

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A CANAL DON BENITO, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE JUNIO DE 2013.

Expediente número SNC/DTSA/683/14/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN CANAL DB

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 5 de febrero de 2015

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador de referencia **SNC/DTSA/683/14** dirigido al esclarecimiento de hechos y determinación de posibles responsabilidades que dimanen de la vulneración, por parte de CANAL DON BENITO, S.L., de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013 (RO 2012/2109).

Con fecha 2 de octubre de 2012, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), interpuso ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (en lo sucesivo, CMT) un conflicto de uso compartido de infraestructuras frente a la entidad Canal Don Benito, S.L. (en adelante, Canal DB), ante la ocupación irregular por ésta de determinada infraestructura de Telefónica sita en el municipio pacense de Don Benito.

¹ Organismo sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Instruido el expediente de referencia, mediante Resolución del Consejo de la CMT de fecha 20 de junio de 2013 se acordó lo siguiente:

“ÚNICO.- Canal Don Benito, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de Don Benito, en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización”.

SEGUNDO.- Denuncia de Telefónica contra Canal DB por el incumplimiento de la Resolución de 20 de junio de 2013.

Con fecha 12 de agosto de 2013, Telefónica presentó un escrito² ante la CMT mediante el cual ponía de manifiesto la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de compartición con Canal DB, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 20 de junio de 2013.

Al objeto de analizar estos hechos, así como la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, el 4 de octubre de 2013 se inició un período de información previa al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Tras valorar las actuaciones practicadas en este período y tener indicios de la falta de predisposición de Canal DB a alcanzar un acuerdo de compartición en los términos exigidos en la Resolución de 20 de junio de 2013, esta Comisión acordó lo siguiente:

1.- Incoar un procedimiento sancionador

En fecha 18 de marzo de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), inició el presente procedimiento sancionador contra Canal DB, como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel de 2003), consistente en el presunto incumplimiento del resuelve único de la Resolución de 20 de junio de 2013 (documento núm. 1 del expediente administrativo).

El acuerdo de inicio fue notificado tanto a Canal DB, el día 8 de abril de 2014, como a la instructora del procedimiento, el 24 de marzo de 2014, según consta debidamente acreditado en el expediente (documentos núm. 2 y 3).

2.- Iniciar un procedimiento de ejecución forzosa (expediente RO 2014/245)

Mediante acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 18 de marzo de 2014, se requirió a Canal DB para que, en el plazo de quince días hábiles ejecutase lo dispuesto en la Resolución de 20 de junio de 2013, en relación con la

² En el seno del expediente AJ 2013/1510, por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Canal DB contra la Resolución anterior de 20 de junio de 2013.

obligación de firmar un acuerdo de compartición con Telefónica, bajo apercibimiento de la imposición de multas coercitivas por importe de 1.000 euros diarios para el caso de incumplimiento, expediente que ha sido archivado el 9 de octubre de 2014 por desaparición sobrevenida de su objeto, al haberse firmado por las dos entidades el correspondiente contrato MARCo para la utilización de las infraestructuras de Telefónica.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de Canal DB.

Con fecha 11 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Canal DB en relación con la apertura del presente procedimiento sancionador (documento núm. 4), escrito en el que afirma que no es cierto que esa operadora no hubiera mostrado predisposición alguna a cumplir con lo dispuesto en la Resolución de 20 de junio de 2013, sino que no aceptaba el acuerdo propuesto por Telefónica, por considerarlo injusto y desproporcionado.

Se aporta, por primera vez a esta Comisión, copia de un burofax que Canal DB había enviado el 22 de octubre de 2013 a Telefónica, mediante el que se daba respuesta a la propuesta de acuerdo que le había remitido Telefónica el 2 de octubre de 2013, y en el que manifestaba su disconformidad con el borrador enviado por cuanto entendía que no se ajustaba a la Resolución de la CMT y a la realidad de los gastos soportados por Telefónica que debían ser objeto de compensación económica.

En virtud de lo señalado por Canal DB, hasta ese momento esa entidad no había tenido respuesta alguna por parte de Telefónica en relación con el anterior escrito, por lo que solicitaba el archivo inmediato del presente procedimiento sancionador.

CUARTO.- Firma del contrato MARCo.

Durante la instrucción de este procedimiento Telefónica mantuvo que no había recibido en su día el anterior burofax en el departamento adecuado –aunque el mismo había sido notificado en su dirección postal, como esta Comisión comprobó en la tramitación del procedimiento de ejecución forzosa archivado el 9 de octubre de 2014-.

Tal y como reconocen ambas partes, el contrato no es firmado hasta el día 4 de junio de 2014, en una reunión celebrada entre ellas, como “Adenda a la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCO)”. Este acuerdo es aportado por Telefónica mediante escrito de fecha 23 de julio de 2014 (documento núm. 9), escrito en el que se solicita que se tenga por cumplimentada la Resolución de la CMT de 20 de junio de 2013.

QUINTO.- Propuesta de resolución sometida a audiencia.

Con fecha 19 de noviembre de 2014, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (documento núm. 10) en la que se proponía:

“PRIMERO.- Declarar responsable directo a Canal Don Benito, S.L. 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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013, dictada en el expediente núm. RO 2012/2109).

SEGUNDO.- *Imponer a Canal Don Benito, S.L. una sanción por importe de ocho mil euros (8.000 €) por la anterior conducta.”*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Canal DB el día 25 de noviembre de 2014 (documento núm. 10).

SEXO.- Escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

El 29 de diciembre de 2014 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Canal DB en respuesta a la propuesta de resolución formulada por la instructora, escrito en el que esa entidad se reitera en las alegaciones formuladas al acuerdo de inicio, haciéndose especial hincapié en los siguientes aspectos (documento núm. 11):

- Que no es cierto que esa entidad no haya mostrado su predisposición a cumplir con la Resolución de la CMT, de fecha 20 de junio de 2013, sino que lo que no ha mostrado es su predisposición a aceptar el acuerdo propuesto inicialmente por Telefónica, por considerarlo injusto, desproporcionado y desajustado al contenido de la meritada Resolución.
- Que, con fecha 2 de octubre de 2013, Telefónica había requerido a Canal DB para la formalización del acuerdo, y que, en respuesta a este escrito, Canal DB había enviado un burofax a Telefónica el 22 de octubre en el que desgranaba las causas del desacuerdo y emplazaba a Telefónica a una reunión al efecto de definir el acuerdo de compartición.
- Que Telefónica había permanecido inactiva durante seis meses y no es hasta el mes de abril de 2015 cuando realiza nuevas actuaciones, a través de un correo electrónico, *“curiosamente cuando esa Comisión tiene conocimiento del burofax que el 22 de octubre de 2013 Canal DB remitió a Telefónica proponiéndole una reunión para cerrar el acuerdo de compartición.”*
- Que tras ello y después de posponerse en varias ocasiones una reunión entre las partes, se suscribe el acuerdo de compartición en el mes de junio de 2014.
- Que no alcanza a comprender que la propuesta de resolución advierta la actitud obstruccionista de Canal DB por no haber ejecutado la Resolución de fecha 20 de junio de 2013, cuya suspensión fue solicitada y denegada el 5 de septiembre de 2013, y sin embargo no se reproche a Telefónica el periodo de seis meses en los que ni siquiera contesta al requerimiento que le hizo Canal DB.

La empresa manifiesta su desacuerdo, asimismo, con el reproche que se hace en la propuesta de resolución sobre la tardanza en poner en conocimiento de esta Comisión (el 14 de abril de 2014) de la existencia del burofax remitido a Telefónica por Canal DB el 22 de octubre de 2013.

SÉPTIMO.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 16 de enero de 2015, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de Resolución del presente procedimiento sancionador.

II HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Canal DB no firmó un acuerdo de uso compartido con Telefónica en el plazo de 20 días establecido en la Resolución de 20 de junio de 2013.

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

1. Notificación de la Resolución de 20 de junio de 2013

La resolución de la CMT mediante la que se conminaba a las partes a alcanzar el correspondiente acuerdo fue efectivamente notificada a Canal DB el 26 de junio de 2013, según consta en el acuse de recibo obrante en el expediente de referencia, por lo que el periodo para proceder al cumplimiento de la meritada resolución fue el comprendido entre el **27 de junio y el 19 de julio de 2013.**

2. Notificación de la propuesta de contrato por parte de Telefónica.

Dentro del anterior plazo, en concreto el 12 de julio de 2013, Telefónica remitió a Canal DB un burofax junto con el que adjuntaba una propuesta de contrato para el uso compartido de infraestructuras, en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución de 20 de junio de 2013.

3. Respuesta de Canal DB

El 26 de julio de 2013, es decir, fuera ya del plazo otorgado por esta Comisión para proceder al cumplimiento de lo estipulado en la anterior Resolución a través de la firma del correspondiente acuerdo, Canal DB remitió a Telefónica un burofax mediante el que manifestó que esa entidad estaba en total desacuerdo con el contenido de la Resolución de 20 de junio de 2013, por lo que había presentado ante la CMT el correspondiente recurso de reposición contra la misma y solicitado la suspensión de su ejecución.

Como consecuencia de estos hechos, se afirmaba expresamente que *“no entienden procedente entrar a valorar el contenido del borrador que nos remiten”*.

4. Recurso de reposición interpuesto por Canal DB

En efecto, el 26 de julio de 2013, Canal DB interpuso recurso de reposición contra la referida Resolución y solicitó asimismo la suspensión de su ejecutividad, al amparo del artículo 111.2.b) de la LRJPAC.

Tal y como ya se ha señalado, el recurso se presentó fuera del plazo otorgado por esta Comisión para alcanzar el correspondiente acuerdo.

Con fecha 5 de septiembre de 2013, el Consejo de la CMT dictó resolución mediante la que se acordó denegar la suspensión cautelar solicitada por Canal DB y posteriormente, el 26 de septiembre de 2013, se desestimó íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Canal DB (procediéndose a su notificación el 3 de octubre de 2013).

5. Actuaciones posteriores de Canal DB

Con fecha 2 de octubre de 2013 Telefónica remitió un tercer burofax a Canal DB recordándole su obligación de cumplir con la Resolución de 20 de junio de 2013, y concediéndole un plazo de diez días hábiles para la formalización del correspondiente acuerdo de compartición. Se le apercibía de que, en caso contrario, se procedería a requerir a la CMT la apertura del correspondiente procedimiento sancionador.

Como consecuencia de estos hechos el 4 de octubre de 2013 esta Comisión inició un periodo de información previa, al objeto de valorar la conveniencia de iniciar un procedimiento sancionador contra Canal DB. En el marco de este expediente, Canal DB remitió el 24 de octubre de 2013 un escrito en el que anunciaba la interposición de recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de 20 de junio y 26 de septiembre de 2013. Se señalaba que, no obstante lo anterior, estaba estudiando el borrador del acuerdo remitido por Telefónica y que tenía previsto emplazar a Telefónica para poder limar las diferencias existentes entre ambas operadoras.

Sin embargo, hasta bastante más tarde, **el 11 de abril de 2014**, en el marco del presente procedimiento, Canal DB no aportó la copia de un burofax que esa entidad había enviado a Telefónica el 22 de octubre de 2013 en respuesta a la propuesta de acuerdo remitida, mediante el que nuevamente manifestaba su disconformidad con el borrador enviado, al considerar que el mismo no se ajustaba a la Resolución de 20 de junio de 2013 ni a la realidad de los gastos soportados por Telefónica que debían ser objeto de compensación económica.

En dicho burofax, sin embargo, no se proponía un redactado alternativo, ni se concretaban las infraestructuras que, en su opinión, estaban siendo ocupadas por Canal DB, sino que únicamente se emplazaba a Telefónica para que a la mayor brevedad posible se mantuviera un encuentro entre ambas entidades en la sede de Canal DB con el fin de resolver divergencias y suscribir un acuerdo de conformidad con las prescripciones impuestas por la CMT. Este burofax, según manifestaciones de Telefónica, no fue recibido en su día en el departamento adecuado –a pesar de haber

sido notificado en su dirección postal, como esta Comisión comprobó en la tramitación del expediente de ejecución forzosa citado-.

El 13 de diciembre de 2013 Telefónica comunicó nuevamente a esta Comisión la falta de voluntad negociadora de Canal DB, poniendo de manifiesto que esta actitud únicamente estaba beneficiando a esta última entidad, por cuanto seguía manteniendo las infraestructuras de Telefónica ocupadas sin haber todavía abonado las cuantías anteriores ni pagar nada por la ocupación presente.

Los anteriores hechos –en particular, la ausencia de pruebas de Canal DB que evidenciasen su voluntad de llegar a un acuerdo- llevaron a esta Comisión a proceder a la apertura del presente procedimiento sancionador el 18 de marzo de 2014. Como ya se ha señalado, no fue hasta el período de alegaciones cuando Canal DB aportó como única prueba de su voluntad negociadora la remisión del fax de fecha 22 de octubre de 2013.

Posteriormente a la incoación del presente expediente, Telefónica remitió un nuevo correo electrónico a Canal DB, en concreto el 15 de abril de 2014, el cual reiteró el 21 de ese mismo mes, emplazando nuevamente a esa entidad a mantener una reunión en las oficinas de Telefónica el 22 de abril de 2014 (documento núm. 7).

Como respuesta al anterior emplazamiento, el 21 de abril de 2014 se remitió por parte de Canal DB un correo electrónico (documento núm. 11) en el que afirmaba que esa entidad había convocado en tres ocasiones distintas en sus oficinas a Telefónica para consensuar el acuerdo de uso compartido de infraestructuras, ofreciéndoles hasta tres fechas alternativas ante la imposibilidad de desplazarse a Madrid en la fecha que le había propuesto Telefónica (aunque no se aporta documento alguno acreditativo de este extremo). En el referido correo se proponen otras fechas para la reunión entre ambas partes, y como lugar de encuentro las oficinas de Canal DB.

El 24 de abril Telefónica se puso en contacto con Canal DB vía correo electrónico, reiterado el 29 de abril, en el que se pone de manifiesto que, ante la imposibilidad de cuadrar las agendas para las fechas de las reuniones, se procede nuevamente a la remisión del borrador de acuerdo de uso compartido de infraestructuras con el fin de que esa entidad proceda a cumplimentar los datos que considere oportunos y devuelva dos copias del mismo firmadas.

El 5 de mayo Canal DB envió un correo electrónico a Telefónica mediante el que emplazaba a esa entidad para celebrar una reunión en las oficinas de Canal DB el jueves 8 de mayo, correo que es contestado el 8 de mayo por parte de Telefónica mediante un nuevo emplazamiento para el día 23 de ese mismo mes, solicitándose nuevamente el envío de las concretas propuestas de modificación del borrador de acuerdo remitido.

Finalmente, ambas partes acordaron una nueva fecha para mantener la reunión, concretamente el 4 de junio de 2014, fecha en la que ambos operadores se reunieron y formalizaron el acuerdo requerido por la CMT, bajo el título “Adenda a la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCO)”.

Este acuerdo fue aportado por Telefónica mediante escrito de fecha 23 de julio de 2014 (documento núm. 9), escrito en el que se solicitaba que se tuviera por cumplimentada la Resolución de la CMT de 20 de junio de 2013. El acuerdo concreta determinadas condiciones respecto a los importes a pagar por Canal DB a Telefónica en concepto de cuota recurrente mensual y de atrasos por la ocupación de infraestructuras **desde el 20 de enero de 2011**.

De todo lo expuesto, esta Comisión considera suficientemente probada la actitud obstativa de Canal DB, entidad que ha venido dificultando y retrasando el cumplimiento de la Resolución de la CMT de fecha 20 de junio de 2013, justificando reiteradamente esta actitud en base a su discrepancia con lo ordenado por la CMT así como por los términos del borrador de acuerdo remitido por Telefónica, lo que ha conllevado la tardanza en su firma hasta el 4 de junio de 2014.

A los anteriores Antecedentes y Hecho Probado les son de aplicación los siguientes

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador.

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. A este respecto, tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Con fecha 11 de mayo de 2014, entró en vigor la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2014), norma que viene a derogar, entre otras, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones³.

Entre las funciones que la LGTel de 2003 otorgaba a la CNMC se encontraba, en el artículo 48.4 d) de la misma, la *“resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras (...)”*⁴.

A tales efectos, el artículo 11.4 de la LGTel de 2003 disponía que la CNMC *“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,*

³ Disposición Derogatoria Única, apartado b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁴ En el mismo sentido se encuentra redactado el artículo 15 de la LGTel de 2014.

garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3⁵.

Asimismo, el artículo 30, apartado 3, de la LGTel de 2003, relativo a la “Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada” establecía que “El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente [las Administraciones competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial], mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.”⁶

En uso de la habilitación competencial señalada, con fecha 20 de junio de 2013 la CMT dictó la Resolución mediante la que se resolvía el conflicto de uso compartido de infraestructuras entre Telefónica y Canal DB.

Por otra parte, los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel de 2003, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, atribuyen a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel de 2003 establece la competencia sancionadora de esta Comisión en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

El presente procedimiento sancionador se incoó para valorar la presunta infracción del tipo contenido en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que tipificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones de la CMT.

En el mismo sentido, el artículo 84.2 de la LGTel de 2014 atribuye a la CNMC el ejercicio de la potestad sancionadora “en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

Por su parte, el artículo 76.12 de la LGTel de 2014 tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones.

⁵ Actual artículo 12.5 de la LGTel de 2014.

⁶ Actual artículo 70.1 d) de la LGTel de 2014.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y en el Hecho probado y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución de 20 de junio de 2013, de conformidad con los artículos 53.r) de la LGTel de 2003 y 76.12 de la LGTel de 2014, que tipifican como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) y en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho Probado.

El presente procedimiento sancionador se inició, tal y como se ha señalado anteriormente, ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

La entrada en vigor de la nueva LGTel, el pasado 11 de mayo de 2014, no afecta a la anterior tipificación. En efecto, tal como señala el artículo 128 de la LRJPAC, debe aplicarse la disposición sancionadora vigente en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. No obstante, de conformidad con los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC, las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

El tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel de 2003, actualmente derogada, se mantiene como muy grave y con una redacción similar en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014. Asimismo, las reglas para la fijación de la sanción han sido modificadas en la LGTel de 2014, pero ello no afecta al presente procedimiento, como más tarde se examinará. Por ello, se aplica en el presente procedimiento la LGTel de 2003.

En particular, tal y como consta en el Resuelve Único del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el mismo se inició por existir indicios de incumplimiento, por parte de Canal DB, de la Resolución de 20 de junio de 2013, mediante la que se resolvió el conflicto de uso compartido de infraestructuras presentado por Telefónica frente a aquella entidad, por el cual se imponía a los interesados la obligación de firmar un acuerdo de compartición de infraestructuras de telecomunicaciones con el objetivo de regularizar las ocupaciones irregulares realizadas por Canal DB en las infraestructuras de Telefónica sitas en el municipio pacense de Don Benito.

De acuerdo con el principio de tipificación establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC y al objeto de tipificar la actuación de Canal DB, es necesario analizar si, de las consideraciones que se han vertido en el Hecho Probado Único, puede inferirse que ha habido un incumplimiento de la citada Resolución.

En el presente caso, la comisión de la infracción tipificada el artículo 53 r) de la LGTel de 2003 (actual artículo 76.12 de la LGTel de 2014) se concreta, con carácter general, en que Canal DB ha impedido con su actuación la firma de un acuerdo de compartición de infraestructuras entre Telefónica y esa entidad en el plazo y con las condiciones marcadas por esta Comisión. En efecto, la falta de voluntad negociadora por parte de Canal DB desde el primer momento, en el que ya se anunciaban las reticencias de esa entidad para proceder al cumplimiento de la Resolución como consecuencia de su disconformidad con la misma, únicamente ha beneficiado a Canal DB por cuanto ha estado ocupando ilegalmente las infraestructuras de Telefónica sin haber abonado las cuantías correspondientes hasta un momento muy posterior al de la ocupación de dichas infraestructuras, con los consiguientes perjuicios que esta situación ha supuesto para Telefónica.

Canal DB trata de justificar su conducta alegando que, tras recibir el borrador de acuerdo por parte de Telefónica, había informado a esa entidad de su disconformidad con la Resolución de 20 de junio de 2013, indicándole asimismo que había interpuesto recurso de reposición contra dicha resolución y solicitado la suspensión de su ejecución. Por todo ello, esa entidad consideraba inadecuado entrar a valorar el contenido de la propuesta de acuerdo hasta que recayera resolución en su recurso de reposición.

En respuesta a esta alegación, cabe indicar que, de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produce sus efectos propios desde el momento en que es adoptado. Como tiene declarado el Tribunal Supremo en torno a los principios de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución) y presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la LRJPAC), la doctrina general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos es reiterada y pacífica.

Asimismo el artículo 94 de la LRJPAC establece expresamente que *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización posterior.”*

En efecto y según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos. Así, la sentencia de 20 de diciembre de 2006⁷ expresamente señala que:

⁷ Sentencia de 20 de diciembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, recurso de casación número 3898/2004.

“Desde el punto de vista de la resolución sancionadora de la que deriva el presente recurso no puede sostenerse que la hipotética suspensión de la primera de ambas resoluciones y, menos aún, su mera solicitud, originara automáticamente la inviabilidad de incoar un procedimiento sancionador por su incumplimiento o de finalizarlo con la correspondiente sanción. Es claro que tanto si se suspendía la citada resolución como si no, el procedimiento sancionador estaba en todo caso condicionado por el resultado del recurso contra la misma, de tal manera que si éste triunfaba el procedimiento sancionador quedaba invalidado. Pero una cosa es esa dependencia y otra que no pudiese incoarse y finalizarse el procedimiento sancionador, tanto más necesario cuanto que estaba en juego el interés público en el cumplimiento de resoluciones cuya eficacia depende de su puntual acatamiento, tanto temporal como en cuanto a su contenido, como lo son las de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se producen en un ámbito de rápida evolución”.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2008⁸ afirma lo siguiente:

“El derecho a la justicia cautelar no produce, como mantiene la Entidad recurrente, el efecto jurídico de impedir que el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde la incoación de un procedimiento sancionador para esclarecer las circunstancias concurrentes en relación con el incumplimiento de determinadas resoluciones adoptadas por la misma Comisión hasta que los tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan pronunciarse sobre la procedencia de decretar las medidas cautelares solicitadas, porque esta interpretación expansiva del contenido garantista tutelado por el artículo 24 de la Constitución, que erosionaría, en este supuesto, sin justificación alguna, el principio de ejecutividad de los actos administrativos, no ha sido objeto de validación por el Tribunal Constitucional.”

De todo lo anterior cabe concluir que la Resolución de 20 de junio de 2013 fue ejecutiva desde el momento en que la misma fue notificada a los interesados, y por tanto su cumplimiento debió efectuarse en el momento oportuno (en concreto en el periodo transcurrido entre los días 27 de junio y 19 de julio de 2013, otorgado por la Resolución de 20 de junio del mismo año).

Del Hecho Probado Único se ha determinado que tras expirar el anterior plazo e incluso después de dictarse la resolución de fecha 26 de septiembre de 2013, mediante la que se resolvió el recurso de reposición presentado por Canal DB contra la resolución de 20 de junio de 2013, esta compañía no demostró una voluntad clara dirigida a conseguir el acuerdo y empezar a pagar las cantidades debidas.

En efecto, la remisión por Canal DB de un simple burofax a Telefónica el 22 de octubre de 2013 (que según Telefónica no fue recibido en el departamento adecuado, pero que no fue reiterado posteriormente por parte de Canal DB), en el que únicamente se

⁸ Sentencia de 29 de abril de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3ª, recurso de casación número 5199/2005.

manifiesta la disconformidad con el borrador de acuerdo enviado por Telefónica, y en el que no se propone un redactado alternativo ni se concretan las infraestructuras que, en opinión de Canal DB, estaban siendo ocupadas por esa entidad, no puede entenderse como prueba acreditativa del cumplimiento de la resolución de la CMT, máxime cuando esta inactividad, tal y como ya se ha señalado, ha beneficiado solamente a Canal DB que ha estado ocupando desde el 20 de enero de 2011 las infraestructuras de Telefónica sin firmar ningún contrato, por tanto, en estando en precario, y sin haber abonado hasta la firma del acuerdo contraprestación económica alguna.

Por todo ello, ha de concluirse que Canal DB ha incumplido la Resolución de 20 de junio de 2013 e incurrido en el tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel de 2013.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica debe ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del Derecho Penal y que es aplicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo (sentencias de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579), 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), o 21 de enero de 2011 (RJ 2011/485).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 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.”*

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador, no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o imprudencia⁹, constituyendo la concurrencia de dolo un criterio de graduación de la sanción. En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable, para afirmarse la responsabilidad del infractor.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de

⁹ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba que *“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”.*

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.

Por tanto, 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, como por ejemplo el artículo 76.6 de la LGTel de 2014, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las Resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, tal y como ya se ha señalado, se imputa a Canal DB una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de junio de 2013 al no haber procedido a alcanzar en tiempo y forma el acuerdo de uso compartido de infraestructuras con Telefónica hasta el 4 de junio de 2014.

Canal DB tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica, concurriendo, en consecuencia, el requisito de culpabilidad a título de dolo en la actuación de esa entidad, al quedar probada su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

La presentación tardía a esta Comisión de un burofax enviado a Telefónica el 22 de octubre de 2013 (que ni siquiera fue recibido por la operadora), y en el que únicamente se vuelve a mostrar la disconformidad de Canal DB con la Resolución de esta Comisión de 20 de junio de 2013, no puede considerarse como representativa de la voluntad de esa entidad de proceder al cumplimiento de lo ordenado por la CMT. En efecto, en dicho burofax no se envía un texto alternativo al borrador enviado por Telefónica ni se concretan las arquetas y metros de conductos que, en opinión de Canal DB venían siendo ocupados, con el objeto de solucionar las discrepancias habidas entre ambas compañías y llegar a un acuerdo.

TERCERO.- Criterios de graduación de la sanción.

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

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.”

Asimismo el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que:

- “a) 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:*
- b) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) 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.”*

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos se considera que procede apreciar en el presente caso el criterio de graduación de la sanción de la escasa repercusión social de la infracción cometida, como circunstancia que minora la sanción a imponer a la entidad imputada.

Así, de la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación. Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC, se estima que las circunstancias concurrentes conducen a valorar la repercusión social de la infracción como un criterio que minora la sanción a imponer a Canal DB.

CUARTO. Sanción aplicable a las infracciones.

1.- Límite legal de la sanción.

La LGTel de 2003 fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también 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 de 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, o*
- *20 millones de euros”.*

El artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014 simplifica las reglas para fijar la cuantía máxima de la sanción que pueda imponerse, eliminando los criterios de la rama de actividad afectada y de los fondos utilizados en la infracción. No obstante, ello no tiene ninguna incidencia en el procedimiento actual, como se verá a continuación.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

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

- Beneficio bruto

La instrucción del expediente sancionador ha revelado claramente que la actitud obstativa de Canal DB durante las negociaciones le ha reportado un claro beneficio al venir ocupando durante todo este tiempo unas infraestructuras de Telefónica sin haber abonado cuantía económica alguna, y como se expuso en la resolución incumplida, esta ocupación se produce desde el 20 de enero de 2011.

En este sentido, las consecuencias asociadas al incumplimiento imputado a Canal DB consisten principalmente en el disfrute de tales infraestructuras sin existir contrato alguno, ni por tanto autorización por parte de Telefónica, y el beneficio vendría derivado del uso de tales infraestructuras en condiciones menos gravosas que para cualquier otra empresa competidora, al no tener que solicitar financiación para pagar la cantidad debida ni remunerar a Telefónica importe alguno por el uso de las infraestructuras, no asumiendo tampoco obligación alguna como consecuencia de la compartición (costes de mantenimiento, etc.), durante el periodo imputado de incumplimiento.

Por tanto, y a los efectos del presente procedimiento, Canal DB se ha beneficiado durante más de diez meses (desde el día 20 de julio de 2013, fecha en la que finalizaba

el plazo otorgado para el cumplimiento de la Resolución de 20 de junio del mismo año, hasta la firma del Acuerdo alcanzado por las partes, el 4 de junio de 2014) de la ausencia de coste alguno por el uso de las infraestructuras de Telefónica sitas en el municipio de Don Benito sin autorización alguna por parte de esta operadora, coste que las propios interesados han fijado en el contrato en **[CONFIDENCIAL]**:

FIN CONFIDENCIAL].

En el momento del vencimiento del plazo de cumplimiento de la Resolución, el 20 de julio de 2013, ese coste era de **[CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]**, puesto que Canal DB venía ocupando las infraestructuras desde el 20 de enero de 2011, habiéndose incrementado a **[CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]** como consecuencia del retraso en el cumplimiento de la Resolución de esta Comisión, el día 4 de junio de 2014, siendo esta última la cantidad acordada entre las partes por el periodo total de ocupación desde el 20 de enero de 2011 hasta el 31 de mayo de 2014, en concepto de *“determinación de las condiciones relativas a las cantidades en concepto de atrasos”*.

No obstante, el coste anterior -más los intereses pactados- aún no ha sido sufragado y continúa aplazándose en virtud de lo dispuesto en **[CONFIDENCIAL]**

FIN CONFIDENCIAL].

Por lo tanto, el beneficio directo derivado de la comisión de la infracción consiste en que Canal DB ha podido seguir desarrollando y afianzando su negocio de comunicaciones electrónicas durante el periodo imputable –desde julio de 2013 hasta el 4 de junio de 2014–, sin asumir coste alguno por la ocupación de las infraestructuras, obteniendo por ello una ventaja a costa de Telefónica, que se ha convertido de forma forzosa en la entidad financiera de Canal DB **[CONFIDENCIAL]**

- FIN CONFIDENCIAL].

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta otros beneficios indirectos obtenidos por Canal DB, por ejemplo aquellos derivados de no tener que asumir un coste financiero más elevado en el caso de que esa operadora hubiera solicitado dicho importe a una entidad

bancaria a un tipo de interés posiblemente muy superior al interés legal del dinero pactado entre las partes.

En todo caso, este coste financiero ahorrado por Canal DB resulta de imposible determinación, ya que se trata de un beneficio indirecto que no es posible cuantificar pues no es factible identificar la totalidad de los beneficios indirectos materiales obtenidos por la comisión de la infracción.

Como consecuencia de todo lo anterior, se concluye que no puede determinarse en la presente resolución el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción.

- Rama de actividad

En cuanto al criterio del 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada en el último ejercicio, tal y como ha venido señalando esta Comisión en su práctica administrativa¹⁰, no existía una definición específica en la LGTel que delimitase su contenido. Con carácter general, para esta Comisión, la rama de actividad se define como 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.

Así, de conformidad con el artículo 56 de la LGTel, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en la que se realizó la acción u omisión, sino la rama de “*actividad afectada*”.

Como recoge la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2010¹¹, “*el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como “rama de actividad afectada”.*”

Pues bien, en el presente caso, el recurso afectado por la presunta infracción que se imputa, las infraestructuras civiles ocupadas, permite a Canal DB prestar sus servicios de comunicaciones electrónicas. A falta de dichas infraestructuras, Canal DB no podría

¹⁰ Véase por ejemplo la Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado contra Telefónica por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador y la Resolución de 7 de junio de 2012 del expediente sancionador RO 2011/2321, incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

¹¹ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811.

ofrecer ninguno de los servicios que presta en la actualidad. Por tanto, la actividad económica de Canal DB depende, al completo, del uso de tales infraestructuras.

Por todo ello debe estimarse que la rama de actividad afectada en el presente caso se conforma por los ingresos totales que obtiene Canal DB por sus actividades de comunicaciones electrónicas.

De acuerdo con la información declarada por Canal DB a esta Comisión, en el marco del informe económico sectorial correspondiente al ejercicio 2013, los ingresos obtenidos por esa operadora como consecuencia de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas son de **[CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]**. Por tanto, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada ascendió a **[CONFIDENCIAL: FIN CONFIDENCIAL]**.

- Fondos totales

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 Canal DB, la conducta reprochada a este operador consiste en una falta de actuación (no alcanzar un acuerdo). Así, no son necesarios fondos para cometer la infracción, sino más bien lo contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con la obligación impuesta por la CMT.

- Conclusión

De conformidad con el 56.1.a) de la LGTel de 2003, teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por esta infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 20 millones de euros. Esta conclusión no se ve afectada por la entrada en vigor de la nueva LGTel de 2014, que mantiene en su artículo 79.1 a) el límite máximo de la sanción en 20 millones de euros, para este tipo de infracción.

3.- Determinación de la sanción.

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Al presente procedimiento se aplica la LGTel de 2003, al haberse realizado el hecho probado único durante la vigencia de esta norma y no haberse modificado ni la calificación jurídica del tipo ni el importe máximo por la comisión de la infracción (20 millones de euros) en la Ley de 2014, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la LRJPAC, en consonancia con el artículo 9.3 de la Constitución.
- Debe tenerse en cuenta como criterio que ha de atenuar la sanción a imponer la concurrencia de la escasa repercusión social alcanzada por la infracción cometida.
- 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, en el artículo 56 de la LGTel de 2003, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta la existencia de una circunstancia

atenuante, se impone una sanción en los tramos inferiores posibles del tipo de infracción imputado, considerando que procede imponer una sanción de ocho mil (8.000) euros, por el incumplimiento de la Resolución de 20 de junio de 2013.

Vistos los antecedentes de hecho, el hecho probado y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, 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, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Canal Don Benito, S.L. 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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013, dictada en el expediente núm. RO 2012/2109).

SEGUNDO.- Imponer a Canal Don Benito, S.L. una sanción por importe de ocho mil euros (8.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera Caixabank, S.A. ("La Caixa"). 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la interesada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.