto a realizar, siendo necesarias adaptaciones de servicios antiguos y no creación de nuevos; (iv) el desarrollo adoptado por Telefónica de "subsistemas" donde se pueden dedicar al proyecto varios equipos desarrolladores que trabajen en paralelo, y (v) los plazos establecidos con anterioridad para el desarrollo de otros servicios (AMLT, alta conjunta de AMLT con servicios de banda ancha) que se pusieron en marcha de forma razonable.

Sobre este último aspecto, Telefónica en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, afirma que no resultan comparables ambos servicios (AMLT y naked indirecto) pues la

implementación del AMLT requirió de un plazo superior de catorce meses y medio aproximadamente.

Al respecto, esta Comisión debe matizar que el plazo que se ha tenido en cuenta como razonable y comparable con el servicio naked indirecto no es el del servicio de AMLT, tal y como pretende hacer entender Telefónica, sino el plazo que estableció esta Comisión para el desarrollo del alta conjunta de AMLT con servicios de banda ancha, que resultó ser cinco meses, incluyendo uno de pruebas. Es este servicio que unifica el AMLT con el alta del servicio de banda ancha el que puede ser comparable, en cuanto a plazo estimado de consecución del servicio, con el servicio indirecto cuando se unifica con la baja del servicio telefónico básico.

A lo anterior hay que añadir, si cabe, tal y como esta Comisión ya manifestó en su Resolución de 2 de abril de 2009, que la falta de disponibilidad de un mecanismo eficiente de provisión del servicio indirecto sin servicio telefónico, en un plazo lo suficientemente razonable, redundaría en un indudable perjuicio a los operadores alternativos, y muy especialmente para los no coubicados en centrales que, al no disponer de esta herramienta comercial, no serían capaces de replicar las ofertas minoristas de Telefónica de voz y datos en banda ancha (ofertas del tipo Dúo) en condiciones equivalentes.

Lo anterior, claramente, supondría un menoscabo de la imagen comercial y la competitividad de los operadores alternativos, junto con posibles pérdidas de clientes, otorgándose una injusta ventaja competitiva a Telefónica respecto del resto.

En definitiva, la disponibilidad de un adecuado mecanismo de provisión del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico adquiriría un cierto carácter de urgencia, estimándose por esta Comisión que resultaba necesario apelar a la reconocida eficiencia de un operador como Telefónica para la pronta puesta en marcha del servicio, estimándose equilibrado el esfuerzo requerido a Telefónica, el bien común del resto de actores en el mercado y, en última instancia, el beneficio de los consumidores finales de este servicio.

**En cuarto lugar**, en contra de lo manifestado por Telefónica, no se está vulnerando por esta Comisión el principio de intervención mínima ni reduciendo la capacidad de negociación de los operadores, sino al contrario, el organismo regulador está actuando en base a las competencias que le otorga la normativa sectorial. En concreto, el artículo 11.4 establece que *"esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas,* ***o de oficio cuando esté justificado****, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios,* ***así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3****".*

Por otro lado, el artículo 7.3 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 (en adelante, Reglamento de Mercados) establece que la Comisión *"****podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones*** *a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación (…)".*

Con relación a la posible vulneración del principio de "intervención mínima", resulta necesario puntualizar, tal y como ha reconocido la AN respecto de la aplicación de dicho

principio en el marco de los conflictos entre operadores[1], que *"tal principio no tiene el alcance "mínimo" que la parte actora le atribuye. El legislador comunitario ha acudido a regular estas relaciones "inter privados" a criterios de razonabilidad, lo que conduce a entender que la intervención administrativa en estas materias no queda vinculada a grado alguno de intervención, mínima o máxima, y que esta se incardina en el principio de proporcionalidad, por lo que en lugar de una "intervención mínima" lo razonable e importante es que la intervención del organismo regulador sea "proporcionada".*

Así, respecto del servicio en cuestión, esta Comisión determinó, teniendo en cuenta los desarrollos que eran necesarios realizar a partir de los medios existentes, que el plazo de cuatro meses era más que suficiente para tener implantado dicho servicio, actuando de forma proporcionada y teniendo en cuenta las diferentes circunstancias.

En conclusión, esta Comisión se ha limitado a desarrollar las competencias que le han sido otorgadas, de forma proporcionada, sin que bajo la alegación de Telefónica se plantee más que la discrepancia del operador con la decisión y el acuerdo adoptado por esta Comisión en el ámbito de sus funciones propias.

**Por último**, en cuanto a lo manifestado por Telefónica de que nos encontramos en un caso de clara aplicación del principio *"ad imposibilia nemo tenetur"* concretado en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles, esta Comisión señala que en modo alguno resulta aplicable al presente caso.

Así, Telefónica manifiesta que para la aplicación de este principio es necesario el concurso de los siguientes requisitos: (i) una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor, (ii) una dificultad extraordinaria, (iii) una imposibilidad definitiva, (iv) no conseguir el cumplimiento mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida y (v) no existir culpa por parte del deudor.

Pues bien, en primer lugar, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial existente acerca del principio *"ad imposibilia nemo tenetur"* exige otros requisitos además de los expuestos por Telefónica en su escrito de alegaciones, sin que dicho operador los haya tenido en cuenta.

Así, tal y como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2006 (RJ/2006/1875) y de 30 de abril de 2002 (RJ/2002/4041), entre otras, resultan necesarios además los siguientes requisitos: (i) que la aplicación del principio se realice de forma restrictiva y casuística, atendiendo siempre a los casos y las circunstancias, (ii) que no se pueda cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor y que (iii) el deudor no se halle incurso en morosidad.

Dichos requisitos traídos al caso que nos ocupa, no hacen más que reconocer la inexistencia de una obligación de imposible cumplimiento. Y ello porque:

- no existe imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (en este caso, la voluntad del obligado de implementar el servicio de forma automatizada y no manual)
- no existe imposibilidad si el deudor se encontrara incurso en morosidad, que aplicado al presente caso, significa que el obligado no se encontrara sujeto al

[1] Sentencia de la AN de 25 de abril de 2005 (Recurso 1494/2002).

cumplimiento de una obligación ya definida por el regulador, requisito este que no ocurre

- y, por último, únicamente debería aplicarse el principio objeto de análisis atendiendo al caso y a las circunstancias de forma restrictiva y casuística, condiciones que no ha justificado la interesada que resulten del presente caso

Por otro lado, tampoco concurren los requisitos que planteó Telefónica en su escrito de alegaciones, y ello, porque:

- no nos encontramos ante una imposibilidad física, objetiva, absoluta, duradera, ni tampoco definitiva. Más bien al contrario, tal y como se ha determinado por esta Comisión en el marco del procedimiento RO 2009/1235, Telefónica ha implementado a día de hoy, aunque con retraso, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico automatizado, no encontrándonos, por tanto, ante una obligación de imposible cumplimiento de forma absoluta y duradera
- no existe una imposibilidad de dificultad extraordinaria objetiva (tal y como lo exige la Jurisprudencia), pues únicamente se trataba de armonizar un nuevo servicio a partir de sistemas y procesos ya existentes
- no cabe imposibilidad cuando se puede cumplir la prestación mediante la modificación racional de su contenido, modificación que Telefónica ha esgrimido continuamente como posible si se ampliaba el plazo de cumplimiento
- y por último, existe culpa del deudor (obligado), el cual conocía la obligación impuesta con toda claridad.

En conclusión, de la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta clara la inaplicabilidad de la normativa sobre la imposibilidad de las prestaciones recogida en los artículos 1184 y 1272 del Código Civil, y por ende, el decaimiento de la alegación presentada por Telefónica al respecto.

**c) Sobre las dificultades técnicas para la implantación del servicio.**

Telefónica manifiesta tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador como en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución de la instructora del procedimiento que las principales dificultades que supone la implantación del servicio y que impiden que pueda llevarse a cabo en cuatro meses son principalmente las siguientes:

- Necesidad de número de teléfono como campo “clave” para el registro del cliente y de los servicios contratados por el mismo sobre la línea telefónica.
- Complejidad de la coordinación de la portabilidad al utilizarse un mapa de sistemas distinto al que gestiona la provisión de servicios de acceso directo y necesidad de implementar subservicios con o sin portabilidad.

Pues bien, respecto de la problemática de que el número de teléfono desaparece para el caso del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, cabe señalar que la utilización de números ficticios permite reducir la complejidad de los cambios, ya que el denominador común de todos los sistemas sigue siendo el número de teléfono desde un punto de vista “de provisión”, pudiendo minimizar el desarrollo en los diferentes nodos y reduciéndose así la problemática alegada por Telefónica. Si bien debe haber tratamientos adicionales, puntos

de control y validación, la solución implementada supone que las tareas a acometer se vean simplificadas por no tener que desarrollar una solución partiendo de cero.

Telefónica, asimismo, recalca problemas en el traspaso del servicio entre operadores debido al desconocimiento del número de teléfono asociado al usuario.

Esta problemática ya ha sido abordada en la modalidad de acceso directo, como es por ejemplo el traspaso entre operadores de bucle desagregado, en el que la identificación del usuario se realiza mediante la dirección del mismo. Aún siendo diferentes los sistemas de acceso directo e indirecto, tal y como dijimos con anterioridad, se parte de los conocimientos y desarrollos ya definidos por Telefónica, pudiéndose por tanto extrapolar la solución existente a la nueva modalidad de acceso indirecto.

Por último, respecto al tratamiento de la portabilidad del número de abonado, a juzgar por Telefónica parece un punto fundamental del proceso de cambio.

Si bien es cierto, como señala el operador, que hasta la fecha no ha sido necesario interconectar los sistemas de la cadena de provisión del servicio indirecto con los de portabilidad, sí que lo ha sido para los del "directo" (bucle desagregado) y, dado que la mayor parte de ellos tienen bloques comunes (es decir, son los mismos subsistemas de provisión de circuitos, elementos de red, intervenciones en planta, etc., los que atienden a ambas categorías de servicio), pueden darse dos situaciones: o bien es posible utilizar pasarelas e interfaces de conexión ya existentes entre estos sistemas y los de portabilidad, o bien es posible reutilizar su código para aplicarlo en las que haya que implantar para el servicio indirecto.

En definitiva, no parecen ser tales las dificultades técnicas con las que se ha podido encontrar Telefónica a la hora de implementar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

**d) Sobre la solución de contingencia ofrecida por Telefónica.**

Respecto a la solución inicial ofrecida por Telefónica para el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, el operador da un giro en sus escritos de alegaciones en cuanto a la posibilidad de determinar o no el cumplimiento de la obligación impuesta por esta Comisión en el momento de su aprobación.

Así, en un primer momento, en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento, Telefónica reconoce la imposibilidad de cumplir con el plazo impuesto, cumpliéndose, sin embargo, los requisitos excepcionales para que la CMT pueda admitir la solución de contingencia implantada como una solución válida y que pueda ser considerada como un *"remedio temporal del incumplimiento de la resolución".*

En este escrito, Telefónica manifiesta que la solución de contingencia (i) ha sido planteada con anterioridad a los demás operadores, (ii) resulta compatible con la solución definitiva al ofrecer trazabilidad en su utilización por parte de éstos y, en todo caso, (iii) no se han cubierto los cupos establecidos en el plan de contingencia dado que el número de peticiones realizadas ha sido bastante escaso, no realizándose los desarrollos correspondientes por los propios operadores alternativos.

Añade por su parte, que ha atendido varias consultas de Vodafone sobre el funcionamiento del servicio manteniéndose Comités Técnicos entre ambos operadores desde el comienzo oficial de la contingencia (1 de septiembre de 2008), en concreto, una reunión el 28 de octubre de 2008 y cuatro Comités Técnicos, el 21 de noviembre de 2008, el 20 de enero, el

3 de marzo y el 31 de marzo de 2009.

Sin embargo, posteriormente, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución elaborada por la instructora y notificada a Telefónica el 5 de octubre de 2009, la inculpada manifiesta que ha cumplido con la obligación impuesta por la Resolución de 27 de marzo, y ello, porque desde la entrada en vigor de dicha obligación ha puesto a disposición de los operadores los medios necesarios para que éstos pudieran acceder al servicio indirecto sin servicio telefónico básico de forma transparente.

Resulta extraño que, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución, Telefónica en ningún momento haga referencia a la existencia de una *"solución de contingencia"* tal y como reconoció con anterioridad, diferente a la automatizada, ni a las diferencias sustanciales que la hacen distinta a la hora de ofrecer el servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Asimismo, en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, Telefónica considera que la finalidad de la Resolución cuyo incumplimiento se le imputa era la de imponer a ésta *"una obligación de resultado"* que no es otra que la de implementar y poner en funcionamiento el servicio mayorista de acceso indirecto de forma independiente al acceso telefónico fijo.

Según Telefónica, la obligación ahora impuesta es una obligación derivada de lo dispuesto en la Resolución de 1 de junio de 2006 por la cual esta Comisión definía y analizaba el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado 12), según la cual Telefónica está obligada a facilitar un acceso suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas la ofertas minoristas de banda ancha que comercialice.

En consecuencia, según Telefónica, los detalles técnicos de la solución con la que Telefónica prestase el servicio resultan absolutamente irrelevantes o accesorios, ya que, conseguido el fin perseguido con la obligación impuesta, la forma en que se haya hecho es indiferente.

Pues bien, en atención a lo señalado por Telefónica, cabe realizar las siguientes consideraciones:

**En primer lugar**, debe quedar claro que lo que este procedimiento sancionador debe determinar es el incumplimiento o no de una obligación impuesta a Telefónica en la Resolución de 27 de marzo de 2008, que no es otra que la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico **de forma automatizada** en el plazo de cuatro meses desde su aprobación.

Es decir, la obligación impuesta por esta Comisión debe ser cumplida en todo su contenido tal y como se definió, en concreto, implantando el servicio en cuestión de forma automatizada y accesible vía SGO en todas sus modalidades en el plazo establecido. No resulta razonable que Telefónica decida el grado de cumplimiento de la obligación impuesta, cuando de la propia Resolución se desprende la necesidad de que Telefónica lleve a cabo todos los esfuerzos para que la solución ofrecida sea la correcta, que en este caso resulta ser clara: una solución automatizada del servicio.

Es decir, indistintamente de cómo quiera la inculpada calificar la obligación que se le impuso en la Resolución de 27 de marzo de 2008, lo que en este procedimiento sancionador se está determinando es si se cumplió con lo establecido en dicha obligación, y en caso de no ser así, ser sancionada por su incumplimiento.

En todo caso, en contra de lo alegado por Telefónica, la solución automatizada es la única

obligación impuesta a dicho operador en la Resolución de 27 de marzo de 2008, no siendo complementaria una posible solución de contingencia que pueda ser ofrecida. Resulta evidente que ambas soluciones son independientes, con vías de desarrollo diferenciadas, y no son reutilizables ni presentan puntos en común, siendo únicamente exigida por el regulador la solución automatizada al 100% que permita a los operadores contratar y gestionar el servicio con total transparencia.

Es por ello que esta Comisión entiende que Telefónica debería haber dedicado todos sus recursos para el cumplimiento de la solución automatizada, y no centrarse en una solución alternativa a la impuesta y decidida de forma unilateral por ésta.

Esta determinación no resulta ser una decisión arbitraria del regulador, sino más bien al contrario, fundada en la convicción de que una solución de contingencia como alternativa al desarrollo de soluciones definitivas automatizadas supone una barrera adicional a la competencia, además de una pérdida de tiempo muy valioso que podría haberse invertido en una solución automatizada.

Así, en contra de lo manifestado por Telefónica en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, los detalles técnicos de la solución con la que Telefónica prestase el servicio, sí que resultan del todo relevantes en este caso, y ello por tratarse de la entrega de un servicio con el que los operadores alternativos tienen que competir en el mercado.

Resulta evidente que un plan de contingencia nunca puede suplir una solución automatizada en términos de automatismo, trazabilidad, plazos, ausencia de limitaciones, etc., razón por la cual no resulta aceptable aquél para el funcionamiento de un servicio mayorista.

Es por ello, que esta Comisión en su Resolución de 27 de marzo de 2008 impuso la obligación clara de que el único procedimiento válido para que Telefónica ofreciera el servicio naked indirecto era el automatizado, y no cualquier otro, pues de ser así, esta Comisión simplemente hubiera indicado el fin sin señalar los medios, es decir, únicamente hubiera impuesto la obligación de implementar el servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Es más, llegando a valorar la posibilidad de que un plan de contingencia que ofreciera Telefónica fuera válido como primera opción a ofrecer a los operadores, tampoco esta Comisión llega a entender la razón por la cual dicho operador también ha tardado un tiempo considerable en poner en marcha dicha posibilidad. Así, no fue hasta el 28 de julio de 2008 que se comunicó por parte de Telefónica a los operadores la implementación de la solución de contingencia, iniciándose el periodo de pruebas el 31 de agosto. Es decir, cinco meses después de tener conocimiento de la obligación impuesta.

Por todo lo expuesto, no resulta aceptable lo manifestado por Telefónica en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009 en cuanto a lo indiferente del medio, tecnología o procedimiento utilizado para conseguir el objetivo impuesto por la CMT. Resulta evidente que las diferencias entre un procedimiento de contingencia manual y un procedimiento automatizado, en lo que a provisión de servicios se refiere, resulta ser de vital importancia para un correcto desarrollo del mismo, no siendo admisibles las carencias que el procedimiento manual ofrece (automatismo, trazabilidad, plazos, limitaciones, posibles errores, etc.)

**En segundo lugar**, una vez más Telefónica, en sus escritos de alegaciones, manifiesta su contrariedad respecto al plazo de cuatro meses concedido por esta Comisión para implementar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma automática, entendiendo que, como mínimo, resultaba necesario un año para su implementación (o

incluso más tiempo si se tuvieran que implantar en el futuro nuevos servicios regulados). A esto añade el supuesto desconocimiento de las características del servicio que finalmente se aprobara, razón por la cual tampoco avanzaba en su despliegue.

Al respecto, esta Comisión no tiene por más que recordar que Telefónica tuvo la oportunidad de conocer dicho servicio y su urgencia en el marco del procedimiento de revisión de la OBA, realizando alegaciones con fecha 10 diciembre de 2007. Es decir, Telefónica, unos meses antes de la aprobación de la Resolución (y no una vez aprobada la Resolución de 27 de marzo de 2008) ya realizaba un análisis de la problemática y del impacto del servicio de acceso indirecto sobre bucle sin servicio telefónico tanto en los sistemas como en los procesos, decayendo por lo tanto lo alegado por la inculpada al respecto.

**En tercer lugar**, Telefónica, tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del procedimiento como en sus alegaciones a la Propuesta realizada por la instructora, hace referencia a la existencia de una serie de Comités Técnicos mantenidos con el operador Vodafone que demuestran el interés de implementar el servicio, así como la realización de pruebas piloto para la solución automatizada.

Efectivamente, cualquier acción llevada a cabo por Telefónica tendente a dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por esta Comisión se acoge favorablemente, siempre que se realicen dentro del periodo ofrecido para ello y no meses después de que venza el plazo de cumplimiento.

Así, a modo de ejemplo, Telefónica y Vodafone mantuvieron una reunión el 28 de octubre de 2008 para llegar a la conclusión de que un mes después se expondría una solución de pre-automatización del servicio, es decir, Telefónica ofrece la primera fase de desarrollo del sistema de automatización cuatro meses después de que venciera el plazo para ello.

En relación con lo alegado por Telefónica acerca de su proactividad de celebrar reuniones con los operadores alternativos para coordinar actuaciones piloto de la solución automatizada, cabe recordarle a dicho operador que no está llevando a cabo actuaciones adicionales que no le hayan sido solicitadas ya por esta Comisión, pues en la Resolución de 27 de marzo de 2008, se determinaba en su Resuelve segundo, la obligación de Telefónica de "*comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, período que incluirá un mes de pruebas conjuntas.*"

Por otro lado, Telefónica manifiesta que todavía a fecha del escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución notificada por la instructora, Vodafone realiza sus peticiones de servicio adaptadas a la solución que Telefónica ofrecía antes de la automatización lanzando su campaña de servicio minorista el 1 de septiembre de 2009.

Al respecto, esta Comisión no tiene por más que traer a colación lo manifestado por la propia Telefónica en sus escritos de alegaciones de 4 y 15 de septiembre de 2009, en el marco del procedimiento RO 2009/1235, donde manifiesta, contrariamente a lo señalado ahora, que *"Vodafone ha podido finalmente lanzar una oferta comercial al mercado masivo basada en la solución automatizada del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico".*

En dicha Resolución ya se recordaba a Telefónica que, efectivamente, Vodafone ha lanzado una oferta comercial al mercado minorista basada en una solución automatizada del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico en septiembre de 2009. Y ello, porque con anterioridad no ha estado disponible el servicio a nivel mayorista.

**En cuarto lugar**, Telefónica realiza una serie de consideraciones acerca de la solución de contingencia ofrecida a los operadores. En concreto, señala lo siguiente:

- Que ha comunicado con anterioridad a los operadores la solución de contingencia ofrecida.
- Que ofrece compatibilidad y trazabilidad en su utilización.
- Que no ha sido utilizada por los operadores.
- Que no se han cubierto los cupos establecidos.

Respecto de la **comunicación a los operadores** de la solución de contingencia, esta Comisión debe señalar que los plazos de implementación automatizada establecidos en la Resolución de marzo de 2008 eran los siguientes: (i) comunicar a los operadores los cambios en el SGO como máximo con fecha 27 de mayo de 2008; (ii) realizar un mes de pruebas conjuntas entre el 27 de mayo de 2008 y 27 de julio de 2008, y (iii) ofrecer el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma plenamente operativa el 27 de julio de 2008.

En consecuencia, teniendo en cuenta que Telefónica efectuó la comunicación de la existencia de un procedimiento de contingencia el 28 de julio de 2008 (sin previa comunicación, ni periodo de pruebas conjuntas a los operadores), se debe entender que Telefónica no ha cumplido ni con la obligación impuesta de ofrecer un procedimiento automatizado, ni tampoco con la comunicación correcta del supuesto válido procedimiento de contingencia.

En cuanto a la **supuesta trazabilidad** del procedimiento de contingencia ofrecido por Telefónica, cabe señalar que una solución manual imposibilita a los operadores lanzar un producto de forma similar a como lo hace Telefónica, resultando a todas vistas insuficiente para un despliegue comercial correcto.

La gestión de solicitudes de forma manual y su posterior integración en los sistemas de provisión automáticos de los operadores resulta inviable y conlleva errores e ineficiencias a corto y medio plazo.

Cabe resaltar por esta Comisión los problemas de trazabilidad que ya se sufrieron en los inicios de la desagregación del bucle y que de ninguna manera deben ser heredados en este nuevo tipo de servicios que se vienen a exigir. No conseguir una correcta trazabilidad de las solicitudes que se lleven a cabo por los operadores alternativos, en la herramienta común definida al efecto, no acarrea más que problemas a la hora de detectar anomalías, fechas de entregas y posible cómputo de penalizaciones.

En lo relativo a la **escasa utilización del procedimiento** de contingencia por parte de los operadores, cabe señalar que, efectivamente, el volumen ha sido limitado, entendiendo esta Comisión que no se debe al posible escaso interés de este servicio por parte de éstos, sino a que los despliegues a nivel nacional de un servicio de este tipo por parte de un operador alternativo necesitan disponer de una herramienta automatizada de calidad vía SGO que permita lanzar el producto con unas mínimas garantías.

Resulta razonable pensar que la mayor parte de los operadores hayan decidido no arriesgarse a probar con sus clientes una solución de contingencia temporal, generando todo ello unos costes que deberían ser utilizados para la solución automatizada o que dichos operadores hayan tardado en disponer de desarrollos automatizados a la vista de los retrasos en la implantación automatizada del servicio en los que ha incurrido Telefónica, operador que tenía la obligación de ofrecer dicha facilidad a terceros operadores.

Es por ello que, el argumento esgrimido por Telefónica de que en general los operadores no han solicitado el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no resulta válido si se tiene en cuenta que dichos operadores no pueden desarrollar sus estrategias comerciales si no cuentan con un servicio mayorista totalmente transparente en cuanto a plazos de entrega, trazabiblidad y plenamente automatizado.

Ello no significa, como pretende hacer entender Telefónica, que este operador sea quien responda de los avances de sus competidores, ni de las políticas comerciales que éstos adopten para ofrecer sus servicios, sino más bien al contrario. Telefónica por ser declarado operador con poder significativo en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor debe ofrecer una Oferta de acceso indirecto mayorista que permita replicar las velocidades ofrecidas a nivel minorista, modificando y actualizando dicha Oferta en caso de la introducción de nuevos servicios, tal y como ha ocurrido con el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico básico mediante la Resolución de 27 de marzo de 2008.

Así, tal y como se determinó en la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión el 15 de octubre de 2009[2], Vodafone ha lanzado una oferta comercial al mercado minorista basada en la solución automatizada mayorista de Telefónica a partir de septiembre de 2009, momento a partir del cual ha estado operativo el procedimiento automatizado.

Tal y como señala dicha Resolución, Vodafone, entre otros operadores interesados en el lanzamiento del servicio naked indirecto, había conseguido en el mes de octubre una planta de accesos indirectos sin servicio telefónico considerable, demostrando ello el interés manifiesto por los operadores alternativos por este servicio.

Así, únicamente en la primera semana de septiembre se realizaron por Vodafone **[CONFIDENCIAL]** aumentando considerablemente dicha cifra en semanas posteriores, tal y como recoge la siguiente tabla:

**[CONFIDENCIAL]**

Por último, en relación a los **cupos establecidos en la solución de contingencia**, Telefónica señala que se han fijado por la necesidad de adiestrar a los ejecutores de las tareas manuales y con el objeto de evitar el colapso del proceso.

Esta afirmación no hace más que corroborar lo que esta Comisión ha tratado de hacer entender a lo largo de sus Resoluciones en cuanto a las carencias que ofrece un procedimiento de contingencia manual, el cual dista mucho de permitir la posibilidad de realizar verdaderos lanzamientos comerciales por los operadores.

**e) Sobre el cambio de criterio de la Comisión respecto del informe de los servicios sometido a audiencia en el expediente DT 2008/1184 y la falta de incorporación de información relevante al presente procedimiento.**

Al respecto Telefónica señala tanto en su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento como en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución notificada por la Instructora, que la propuesta de los Servicios de la Comisión en el marco del expediente DT 2008/1184 no estimó la necesidad de imposición de multas coercitivas ni la conveniencia

[2] Resolución por la cual se impuso multa coercitiva en el marco del procedimiento de ejecución forzosa de la Resolución de 2 de abril de 2009 relativa a los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (RO 2009/1235).

de abrir expediente sancionador, resultando arbitrario el cambio de criterio al no poder realizar ninguna alegación sobre la apertura del expediente sancionador al objeto de evitar la incoación del mismo.

Es más, Telefónica entiende que no existe motivo que justifique el cambio de opinión de la Comisión, careciendo de fundamentación o motivación su pronunciamiento, e infringiendo con ello el artículo 54 de la LRJPAC, el cual señala que *"los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos deben ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho".*

Pues bien, se debe señalar que no ha existido un cambio de criterio por parte de esta Comisión al determinar en la Resolución aprobada por el Consejo la incoación de un procedimiento sancionador y el apercibimiento de la imposición de multas coercitivas. Como bien conoce Telefónica, este tipo de procedimientos son iniciados de oficio por el órgano administrativo en cuestión, siendo posible, una vez iniciados dichos procedimientos, que la interesada ejerza su derecho de defensa y de contradicción en todo momento.

En concreto, en el presente procedimiento sancionador, como procedimiento garantista que es, se le concedió el periodo de un mes de alegaciones a Telefónica una vez incoado el mismo, y se le ha concedido de nuevo plazo de un mes para que realizara las consideraciones que creyera convenientes una vez se le notificó la Propuesta de Resolución por parte de la Instructora.

Tampoco resulta aceptable la manifestación realizada por Telefónica de que la Comisión haya infringido el artículo 54 de la LRJPAC. Es indudable la aplicación de la doctrina de los actos propios a los emanados por esta Comisión, si bien sólo tendría como efecto el de obligar al órgano administrativo a motivar el cambio de criterio, que en este caso no ha existido en ningún momento. A ello hay que añadir, que en el presente caso no nos encontramos ante el supuesto del artículo 54.c) según el cual habrá que motivar los acuerdos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, sino ante la Propuesta de resolución tramitada en el marco del procedimiento DT 2008/1184.

En todo caso, la motivación y fundamentación de la apertura del presente procedimiento sancionador fue extensamente desarrollada en los fundamentos de derecho de la Resolución de 2 de abril de 2009.

Asimismo, cabe recordar que las propuestas de los Servicios de esta Comisión únicamente constituyen un trámite de puesta en conocimiento de los interesados del criterio provisional de los Servicios sobre el resultado de la tramitación del expediente, que ni tiene porqué ser el criterio definitivo de los Servicios, pues las alegaciones a dicho trámite pueden cambiar el criterio comunicado ni, en última instancia, tienen que constituir el criterio final de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que se expresa mediante decisión del Consejo, y mediante la correspondiente resolución.

El Consejo es autónomo en sus decisiones sobre el sentido de las resoluciones sin que deba proceder a dar cuenta del cambio de criterio al interesado antes de la resolución, salvo que se vayan a tener en cuenta hechos o alegaciones distintas de las incorporadas al expediente, y sobre las que el interesado ya ha podido presentar sus correspondientes alegaciones previas al trámite de audiencia. Es en la propia Resolución donde el Consejo ha de incluir la motivación de su decisión final.

El trámite del informe de los servicios constituye una referencia para los interesados, en

tanto expresa un criterio aproximativo de los Servicios, pero ni es un trámite preceptivo (se podría dar trámite de alegaciones al interesado con puesta de manifiesto del expediente, sin pronunciamiento inicial de los servicios, como prevé el art. 84 de la LRJPAC), ni por supuesto vincula al Consejo de la Comisión, único órgano legitimado –sin perjuicio de las delegaciones existentes- para decidir en nombre de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los asuntos de su competencia reguladora.

En este sentido, puede resultar clarificadora la Sentencia de la AN de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26)[3], que en relación con la discrepancia existente entre el informe de los servicios de esta Comisión en el trámite de audiencia y la resolución definitiva adoptada por el Consejo, manifiesta lo siguiente:

> *"que la CMT se apartara del criterio del informe no vinculante, no supone una indefensión de carácter material, una vez constatado el cumplimiento del antedicho trámite en el que la actora pudo argumentar no sólo sobre el contenido del informe, respecto del cual debía conocer su naturaleza no vinculante, sino también sobre cualquier aspecto relacionado con el tema objeto del conflicto.*
>
> *…la naturaleza no vinculante de este informe implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia de la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente la válida motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada".*

Por último, Telefónica en su escrito de alegaciones a la Propuesta de la instructora manifiesta que si bien esta Comisión ha procedido a acumular al presente procedimiento sancionador el Acta de inspección levantada el 7 de julio de 2009, no ha acumulado las alegaciones que Telefónica formuló a la misma en fecha 4 de septiembre de 2009, en las que se acreditaba, según Telefónica, la inadecuada práctica seguida en la inspección y que el servicio funcionaba correcta y completamente automatizado desde el 8 de mayo.

Al respecto, basta señalar que el artículo 16 del Real Decreto 1398/1993 por el cual se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) relativo a la fase de instrucción en los procedimientos sancionadores, determina que el instructor del procedimiento debe realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

Es por ello que la instructora del procedimiento incorporó al mismo el Acta de inspección levantada el 7 de julio de 2009 como documento relevante para determinar la existencia o no de incumplimiento por parte de Telefónica.

Por otro lado, el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador establece que en el trámite de audiencia el interesado podrá formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes ante el instructor del procedimiento para su consideración por parte del órgano competente para resolver.

---

[3] Sentencia por la cual se resolvía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 27 de junio de 2002, por la que desestimaba el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 13 de septiembre de 2001, de esta Comisión relativa a un conflicto sobre precios del servicio de terminación de llamadas.

Es decir, si Telefónica entiende que existen alegaciones relevantes que no han sido hasta ahora tenidas en cuenta por la Instrucción del procedimiento, puede hacerlo en este mismo momento, tal y como lo ha hecho, incorporando como Anexo 7 el escrito de alegaciones de 4 de septiembre de 2009 presentado en el marco del procedimiento RO 2009/1235, alegaciones que con posterioridad le serán respondidas.

**f) Sobre la solución completamente automatizada.**

Telefónica, en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento, señala que, desde el 8 de mayo de 2009, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico básico se encuentra en pleno funcionamiento atendiendo el 100% de la demanda.

Así, la primera fase de implantación tuvo lugar el 6 de marzo de 2009 cubriendo el 75% de la demanda potencial del servicio y abarcando los siguientes movimientos: (i) alta sobre par vacante; (ii) alta desde acceso indirecto del operador con portabilidad y (iii) alta desde acceso indirecto del operador sin portabilidad.

Respecto de la segunda fase de implantación, ésta finalizó el 8 de mayo de 2009, cubriendo el 100% de la demanda. En dicha fase se automatizaron las altas procedentes de accesos indirectos de otros operadores y las altas sobre abonados que sólo tenían servicio telefónico con Telefónica y que, a partir de ese momento, prescindirían de este servicio. Los nuevos movimientos implementados fueron (i) el alta de ADSL sin servicio telefónico básico sobre línea existente sin ADSL y (ii) el alta de ADSL sin servicio telefónico básico sobre acceso indirecto existente de otro operador.

Al respecto, cabe señalar por esta Comisión que, en atención a lo determinado en la inspección realizada por esta Comisión y finalizada el **7 de julio de 2009** (dos meses después de la fecha en la que, según Telefónica, el servicio estaba totalmente implementado), el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no estaba disponible tal y como se recoge en la OBA.

En concreto, entre las conclusiones que se alcanzaron en el Acta de inspección y que se han descrito con anterioridad se encuentran las siguientes: (i) ausencia de formularios manuales en el SGO; (ii) irregularidades en la provisión de traspasos (desde cualquier modalidad de acceso directo hacia el acceso indirecto sin servicio telefónico); (iii) existencia de movimientos de postventa no contemplados; (iv) rechazos improcedentes; (v) mensajería incorrectamente implementada y (vi) rechazos de cancelaciones.

En definitiva, la solución disponible por Telefónica a julio de 2009 se encontraba mermada de funcionalidades, siendo la provisión del servicio en algunas de sus modalidades incorrecta tal y como se desprende del cuadro presentado en la página 8 de la presente Resolución.

**g) Sobre las valoraciones realizadas por Telefónica al Acta de inspección**

Telefónica, en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, realiza una serie de manifestaciones acerca del Acta de inspección. Dichas manifestaciones hacen referencia a la nulidad del Acta, por un lado, y al contenido de la misma por otro. Pasamos a analizar cada una de ellas.

*(i) Respecto a la nulidad del Acta de inspección*

**En primer lugar**, Telefónica, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución de la instructora del procedimiento, manifiesta que la única prueba en la que se basa esta Comisión para entender acreditado el incumplimiento de Telefónica es el Acta de inspección levantada el 7 de julio de 2009.

Respecto a lo alegado por Telefónica, basta recordar que como se determinó en el Hecho Probado de dicha Propuesta, *"tal y como se acredita por la información incorporada al presente procedimiento (escritos de 24 de julio de 2008, 12 de enero de 2009 y 18 de mayo de 2009) y de FTES, de 26 de agosto de 2008, Telefónica no ha dado cumplimiento al plazo impuesto en la Resolución de 27 de marzo de 2008".* Y prosigue señalando que *"por lo tanto, tal y como se desprende de la información aportada por la propia Telefónica, así como de los resultados obtenidos en la inspección realizada con posterioridad, queda probado que Telefónica ha incumplido el plazo que le fue otorgado en la Resolución de 27 de marzo de 2008 para la correcta implementación del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico".*

En conclusión, no es cierto que únicamente se haya tenido en cuenta el Acta de inspección incorporada al presente procedimiento, y en todo caso, si así hubiera sido, nada impide que una serie de datos objetivos incorporados en la Instrucción, como pueda ser únicamente un Acta de inspección, prueben y determinen el incumplimiento de una obligación impuesta a Telefónica.

**En segundo lugar**, Telefónica manifiesta que el Acta de inspección resulta ser nula por desconocer dicho operador la Orden de inspección dictada por la Comisión así como el desarrollo de la misma, conculcando su derecho de defensa, el principio de contradicción y careciendo de toda eficacia probatoria.

Al respecto, con carácter general debe partirse de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC sobre la presunción de validez de los actos administrativos *"salvo prueba en contrario"*. Esta presunción de validez *"iuris tantum"* ha sido ratificada por la Jurisprudencia en diversas resoluciones, entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2006, de 23 de junio de 2003 y de 24 de octubre de 2003, entre otras.

Considerado lo anterior, los Tribunales han señalado que las causas de nulidad deben ser aplicadas moderadamente y en consideración al derecho afectado, la gravedad de la infracción, las consecuencias de la misma así como la situación del interesado. En este sentido cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991.

Así, dicha STS determina que para que concurra nulidad administrativa por infracción del derecho de defensa, *"(…) la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparencial"*. Por lo tanto, en el presente caso, habrá de determinarse si la incomparecencia de Telefónica en las actividades de inspección y en el levantamiento del Acta le ha causado una indefensión real y efectiva.

En el presente caso se trataba de inspeccionar el funcionamiento del SGO que es una herramienta Web desarrollada por Telefónica y de la que participan todos los operadores alternativos autorizados. En concreto, respecto al SGO, como bien sabe Telefónica, resulta indiferente desde dónde se acceda al SGO una vez se disponga de las claves de acceso y el perfil de usuario correspondiente, pues resulta ser una información igualmente disponible (y con el mismo contenido) tanto para los operadores alternativos como para Telefónica.

Es por ello que al ser un sistema de doble entrada resulta indiferente el lugar por donde se acceda o quien esté presente en la inspección. Los resultados son objetivos y por tanto, imposible que se cause ningún tipo de indefensión a Telefónica por el mero hecho de

realizar la citada actividad inspectora sin su presencia.

Es más cabe recordar al respecto la Jurisprudencia existente acerca del artículo 50 de la LGTel sobre la potestad inspectora, donde destacan las Sentencias de la AN de 23 de octubre y de 31 de octubre de 2007. En ambas, el interesado alegaba su ausencia en las operaciones de inspección como defecto causante de indefensión y nulidad administrativa. En ambos casos, la AN rechazó este argumento sobre la base de que la actual LGTel no prevé la asistencia de interesados en las inspecciones.

La AN señala que *"la vigente normativa (esto es, la LGTel) no prevé la asistencia de las personas o empresas posibles autores de una infracción en una labor de inspección como la que se contiene en dicha acta de control"*. La razón de ello como señala más adelante es que *"la referida hoja de control (el acta de inspección) dio lugar a la incoación de expediente sancionador dirigido contra la hoy recurrente, la cual pudo combatir, en las distintas fases que se le dio audiencia en dicho expediente, los datos recogidos en el citado documento articular prueba en defensa de sus intereses…"*.

Como puede observarse, la AN se está refiriendo a la facultad que asiste al interesado, una vez incoado el expediente en cuestión (en este caso el procedimiento sancionador) de efectuar alegaciones. Así, tal y como consta en el expediente, con la notificación a Telefónica de la incoación del presente procedimiento, se le concedió a la inculpada un plazo de un mes para que realizara las alegaciones que estimara oportunas. Del mismo modo, una vez una vez notificada la Propuesta de resolución elaborada por la instructora del procedimiento se le concedió nuevamente un periodo de alegaciones en el cual ha podido realizar las manifestaciones que ha entendido necesarias.

En consecuencia, esta Comisión ha garantizado el derecho de defensa de Telefónica en todo momento para que realizara las alegaciones y aportara toda la documentación que a su derecho interesa.

*(ii) Respecto del contenido del Acta de inspección*

Telefónica, en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, manifiesta que del análisis efectuado sobre las solicitudes objeto de inspección, cabe señalar los siguiente:

- Se imputan a Telefónica incidencias sobre movimientos que no han sido comprobados previamente o movimientos para los que no se ha seguido el procedimiento establecido, como por ejemplo los movimientos postventa o las cancelaciones
- Que hay incidencias inspeccionadas que resultan procedentes como en los casos de bucle incompatible o error en dirección
- Que en cuanto a los mensajes no cifrados, siempre llegaron al operador vía correo electrónico, incorporándose posteriormente su mejora en el SGO desde el 10 de julio.

Respecto de la **primera de las afirmaciones**, cabe señalar que la prestación de un servicio mayorista lleva aparejada, como parte integrante y esencial del mismo, la presentación de una documentación de calidad a los operadores que pretenden utilizarlo. Es el operador que ofrece el servicio mayorista, en concreto Telefónica, el único responsable de la documentación facilitada a los operadores, siendo ésta la principal herramienta de trabajo para la solicitud del nuevo servicio y el lanzamiento de productos minoristas basados en él.

No resulta por tanto aceptable la entrega de una documentación con carencias o fallos perpetuados a través de las diferentes versiones. La actualización de la documentación es entera responsabilidad de Telefónica, por lo que debe ser fiable no debiendo permitirse la introducción de errores graves en la misma, por su significativo impacto en los procesos de negocio de los operadores alternativos.

Así por ejemplo, de entre los manuales aportados por Telefónica, y que deben seguir los operadores, las diferentes versiones del manual de "Procedimiento para Operadores" indicaban una disponibilidad muy reducida de movimientos postventa, no siendo hasta la versión 3.3 del procedimiento (en teoría vigente a partir del 10 de julio) cuando aparecen todos los movimientos.

En cuanto a la **segunda de las manifestaciones**, sobre la existencia de incidencias inspeccionadas procedentes, cabe señalar, tal y como determinó esta Comisión en el marco del procedimiento RO 2009/1235, que no se pueden estimar como razonables rechazos en los que se declaran bucles como no aptos cuando éstos sí lo son, por ejemplo, aquellos casos en los que existen *"órdenes en vuelo"*.

Tampoco resultan razonables rechazos por error en dirección en los que se indicaba la inexistencia de la finca, siendo incluso a veces ésta extraída de las bases de datos de callejero de la propia Telefónica. Dicho operador debe ser consciente de que tiene que poner los medios necesarios para que la sincronización e información de sus bases de datos sea acorde con la situación real del despliegue de su red de cobre, de manera que se minimicen los rechazos que impiden la correcta provisión del servicio.

**Por último**, Telefónica manifiesta respecto de los mensajes no cifrados que siempre se han enviado al operador vía correo electrónico, incorporándose posteriormente su mejora en el SGO.

Al respecto, no tiene por más que señalar esta Comisión que los sistemas del operador que ofrece el servicio mayorista deben estar preparados para evitar situaciones en las que determinadas funcionalidades, como la mensajería, no se han integrado en la plataforma de gestión en el momento esperado. Es decir, todos los mensajes deben estar integrados en la plataforma de gestión, siendo ésta la herramienta que soporta una solución automatizada, y no depender de la revisión manual de los correos para validar cuándo se finalizan determinadas acciones, hecho relevante para el operador alternativo, que debe sincronizar sus procesos comerciales minoristas con los de provisión mayorista.

**TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.**

## 1 Culpabilidad.

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

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

Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998, o las de 3 de abril y 8 de febrero de 2000.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 de la LRJPAC establece que:

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

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia[4].

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) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión*".

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil 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 consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por tanto, 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.

Es decir, 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.

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 jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

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,

[4] La Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de diciembre de 2006, manifiesta al respecto: *"Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 12 de diciembre de 1995, 14 de mayo de 1999, etc.) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990) destaca que requieren la existencia de dolo o culpa".*

como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel[5], 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, siendo suficiente 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.

Pues bien, en el presente caso, Telefónica era absolutamente consciente de que el incumplimiento de la obligación impuesta implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica y, aún así, quiso realizar el hecho ilícito.

Entiende, por su parte la interesada, en su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2009, que no ha existido dolo al actuar siempre con plena y fundada creencia excluyente de toda responsabilidad. Según este operador, la existencia de dolo exige o implica intencionalidad de engañar o de incumplir una obligación, no ocurriendo ello en el presente supuesto.

Pues bien, tal y como hemos señalado, en el caso en el que nos encontramos concurren los requisitos que requieren la figura del dolo.

Telefónica conoce la especial responsabilidad que recae en ella de suministrar tanto el servicio de acceso indirecto como el servicio de acceso al bucle, en las condiciones previstas en sus Ofertas para todos los operadores.

La Oferta de Acceso Indirecto incluye las condiciones de prestación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico y Telefónica 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 Telefónica 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 Telefónica quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores.

Resulta relevante destacar las circunstancias particulares que concurren en los servicios mayoristas de acceso. Como esta Comisión ya ha puesto de manifiesto en anteriores ocasiones, la complejidad de dichos servicios hace difícil para el usuario distinguir las causas de las diferencias en los plazos que le ofrecen unos y otros operadores. Es decir, el usuario desconoce cómo funcionan los procedimientos, que son complejos, y de cuáles son las condiciones de prestación del servicio del operador alternativo, hecho éste que puede generar una cierta desconfianza hacia los servicios que le preste el operador alternativo y una posibilidad de ganar cuota a Telefónica.

Es por ello que Telefónica, como operador con peso significativo en el mercado, al cual se le han impuesto una serie de obligaciones, entre ellas, la de publicar un Oferta de Referencia de Acceso Indirecto actualizada, es plenamente conocedora de la importancia y los efectos

[5] 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"*.

colaterales que produce su actuación cuando retrasa la implementación de los servicios que se ven introducidos en su Oferta a lo largo del tiempo.

La propia Telefónica conoce claramente la responsabilidad que le recae en atención a la condición que sostiene en el mercado de banda ancha, la transcendencia de sus actuaciones en relación con el desarrollo de la competencia y su obligación de dar cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones que modifican posteriormente sus Ofertas de Referencia, no siendo aceptable la alegación argüida por Telefónica acerca de su pleno desconocimiento de toda responsabilidad.

Por todo lo anterior, concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probada a título doloso su voluntad de no implantar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico como debía de forma automatizada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento y conociendo además los perjuicios e inconvenientes que podía causar su actitud a los operadores alternativos que solicitaran servicios de acceso indirecto sin servicio telefónico (elemento intelectual).

De esta manera se concluye la existencia de una conducta dolosa por parte de Telefónica en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y del hecho probado, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

## 2 Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad.

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

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

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

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

**CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.**

Se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

Así, el artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

*a) "La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*

*b) La repercusión social de las infracciones.*

*c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*

*d) El daño causado.*

*Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan."*

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

*a) "La existencia de intencionalidad o reiteración*

*b) La naturaleza de los perjuicios causados*

*c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme."*

**a) Circunstancias agravantes.**

En el presente caso concurren las siguientes causas de agravación de la responsabilidad de Telefónica.

**1 Importancia del daño causado.**

El artículo 131.3.c) de la LRJPAC se refiere a la naturaleza de los perjuicios causados como criterio que ha de tenerse en cuenta para graduar la sanción a imponer. Por su parte, el artículo 56.2 de la LGTel se refiere asimismo al daño causado.

Han de tenerse en consideración en este apartado las consecuencias lesivas que se hayan producido al bien jurídico protegido por el tipo de infracción imputado. Como ha afirmado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, el tipo definido en el artículo 53.r) de la LGTel "*(…) pretende evitar la obstrucción a la CMT en el ejercicio de sus competencias y así el bien jurídico protegido no se deduce de la actividad realizada en la prestación de los servicios sino en el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la misma en el ejercicio de sus funciones, dejando a salvo la autoridad de la CMT en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las*

*resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados*"[6].

Así, como señalaba la STS de 20 de diciembre de 2006, ha de tenerse en cuenta, como factor de relevancia, "*la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones".*

Entre dichas competencias e intereses públicos encomendados a esta Comisión se encuentran: (i) el efectivo cumplimiento de las obligaciones específicas impuestas a los operadores y (ii) la garantía del acceso a las redes de las comunicaciones electrónicas por los operadores.

Tal y como se desprende de lo analizado en el presente procedimiento, resulta de gran relevancia la necesidad de que Telefónica ofrezca el nuevo servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico tal y como se ha determinado en la Oferta de Referencia, y ello debido a que la restricción del acceso mayorista de banda ancha a los pares con líneas telefónicas activas de Telefónica refuerza la posición de dicho operador, en tanto que le permite beneficiarse de los esfuerzos comerciales de terceros operadores en banda ancha para fidelizar al cliente en el mercado de acceso a la red telefónica.

Lo anterior debe ponerse en relación con el hecho de que, en la actualidad, el principal mercado de los operadores alternativos se centra en los denominados "paquetes dúo". Por ello, desvincular el servicio telefónico con Telefónica en las zonas de no-coubicación supone un aspecto clave para los operadores alternativos que quieran conseguir una mayor cuota de mercado.

Telefónica, en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador, manifiesta que la apuesta general de la Comisión y de los operadores ha sido el servicio de acceso desagregado frente al acceso indirecto, decayendo la importancia de éste progresivamente.

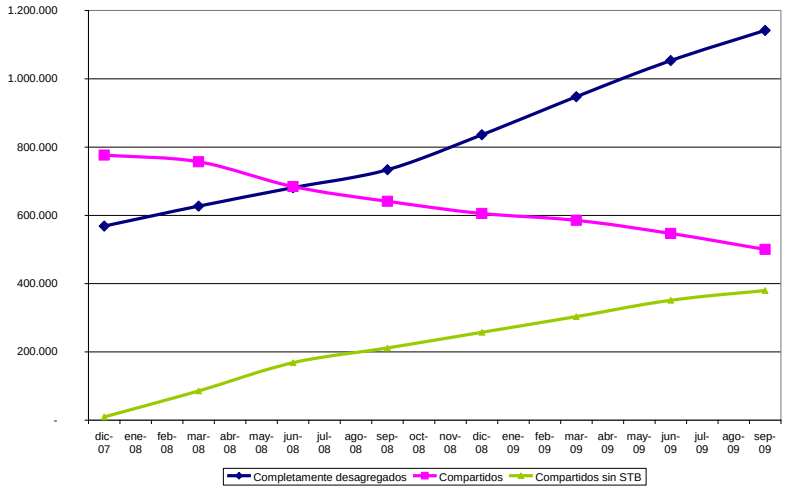
Según manifiesta Telefónica, tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento como en la Propuesta de resolución de la instructora, existen alternativas al servicio ADSL sin servicio telefónico básico para que los operadores puedan ofrecer paquetes dúo, hecho éste que en otros países no ocurre al no disponer del servicio de interconexión por capacidad. Es decir, el cliente puede contratar el servicio de AMLT, el acceso indirecto y, con la interconexión por capacidad, dar tarifas planas de voz.

Pues bien, al respecto cabe señalar que el retraso en la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico tiene un claro efecto en el mercado. Dicho efecto no es otro que la imposibilidad que tienen los operadores alternativos de prestar, a nivel nacional, los productos que se están ofreciendo en las zonas donde existe cobertura de bucle. Así, los operadores alternativos están apostando por ofertas empaquetadas que incluyen el acceso con banda ancha y la telefonía, con un éxito importante. La prestación de estos servicios se combina, en algunos casos, con diferentes tecnologías como la voz sobre IP o la telefonía móvil, resultando ser alternativas que se ven encarecidas en ausencia del

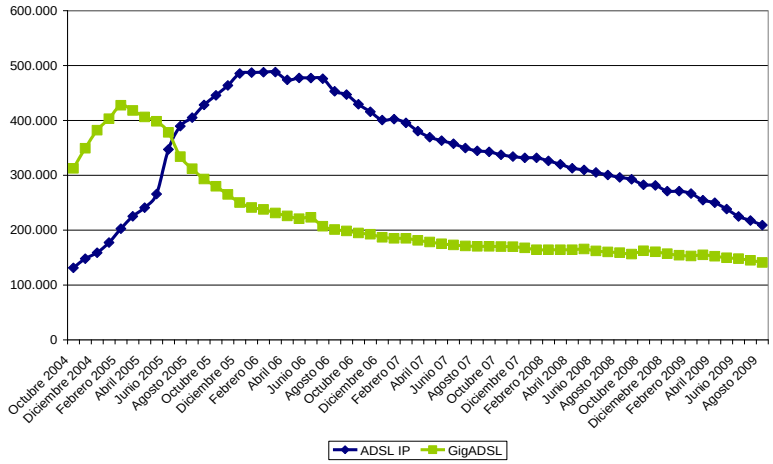
[6] STS de 20 de diciembre de 2006, recaída en el recurso de casación número 3898/2004, o SAN de 17 de junio de 2005 (RJCA 2005\1055), que se refieren al tipo de infracción definido por el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, idéntico al presente contenido en el artículo 53.r) de la LGTel.

servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

Cabe reseñar el éxito que están teniendo en el mercado las ofertas empaquetadas de los operadores alternativos que desvinculan completamente al cliente del servicio de voz ofrecido por Telefónica. Como se muestra en la evolución de los servicios mayoristas, las modalidades que permiten prestar al operador alternativo el servicio de acceso sin servicio telefónico son las que experimentan un mayor avance:




Por el contrario, los servicios de acceso indirecto siguen mostrando una disminución mes a mes, tal y como se muestra en el gráfico siguiente:




Como se observa en el gráfico anterior, los servicios de acceso indirecto observan una tendencia decreciente en su número de contrataciones desde un periodo anterior a las prácticas objeto de análisis. Esta evolución podría deberse a otros factores de mercado tales como los precios y márgenes disponibles, las características de los servicios mayoristas, etc. Sin embargo, como ha sucedido en las zonas de acceso completamente desagregado, la provisión del acceso indirecto “naked” en condiciones apropiadas podría revertir la tendencia actual incrementando el número de contrataciones en las zonas de acceso sin cobertura de desagregación. Así, al contrario de lo alegado por Telefónica, no es posible

inferir que la evolución del acceso indirecto implique la ausencia de impacto en el mercado de las restricciones en la prestación del servicio “naked”.

Por último, tal y como señala Telefónica, existen servicios mayoristas alternativos, como el AMLT, que permiten ofrecer servicios de banda ancha desvinculándose completamente el cliente de Telefónica, sin embargo, este hecho no excluye la existencia de restricciones competitivas. En particular, el uso de este servicio de AMLT, en comparación con el del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, conlleva un incremento de los costes de provisión de los operadores alternativos, limitando su atractivo comercial así como las tecnologías disponibles.

## 2 Situación económica del infractor.

Además de los parámetros de dosimetría sancionadora previstos en el artículo 131 de la LRJPAC, que no son taxativos, las normas sectoriales contienen criterios específicos para la graduación de las sanciones.

Así el apartado 2 del artículo 56 de la LGTel señala que, en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta la situación económica del mismo, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

Esta circunstancia se recoge en la propia LGTel, con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el campo del Derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir, una correspondencia entre la gravedad de la conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Aplicado lo anterior al caso concreto del presente procedimiento, el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones. Así, tomando como referencia el Informe Anual correspondiente a 2008 del grupo Telefónica, el resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA[7]) de Telefónica de España matriz alcanzó la cifra de 10.285 millones de euros, con un crecimiento anual del 8,9%. Asimismo, el margen sobre ingresos de Telefónica de España se situó en el 49,4%, esto es, casi 4 puntos porcentuales superior al registrado en el ejercicio 2007.

Por otro lado, Telefónica de España experimentó un crecimiento en su resultado operativo del 13,9% con respecto a 2007, por lo que puede concluirse que existen varios indicadores que confirman la bonanza económica de Telefónica de España tanto a nivel de grupo como de la matriz.

Asimismo, según se desprende del propio Informe Anual de Telefónica de 2008, la capitalización bursátil de la operadora a cierre de 2008 ascendía a 74.574 millones de euros, lo que le sitúa como una de las operadoras integradas de telecomunicaciones líder a nivel mundial.

En conclusión, la experiencia y el papel de Telefónica en el desarrollo de la banda ancha en España es de gran magnitud, uniéndose a ello la disposición con que cuenta dicho operador de conocimientos tanto jurídicos como económicos y que le han permitido saber de la ilegalidad de la infracción cometida.

[7] Operating Income Before Depreciation And Amortization

**b) Circunstancias atenuantes.**

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, el Consejo de esta Comisión entiende que no concurre en el presente caso circunstancia atenuante alguna.

**QUINTO.- Sanción aplicable a las infracciones.**

## 1 Límite legal.

La LGTel fija unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel, *"por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa* ***por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción.***

***En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:***

El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,

- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción,*
- *20 millones de euros."*

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

> *"2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.*
>
> *3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*
>
> *a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
>
> *b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
>
> *c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. "*

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de

proporcionalidad y disuasión.

## 2 Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el **beneficio bruto** obtenido con la infracción.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico permite ofrecer, a los operadores alternativos, un servicio empaquetado que incluye banda ancha y voz, desvinculando completamente al cliente de Telefónica. Este tipo de ofertas es la norma de mercado que aplica en las zonas donde los operadores se encuentran coubicados (desagregación de bucle).

Es decir, la práctica realizada por Telefónica de retrasar la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico le ha permitido a dicho operador mantener determinados ingresos que no hubiera tenido en caso de que el operador alternativo hubiera podido contratar, en el tiempo estipulado por esta Comisión, ese servicio (beneficio directo).

Adicionalmente, en la medida en que Telefónica ha limitado la capacidad de competir de los operadores alternativos, dicho operador también ha obtenido un beneficio indirecto, derivado de una menor presión competitiva en las zonas en las que sus competidores no han accedido todavía a los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle, beneficio que no resulta posible cuantificar.

La cuantificación del beneficio directo se obtiene como consecuencia de mantener los clientes de banda ancha de los operadores competidores en un acceso indirecto tradicional. Estos ingresos adicionales por línea se pueden cuantificar con la siguiente expresión:

*(Precio Abono RTB – Precio Servicio indirecto "naked") + Ingresos por Terminación + Llamadas fuera ámbito preselección*

Para el cálculo de los elementos anteriores se han utilizado los datos del Informe Anual 2008, así como los precios mayoristas y minoristas regulados por esta Comisión:

| Euros/mes | **Precio cuota minorista** | **Precio servicio indirecto "naked"** | **Total por línea** |
|---|---|---|---|
| Servicio de acceso | 13,97 | 9,45 | 4,52 |
| | | | |
| | **Minutos/línea** | **Ingreso medio Informe Anual** | **Total por línea** |
| **Ingresos por terminación** | | | |
| Nacional | 64 | 0,00790 | 0,51 |
| Internacional | 16 | 0,05910 | 0,92 |
| | | | |
| **Ingresos RI** | 17 | 0,08950 | 1,48 |

De los cálculos anteriores se concluye que, por el hecho de no proveer en tiempo y forma el servicio indirecto sin servicio telefónico, Telefónica ingresa 7,43 euros/mes/línea adicionales a los que ingresaría en caso de que el operador alternativo hubiera podido desvincular completamente a su cliente de banda ancha del operador histórico.

Una vez establecido el importe por línea, cabe determinar las líneas susceptibles de haber

sido migradas al servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico sobre el total de líneas de acceso indirecto de los operadores alternativos. Para ello se han calculado los siguientes escenarios:

- Escenario 1. La penetración del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico se corresponde con la alcanzada por el servicio de acceso compartido sin RTB en el momento en que estaba ya operativo de forma efectiva.

  Para ello se ha considerado que esta fecha se situó en torno al 19 de agosto de 2007. A partir de ahí, según los datos de la propia Telefónica, los operadores requirieron de 3 meses para acceder de forma efectiva al servicio. De esta forma, se han tomado los % de penetración correspondientes a los meses noviembre 2007 – junio 2008, aplicándose sobre las líneas del servicio de acceso indirecto de noviembre 2008 a junio de 2009, y excluyéndose los meses de julio – octubre de 2008, que se han considerado necesarios para que los operadores alternativos pudieran solicitar el servicio;

- Escenario 2. Tomando el periodo descrito anteriormente, se han añadido a las líneas de acceso compartido sin RTB las líneas de acceso completamente desagregado, dado que la demanda de estos servicios, en la zona bucle, se ve satisfecha por ambas modalidades mayoristas.

- Escenario 3. Se ha aplicado la penetración actual de los servicios mayoristas sin RTB de la zona bucle a la zona de indirecto.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se presenta en la tabla siguiente la penetración considerada sobre las líneas de acceso indirecto:

| | Escenario 1 | Escenario 2 | Escenario 3 |
|---|---|---|---|
| **Julio 2008** | 0,00% | 0,00% | 0,00% |
| **Agosto 2008** | 0,00% | 0,00% | 0,00% |
| **Septiembre 2008** | 0,00% | 0,00% | 0,00% |
| **Octubre 2008** | 0,00% | 0,00% | 0,00% |
| **Noviembre 2008** | 0,09% | 30,22% | 70,00% |
| **Diciemebre 2008** | 0,15% | 30,66% | 70,00% |
| **Enero 2009** | 0,45% | 30,83% | 70,00% |
| **Febrero 2009** | 0,91% | 31,46% | 70,00% |
| **Marzo 2009** | 1,28% | 32,09% | 70,00% |
| **Abril 2009** | 1,78% | 32,76% | 70,00% |
| **Mayo 2009** | 2,14% | 33,37% | 70,00% |
| **Junio 2009** | 2,43% | 33,37% | 70,00% |

Así, de acuerdo con los datos de los ingresos obtenidos por Telefónica por línea y mes, se procede a calcular el beneficio bruto obtenido por Telefónica de acuerdo con los escenarios anteriores para el periodo julio 2008 – junio 2009:

| | Importe por línea (euros/mes) | Escenario 1 (euros) | Escenario 2 (euros) | Escenario 3 (euros) |
|---|---|---|---|---|
| Cuota de abono | 4,52 | 20.636 | 590.287 | 1.299.839 |
| Terminación | 1,43 | 6.509 | 186.185 | 409.988 |
| Tráfico no preseleccionable | 1,48 | 6.756 | 193.265 | 425.577 |
| **Total/mes** | **7,43** | **33.901** | **969.737** | **2.135.404** |
| **Total periodo** | | **271.211** | **7.757.896** | **17.083.232** |

Una vez fijado el beneficio bruto obtenido con la infracción por parte de Telefónica en cada uno de los tres escenarios identificados, procede analizar el resto de criterios que recoge la LGTel para determinar el importe de la sanción.

En cuanto al **1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad** en el último ejercicio o en el ejercicio actual, tal y como se ha venido señalando por esta Comisión, no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y las referencias existentes en el ámbito fiscal y mercantil no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.

En concreto, se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

Pues bien, teniendo en cuenta que la rama de actividad afectada para los servicios de acceso desagregado al bucle no se refiere únicamente a la prestación de estos servicios sino a *"aquellos servicios en los que el bucle de abonado es un elemento esencial para que los competidores alternativos puedan competir en los servicios minoristas conexos y en los que Telefónica contaba con un beneficio esperado relevante"*, tal y como se ha reconocido en anteriores procedimientos sancionadores[8], el Consejo de esta Comisión entiende que debe seguirse dicho criterio a la hora de analizar la rama de actividad afectada en el caso del acceso indirecto sin servicio telefónico.

Teniendo en cuenta esto, la restricción de la provisión del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico por parte de Telefónica, en el presente caso, afectaría a los servicios minoristas de acceso RTB, banda ancha y tráfico no preseleccionable. Por su parte, los mercados mayoristas afectados serían el de acceso indirecto al bucle y los servicios de terminación.

Si bien en la Propuesta de resolución elaborada por la instructora del procedimiento se señaló que *"el ámbito geográfico afectado se ve restringido a aquellas centrales en las que los operadores alternativos no cuentan con el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle"*, este Consejo entiende que es erróneo limitar la rama de actividad a dicha zona, en tanto que el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico puede ser solicitado en todo el territorio nacional por cualquier operador alternativo.

Es por ello que la rama de actividad afectada en el presente caso se correspondería con los ingresos generados en el 100% del territorio por parte de Telefónica, de acuerdo con la siguiente tabla (euros):

| Servicio | Ingresos totales |
|---|---|
| **Servicios minoristas** | |
| Acceso telefónico | 1.637.970.860 |
| Banda ancha | 1.944.050.000 |
| Red Inteligente | 295.136.000 |
| **Servicios mayoristas** | |
| Acceso indirecto al bucle | 104.810.000 |
| Terminación de llamadas | 262.925.284 |
| **Total** | 4.244.892.144 |
| **1 % rama de actividad** | **42.448.921** |

[8] Entre ellos, Resolución de 16 de noviembre de 2006 en el marco del expediente RO 2004/1181.

Por tanto, el 1% de los *"ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada"* ascendieron a 42.448.921 €.

En cuanto a la determinación de la cuantía consistente en el **5% de los fondos propios totales**, propios y ajenos, utilizados en la comisión de la infracción que se imputa a Telefónica, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria, cabe señalar que no resulta posible determinarla, y ello porque el incumplimiento por parte de Telefónica de su obligación se traduce en una falta de actuación al respecto. Es decir, simplemente con dedicar menos recursos de los necesarios para cumplir con su obligación se consiguen los efectos descritos. Por lo tanto, no son necesarios fondos para cometer la infracción, sino más bien al contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.

Pues bien, una vez determinados los criterios que fija la LGTel para calcular el importe de la sanción, y en aplicación de las reglas enunciadas anteriormente, se obtienen las siguientes cantidades:

- Beneficio bruto en los distintos escenarios estudiados: Escenario 1 (271.211 €), escenario 2 (7.757.896 €) y escenario 3 (17.083.232 €).
- 1% de los ingresos brutos anuales en el último ejercicio en la rama de actividad afectada: 42.448.921 €.
- 20.000.000 €.

En base a las cantidades obtenidas y los criterios legales aplicables, el límite máximo de cuantía que puede imponerse en la sanción de la infracción cometida en el presente procedimiento es de 42.448.921 €.

No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias existentes a la hora de determinar la sanción apropiada en el presente procedimiento, que la sanción finalmente impuesta es, como se verá, inferior a la propuesta por la instructora y que no han sido tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones, que las aportadas en la fase de Instrucción, conforme al artículo 19.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, no resulta necesario someter este extremo a un nuevo trámite de audiencia.

## 3 Determinación de la sanción.

Hay que tener en cuenta que *"la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren"* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). Este principio de proporcionalidad *"se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción"* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

Pues bien, en aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso, resultan las siguientes conclusiones:

- No es posible determinar los fondos totales utilizados en la infracción, al tratarse de una infracción por omisión.
- En el presente caso, a tenor de lo establecido en el artículo 56.1a) de la LGTel, el límite máximo de la sanción a imponer resulta ser de 42.448.921 €.
- Se considera de relevancia la infracción cometida, a tenor de las circunstancias agravantes que concurren, en particular, la situación económica del infractor y la importancia del daño causado.
- Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Así, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, y teniendo en cuenta que concurren varios agravantes, se considera que procede imponer una sanción de once millones (11.000.000) de euros.

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,

## RESUELVE

**PRIMERO.** Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de esta Comisión, de 27 de marzo de 2008, sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica de España, S.A.U.

**SEGUNDO.** Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, una sanción económica por importe de ONCE MILLONES de EUROS (11.000.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander indicándose el número de expediente de referencia RO 2009/644. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 a Ley 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 48 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***