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 23/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de julio de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales (RO 2009/1233).

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a Telefónica de España, S.A. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 29 de julio de 2009 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 23/10 de 15 de julio de 2010, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Período de información previa con número de expediente AEM 2009/884.

Con fecha 29 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, FTES) por el que denunciaba ciertas prácticas anticompetitivas en las que Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica) estaría incurriendo como consecuencia de su política promocional en servicios de banda ancha (documento núm. 1.1 del expediente administrativo).

En concreto, FTES manifestaba que había tenido conocimiento de una promoción que Telefónica estaba ofreciendo a través de sus empresas comercializadoras (en este caso, Comunicaciones Morrazo, S.L.), a clientes de otros operadores, y que consistía en la

aplicación de un descuento del 50% en las primeras ocho mensualidades al contratar una línea ADSL 3/6 Mbps y un bono descuento adicional en la factura de entre 10 ó 20 euros, dependiendo del operador de origen, durante esas ocho mensualidades.

Según FTES, esta promoción no pudo ser encontrada en su momento en la base de datos que recoge las promociones notificadas por Telefónica y que publica esta Comisión en su página web, por lo que dicho operador consideraba que Telefónica había vulnerado el procedimiento que establece la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprobaba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de junio de 2009[1], se procedió a abrir un periodo de información previa (con número de expediente AEM 2009/884) con el fin de conocer, con mayor detalle, las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente expediente (documentos núm. 1.2 y 1.3 del expediente).

SEGUNDO.- Requerimiento de información.

Asimismo, con fecha 3 de junio (doc.1.2) se requirió a Telefónica para que en el plazo de diez días, y conforme a lo previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) remitiera a esta Comisión la siguiente información:

- *"Vinculación existente entre TELEFÓNICA y la empresa "Comunicaciones Morrazo, S.L.". En particular, aportar documentación o descripción detallada de:*
  - *Calificación de la relación existente entre TELEFÓNICA y "Comunicaciones Morrazo, S.L." a los servicios de TELEFÓNICA, aportando, a estos efectos, el contrato u otros documentos acreditativos al respecto;*
  - *Condiciones económicas de cualquier servicio que TELEFÓNICA remunere a "Comunicaciones Morrazo, S.L." por la comercialización de sus servicios minoristas – por ejemplo, en conceptos tales como distribución, publicidad, comisión de ventas… –, aportando, a estos efectos, el contrato u otros documentos acreditativos al respecto;*
- *En caso de que TELEFÓNICA realice directamente la oferta descrita anteriormente, aportar la descripción completa y detallada de la promoción denunciada por FTES, así como fecha en la que fue comunicada dicha promoción a esta Comisión.*
- *Indicar los servicios sobre los que se aplica el bono descuento de 10 ó 20 euros y que se señala en el apartado 4) del escrito de denuncia."*

TERCERO.- Contestación de Telefónica al requerimiento de información.

Con fecha 25 de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el cual daba respuesta al requerimiento de información descrito en el Antecedente de Hecho Segundo (documento núm. 1.4 del expediente).

[1] Los escritos de inicio fueron notificados a FTES y a Telefónica el 8 y el 9 de junio de 2010, respectivamente.

CUARTO.- Ampliación del escrito de alegaciones de FTES.

Con fecha 30 de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de FTES en el que aportaba información adicional relativa a la promoción denunciada (documento núm. 1.5).

QUINTO.- Período de información previa con número de expediente AEM 2009/1201.

Con fecha 21 de julio de 2009, esta Comisión tuvo conocimiento de determinadas promociones que había estado realizando Telefónica en la Comunidad Autónoma de Galicia –distintas a las anteriormente descritas-, sobre paquetes de servicios que incluían el servicio de acceso a Internet de banda ancha y que no se hallaban registradas en la base de datos de promociones de esta Comisión.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de julio de 2009, y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.1 de la LRJPAC, se informó a Telefónica de la apertura del correspondiente procedimiento administrativo (con número de expediente AEM 2009/1201) (documento núm. 2.1).

En dicho procedimiento el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó, en su sesión de 29 de julio de 2009, Resolución por la que se obligaba a Telefónica a retirar las promociones analizadas (documento núm. 2.2), en el siguiente sentido:

> *"**PRIMERO.-** La comercialización por parte de Telefónica de España, S.A.U. de las promociones descritas en el Fundamento de Derecho 2.2 tiene efectos anticompetitivos en los mercados de acceso y banda ancha minorista.*
>
> ***SEGUNDO.-** Telefónica de España, S.A.U. debe paralizar la comercialización de las citadas promociones."*

La Resolución del expediente AEM 2009/1201 fue notificada a Telefónica con fecha 4 de agosto de 2009.

SEXTO.- Incoación del presente procedimiento sancionador.

Con fecha 29 de julio de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador (expediente RO 2009/1233) contra Telefónica, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y la imposición de obligaciones específicas (expediente MTZ 2008/626) (en adelante, Resolución de los mercados 4 y 5), y de la Resolución de 26 de julio de 2007 (expediente MTZ 2006/1486), por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica (en adelante, Resolución de 26 de julio de 2007 o Resolución de la metodología) (documento núm. 3), en relación con las cuatro promociones objeto de análisis en los expedientes AEM 2009/884 y AEM 2009/1201.

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica y a FTES el día 5 de agosto de 2009, según consta debidamente acreditado en el expediente (documentos núm. 4 y 5). Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora en fecha 31 de julio de 2009 (doc. 6), con traslado de las actuaciones practicadas en los expedientes AEM 2009/1201 y AEM 2009/884.

Con fecha 7 de agosto de 2009 Telefónica tomó vista del expediente número RO 2009/1233 y obtuvo copia de las actuaciones practicadas en los expedientes AEM 2009/1201 y AEM 2009/884 incorporadas al expediente RO 2009/1233 (documento 7).

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica de 23 de septiembre de 2010.

En fecha 24 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (documento núm. 8).

OCTAVO.- Propuesta de Resolución (Documento 10).

Con fecha 6 de mayo se notificó por parte de la instructora del presente procedimiento sancionador la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo que a continuación se detalla:

> *"**PRIMERO.-** Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. 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 el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica como operador con PSM y la imposición de obligaciones específicas, al no notificar en tiempo y forma las promociones analizadas en el cuerpo de la presente propuesta.*
>
> ***SEGUNDO.-** Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de sesenta mil (60.000) euros por la anterior conducta.*
>
> ***TERCERO.-** Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. 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 el Resuelve Sexto y el apartado 1.b) del Anexo 3 de la Resolución citada de 22 de enero de 2009 y la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A., por haber incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes en las promociones analizadas que vulnera los criterios establecidos en la última Resolución para las promociones temporales.*
>
> ***CUARTO.-** Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de trescientos mil (300.000) euros por la anterior conducta."*

NOVENO.- Notificación de la Propuesta de Resolución (Documento 11).

La Propuesta de Resolución fue notificada a Telefónica el 6 de mayo de 2010, junto con una relación de los documentos obrantes en el expediente, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica a la Propuesta de Resolución (Documento12).

Con fecha 10 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que expone sus alegaciones a la Propuesta de Resolución de la instructora del presente procedimiento.

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad (Documento 13).

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión 30 de junio de 2009, se procedió a declarar la confidencialidad de parte de los datos solicitados por Telefónica en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010.

DUODÉCIMO.- Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se han llevado a cabo los demás actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos.

II

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Telefónica no comunicó con carácter previo (*ex ante*) las promociones objeto de análisis en los expedientes AEM 2009/884 y 2009/1201.

A este respecto, los hechos probados son los siguientes:

a) En el expediente AEM 2009/884, la promoción denunciada consistía en la línea Dúo ADSL de 3 o 6 Mb (con o sin antivirus) con las siguientes prestaciones:

Alta de línea e instalación gratis.

MRM o MRI (módem) gratis.

Las ocho primeras cuotas de abono a mitad de precio (desde un precio sin promoción de 40,90 euros/mes).

Bono descuento en la factura de 10 o 20 euros durante ocho meses dependiendo del operador de origen, para los clientes que solicitaran portabilidad desde otros operadores.

Según Telefónica, la contratación de dicha promoción estuvo disponible para todo el territorio nacional durante el periodo desde el 28 de marzo hasta el 8 de junio de 2009.

Esta Comisión ha comprobado que dicha oferta no aparece en la base de datos que recoge las promociones notificadas por Telefónica.

Tras requerirse a Telefónica la fecha de comunicación de esta promoción a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por escrito de 3 de junio de 2009 (documento núm. 1.2 del expediente), esta entidad no manifestó fecha alguna en la cual hubiera realizado la comunicación a esta Comisión. Asimismo, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (documento núm. 8 del expediente) –en adelante, **escrito de 23 de septiembre de 2009**-, Telefónica ha alegado que no la ha comunicado a esta Comisión, tratándose de un error puntual, afirmación reiterada en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010.

b) En el expediente AEM 2009/1201, las promociones de las que tuvo conocimiento esta Comisión y que fueron paralizadas por Resolución de 29 de julio de 2009 consistían en el servicio ADSL de 3, 6 y 10 Mb, con las siguientes características:

Tabla 1: Promociones del expediente AEM 2009/1201:

Producto	Cuota de alta	Equipamiento*	Cuotas reducidas	Fecha fin promoción
DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 23,9€	31/08/2009
DO Línea ADSL 6Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 19,9€	31/08/2009
DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 19,9€	31/08/2009

- MRM: módem router monopuerto; MRI: módem router inalámbrico.

En su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2009, Telefónica afirma que las promociones referidas a los paquetes Dúo ADSL 3Mb y 10Mb + TPN + Antivirus + módulo voz móvil, fueron debidamente comunicadas en fecha 14 de julio de 2009 y, posteriormente, en un escrito por el que corregía ciertos datos, en fecha 20 de julio del mismo año.

Asimismo afirma que por un error puntual se publicitó en el canal habitual de Telefónica el Dúo ADSL 6 Mb, cuando esta promoción concreta iba solamente dirigida a los Dúos de 3 y 10 Mb, y que esto debe ser calificado como un error puntual –el hecho de haberse publicitado una promoción no comunicada ni existente, según Telefónica-.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución de 10 de junio de 2010, Telefónica se refiere también a la supuesta comunicación, a lo largo de 2007 y 2008, de los productos sobre los que están basados las promociones en conflicto (dúos de 3, 6 y 10 Mb).

Sin embargo, no se ha podido constatar que las dos promociones que según Telefónica fueron notificadas el 14 de julio (Dúos de 3 y 10 Mb), ni los productos sobre los que supuestamente están basadas dichas promociones y supuestamente comunicados a lo largo de los años 2007 y 2008 coincidan con las ofertas notificadas y paralizadas en el expediente AEM 2009/1201, por los siguientes motivos:

1) Precio de los paquetes:

El precio nominal de los paquetes ofertados en la página web de Telefónica (véase la copia del pantallazo grabado por esta Comisión e incorporada al expediente como documento núm. 9) no se corresponde con el aportado en las comunicaciones que Telefónica indica en sus alegaciones. Como se puede ver en la tabla siguiente los precios publicitados en el canal online son inferiores a las comunicaciones realizadas por Telefónica (existe una diferencia de 3 euros para cada una de las promociones):

Tabla 2. Diferencia de los precios nominales entre las promociones notificadas en los escritos de alegaciones de 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010, respectivamente, y las promociones publicitadas

En relación con las promociones supuestamente comunicadas el 14 de julio de 2009 (referenciadas por Telefónica en sus escritos de 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010)

Código interno de comunicación de TESAU	Paquete de servicios	Precio paquete comunicado (€)	Precio paquete página web (€)
Código PMO-PQ-09-1369	DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil	43,9	40,9
Código PMO-PQ-09-1388	DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil	47,9	44,9

En relación con las promociones supuestamente comunicadas en 2007 y 2008 (referenciadas por Telefónica en su escrito de 10 de junio de 2010)

Código interno de comunicación de TESAU	Paquete de servicios	Precio paquete comunicado (€)	Precio paquete página web (€)
Código SER-PQ-07-0077	Dúo 3Mb+TPN+MVM	43,9	40,9
Código SER-PQ-08-0238	Dúo 6Mb+TPN+MVM	43,9	40,9
Código SER-PQ-08-0242[2]	Dúo 10Mb+TPN+MVM	47,9	44,9

El precio es un elemento sustancial de las ofertas minoristas por lo que esta diferencia confirma que las comunicaciones efectuadas por la imputada no coinciden con las analizadas en el presente expediente.

2) Ámbito territorial:

Tampoco coincide el ámbito territorial de las ofertas. Las tres promociones publicitadas en el canal online lo son para Galicia y las notificadas a esta Comisión lo son para todo el territorio nacional[3].

[2] La promoción relativa al ADSL de 6 Mb no fue notificada a la CMT según el escrito de Telefónica de 23 de septiembre de 2009. Sin embargo, en el escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010 adjuntó una promoción de 6Mb para justificar la notificación de la misma.

Por tanto, queda probado que Telefónica no comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las promociones reseñadas. Más aún, incluso aunque se tratase de las mismas promociones y hubiese errores en cuanto a los precios y ámbito de las mismas (*quod non*), el hecho es que la comunicación de las promociones que indica Telefónica en su escrito de alegaciones señalaba una fecha de inicio de comercialización de 01/08/2009, mientras que esta Comisión ha constatado que las promociones analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el 21/07/2009. Por tanto, si la notificación del 14 de julio indicada por Telefónica se refiere a las promociones analizadas, el lanzamiento comercial de las mismas se produjo siete días después de la notificación.

En definitiva, queda acreditado que Telefónica no ha notificado las promociones analizadas en el presente expediente. A mayor abundamiento, incluso en el caso de que los paquetes Dúos ADSL de 3 y 10 Mb del expediente AEM 2009/1201 hubieran sido comunicados con errores (*quod non*), dichos paquetes empezaron a comercializarse siete días después de la notificación, cuando la Resolución de los mercados 4 y 5 establece la obligación por parte de Telefónica de comunicar a esta Comisión los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.

SEGUNDO.- En el caso de las promociones analizadas en el expediente AEM 2009/1201, Telefónica ha superado el margen permitido para las mismas en concepto de Valor Actual Neto, al sumarse la promoción de alta gratis de la línea RTB que era compatible con dichas promociones, produciéndose un estrechamiento de márgenes.

En la Resolución de 29 de julio de 2009, dictada en el expediente AEM 2009/1201, esta Comisión resolvió la paralización de las promociones descritas en el apartado b) del Hecho probado anterior por tener efectos anticompetitivos en los mercados de acceso y banda ancha minorista.

Como se ha señalado en el Hecho probado anterior, las características de las promociones paralizadas eran las siguientes:

Producto	Cuota de alta	Equipamiento*	Cuotas reducidas	Fecha fin promoción
DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 23,9€	31/08/2009
DO Línea ADSL 6Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 19,9€	31/08/2009
DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil + Antivirus	Gratis	MRM o MRI gratis	12 cuotas a 19,9€	31/08/2009

(Tabla 1 anterior)

Se trata de tres promociones sobre paquetes de triple oferta con velocidades diferentes de conexión, que incorporan una tarifa plana nacional (TPN) para llamadas nacionales con originación fija, una tarifa reducida para llamadas on-net en originación móvil y un antivirus.

En la citada Resolución de 29 de julio de 2009 se analizaron los paquetes de servicios de conformidad con la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica, establecida en la Resolución de 26 de julio de 2007. De acuerdo con dicha

[3] Telefónica sostiene, en su escrito de 23 de septiembre de 2009, que esto ha sido un error del canal online y que las promociones eran accesibles para todo el territorio nacional.

metodología, a todas las ofertas comunicadas se les asigna un límite promocional que se corresponde con el margen actualizado mediante Valor Actual Neto (en adelante, VAN). El VAN establecido y en vigor para los paquetes de servicios analizados era el siguiente:

Tabla 3: VAN en vigor para las promociones analizadas

Producto	VAN (€)
DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil	265,76
DO Línea ADSL 6Mb + TPN + módulo voz móvil	222,59
DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil	262,80

Con carácter general, este VAN establece el límite promocional máximo permitido, indicando el margen que un operador alternativo obtendría en caso de prestar servicios minoristas equivalentes a los de la promoción indicada al final de la vida media del cliente.

Adicionalmente a estas promociones, en las fechas analizadas Telefónica ofrecía una promoción de alta gratis de la línea RTB que era compatible con las anteriores promociones, esto es, que se podía contratar al mismo tiempo[4]. Más aun, dicha promoción de alta gratis era publicitada junto a las promociones analizadas, como se puede comprobar en el pantallazo de la página web de Telefónica impreso por esta Comisión el día 21 de julio de 2009 (documento núm. 9). Esta gratuidad del alta estaba restringida a los usuarios que contratasen servicios de banda ancha, por lo que los operadores alternativos, para competir con Telefónica, debían ofrecer un descuento adicional en el servicio de acceso a Internet para neutralizar el regalo de Telefónica en cuanto al alta del servicio de acceso.

En definitiva, el coste total de adquisición del cliente en el que tendría que incurrir un operador alternativo, para emular las tres promociones de las que se puede beneficiar un cliente que contrate uno de los paquetes de servicios objeto de análisis, sería superior al VAN establecido y permitido:

Tabla 4: Incremento sobre el VAN de las promociones analizadas

Producto	Precio paquete comunicado (€)	VAN (€)	Coste promoción Paquete con promoción alta de RTB	Incremento sobre el VAN
DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil	47,9	265,76	390,43	47%
DO Línea ADSL 6Mb + TPN + módulo voz móvil	43,9	222,59	390,43	75%
DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil	43,9	262,80	390,43	49%

Tal y como se puede observar en esta tabla, las promociones de Telefónica superan el límite promocional entre el 47% y el 75%, por lo que se puede concluir que existe un estrechamiento de los márgenes disponibles para aquellos operadores alternativos que quisieran emular dichas ofertas.

En efecto, como se analizará posteriormente, la Resolución de 26 de julio de 2007 permite a Telefónica el lanzamiento de ofertas temporales que superen el VAN establecido hasta un máximo de un 30%, siempre que en el período de análisis considerado (semestral), en promedio, el VAN del servicio afectado sea positivo o no supere los márgenes establecidos.

4 Promoción en vigor entre los días 1 de mayo y 31 de octubre de 2009. Número de registro de entrada en la CMT de dicha comunicación: 100900002776.

Como puede comprobarse en la tabla anterior, el exceso sobre el VAN de las promociones analizadas supera el 30% permitido.

En su escrito de 23 de septiembre de 2009, Telefónica no alega contra la conclusión anterior, consistente en que el VAN individual de cada una de las promociones analizadas superaba el umbral del 30% permitido, sino que Telefónica sostiene que, en el ejercicio llevado a cabo por esta Comisión, se ha utilizado un criterio –la acumulación de la promoción del alta gratis de la línea RTB existente en las mismas fechas, esto es, la "acumulación temporal" de promociones que a su juicio son compatibles- que no estaba contemplado en la Resolución de la metodología, por lo que no se ha vulnerado dicha Resolución.

Esta alegación, junto a las alegaciones efectuadas por Telefónica en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010, será analizada en la tipificación de los Hechos probados y culpabilidad de la imputada.

En definitiva, queda acreditado que las tres promociones analizadas en el presente Hecho probado superaban el límite promocional entre el 47% y el 75%, es decir por encima de lo permitido –30%-, produciéndose por tanto un estrechamiento de márgenes para los operadores alternativos que quisieran emular económicamente dichas ofertas a partir de los precios mayoristas regulados cobrados por Telefónica a sus competidores.

En cuanto a las fechas de comercialización de las citadas promociones, únicamente está probado que a fecha de 21 de julio de 2009 Telefónica tenía anunciada estas promociones en su página web y que se ordenó la paralización en fecha 29 de julio, siendo notificada la Resolución el día 4 de agosto del mismo año, por lo que las promociones estuvieron en vigor durante al menos un período de quince días.

A los anteriores Antecedentes y Hechos probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que "la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos."

Asimismo, según el artículo 48.3 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, esta Comisión ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

"(…) e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios. (…)

g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.

(...) j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley."

En ejecución de sus competencias, esta Comisión dictó, en fecha 22 de enero de 2009, la Resolución de los mercados 4 y 5. Asimismo, por Resolución de 26 de julio de 2007, se aprobó la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica, en ejecución de las obligaciones impuestas con anterioridad en los mercados minoristas de acceso y tráfico telefónico y en el mercado mayorista de banda ancha.

En consecuencia, en aplicación de los preceptos citados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre las conductas citadas en los Antecedentes de Hecho y resolver sobre el incumplimiento de las Resoluciones mencionadas, de conformidad con el artículo 53.r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, es el Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a)1º de la LGTel.

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

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 Resuelve Primero del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por existir indicios del "*incumplimiento del apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, y del apartado 1.b) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A."*.

Tras las comprobaciones realizadas, se ha determinado que:

Segundo.1.- Telefónica ha incumplido la Resolución de los mercados 4 y 5 (Resuelve Sexto y Anexo 3, apartado 1.d) al no comunicar las promociones analizadas en el Hecho probado Primero.

Como se ha determinado en el Hecho probado Primero, ha quedado acreditado que Telefónica no ha notificado las promociones analizadas en el presente expediente y, en el caso de los paquetes Dúos ADSL de 3 y 10 Mb del expediente AEM 2009/1201, si dicha notificación se hubiera producido con errores, empezaron a comercializarse siete días después de la notificación -toda vez que la comunicación a la CMT que menciona Telefónica es de 14 de julio (corregida el 20 de julio) y la comercialización de las ofertas paralizadas en el exp. AEM 2009/1201 empezó, como mínimo, el 21 de julio-.

La Resolución de los mercados 4 y 5, en su Resuelve Sexto y en el Anexo 3, apartado d), obliga a Telefónica a que comunique a esta Comisión, en el plazo de quince días antes de su aplicación, los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes. Dicha obligación se impone en base a lo establecido en los artículos 13.1 e) de la LGTel, 11 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, y 13 de la Directiva acceso[5].

A la obligación anterior están sujetas las tarifas y condiciones aplicadas por Telefónica o cualquier empresa de su Grupo, así como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas en el marco de ofertas minoristas de acceso de banda ancha. Igualmente, la obligación anterior aplica a cualquier modificación de las ofertas ya existentes.

Esto es, de conformidad con esta obligación, Telefónica, o cualquier empresa de su Grupo, está obligada a comunicar a esta Comisión los citados precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, <u>con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva</u>.

En su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2009, Telefónica sostiene que, si se considera que ha existido una infracción, la conducta de dicha entidad debería ser calificada como infracción leve del artículo 55 de la LGTel, como incumplimiento del deber de remitir información. Se está refiriendo Telefónica al artículo 55.d) de la LGTel, que tipifica como infracción leve:

"No facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas."

No puede aceptarse esta alegación por cuanto este apartado tipifica infracciones leves relativas al incumplimiento de requerimientos de información de la CMT o de otro tipo. Se considera que el incumplimiento de la obligación de notificación *ex ante* establecida en una Resolución de definición de un mercado de referencia donde se han impuesto unas obligaciones específicas a Telefónica constituye una infracción muy grave, toda vez que se

[5] Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009.

está incumplimiento una Resolución –no un requerimiento de información- y una obligación de presentación de información en base a la cual la CMT analiza *ex ante* la actuación de Telefónica como operador con PSM en el mercado y su cumplimiento de otras obligaciones impuestas. Esto es, es esencial para la Comisión disponer de dicha información en el plazo establecido para analizar el cumplimiento de las obligaciones de control de precios impuestas a Telefónica y decidir, en el caso de que sea necesario, ciertas actuaciones de control o incluso paralización de ofertas o promociones que pudieran distorsionar la competencia.

En definitiva, se concluye que Telefónica ha incumplido el Resuelve Sexto y la obligación establecida en el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 y, por tanto, ha cometido una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, por cuanto que de las actuaciones realizadas se desprende que Telefónica no comunicó en tiempo y forma a esta Comisión las promociones analizadas, de acuerdo con los términos establecidos en aquella Resolución.

Contestación a las alegaciones formuladas por Telefónica en sus escritos de fecha 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010 sobre la falta de tipicidad.

1.- Telefónica manifiesta que comunicó debidamente las promociones "DO LÍNEA ADSL 3MB+TPN+MÓDULO VOZ MÓVIL y "DO LÍNEA ADSL 10MB+TPN+MÓDULO VOZ MÓVIL."

Como se ha señalado en los Hechos Probados, Telefónica aduce en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010 que los productos sobre los que están basadas las promociones en conflicto, se *"comunicaron a la CMT en las siguientes fechas y con los nominales"* que se indican a continuación:

Dúo 3Mb+TPN+MM: 26 de octubre de 2007 [SER-PQ-07-0077]. Cuota de 43,9€/mes[6].

Dúo 6Mb+TPN+MM: 14 de octubre de 2008 [SER-PQ-08-0242]. Cuota de 43,9€/mes[7].

Dúo 10Mb+TPN+MM: 14 de octubre de 2008 [SER-PQ-08-0238]. Cuota de 47,9€/mes[8].

En este sentido, y al igual que ocurría con las promociones supuestamente notificadas por Telefónica e invocadas en su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2009, cabe señalar que la oferta comercial bajo la denominación SER-PQ-08-0238 lleva aparejada un precio de 47,90 euros con una cuota de alta de 38,10 o 77,17 euros que no coincide con el precio total de la promoción "DO LÍNEA ADSL 10MB+TPN+MÓDULO VOZ MÓVIL cuya cuota ascendía a 44,90 siendo la cuota de alta gratuita. Por lo tanto, parece evidente que no se trata de la misma oferta comercial. Las mismas conclusiones pueden predicarse de los otros dos productos notificados por Telefónica bajo la denominación SER-PQ-08-0242 y SER-PQ-07-0077.

Asimismo, Telefónica indica que los 3 euros de diferencia entre los precios de las diferentes promociones comunicadas en su momento por Telefónica y los de las promociones de los expedientes AEM 2009/1201 y AEM 2009/884 se debe a una confusión debido a *que "en la publicidad que constaba en la web de la compañía, únicamente se destacaron los nominales relativos a la telefonía fija, de ahí la diferencia, con relación a los precios que le constaban a la CMT, de 3 euros, que correspondían al módulo móvil."*

[6] Escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 29 de octubre de 2007.
[7] Escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 14 de octubre de 2008.
[8] Escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 14 de octubre de 2008.

A este respecto, señalar que las tres comunicaciones anteriormente descritas, adjuntas al escrito de alegaciones de Telefónica de 10 de junio de 2010 como Anexo I, no indican los nominales relativos a la prestación del módulo móvil, más allá de la cuantificación del precio del servicio denominado como "Módulo voz Móvil de TME" en 6 euros al mes cuando dicho módulo se contrata por separado, por tanto, dicha argumentación por parte de la interesada no puede ser tenida en consideración.

Tampoco coincide el ámbito territorial de las ofertas. Las tres promociones publicas en el canal online (documento número 9) lo son para Galicia y las notificadas a esta Comisión lo son para todo el territorio nacional.

Por ello, como ya se ha determinado en el Hecho probado Primero, ha quedado acreditado que Telefónica no ha notificado las promociones analizadas en este apartado, esto es, los paquetes Dúos ADSL de 3 y 10 Mb del expediente AEM 2009/1201. En efecto, las promociones comunicadas por Telefónica a esta Comisión no coinciden ni en precios ni en ámbito geográfico por lo que nuevamente no puede ser acogida la alegación de Telefónica.

2.- Error en los hechos probados: ausencia de infracción administrativa por aplicación del principio de tipicidad. Las promociones sólo estuvieron publicadas en la web durante un día antes de ser comunicadas a la CMT.

Telefónica alega en su escrito de 10 de junio de 2010 que con relación a las promociones "DO Línea ADSL 3 Mb" y "DO Línea ADSL 10 Mb", a tenor de la Propuesta de Resolución, "*únicamente está probado que a fecha 21 de julio de 2009 Telefónica tenía anunciadas estas promociones en su página web y que ordenó su paralización en fecha 29 de julio*" y que, "*esta Comisión ha constatado que las promociones analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el día 21-07-2009*".

Sin embargo, según Telefónica esta manifestación recogida en la Propuesta no coincide con la realidad de los hechos, ya que las promociones en conflicto se publicaron, por error, en la web de Telefónica, el día 20-07-2009 y se retiraron el 21-07-2009 (no el 29-07-2009, como señala la Propuesta). Así:

"- la inclusión de las promociones de 3Mb y 10Mb en la web de la Compañía, el día 20-07-2009, se debió a un desafortunado error de comunicación entre los distintos departamentos de Telefónica ya que, como es conocido, se debían publicar una vez cumplido el plazo de quince días, desde su comunicación a esa Comisión y,

- esta Compañía retiró las citadas promociones el día 21-07-2009, tan pronto como tuvo conocimiento de su publicación en la web de Telefónica,

- en cuanto a la comercialización efectiva de las citadas promociones, no se inició hasta el 1-8-2009, fecha partir de la cual se podían contratar, no antes."

Telefónica concluye que las manifestaciones formuladas por la instructora en la propuesta de Resolución relativas al período de vigencia de las ofertas comerciales objeto de este expediente *"no son ciertas y con ellas no puede considerarse desvirtuada la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución y desarrolla el artículo 137 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre [...]"*.

A este respecto, cabe señalar que la última alegación de Telefónica en este punto es confusa al exponer que "la comercialización efectiva de las citadas promociones, no se inició

hasta el 1-8-2009, fecha partir de la cual se podían contratar, no antes" cuando en el párrafo inmediatamente anterior Telefónica manifiesta que "retiró las citadas promociones el día 21-07-2009, tan pronto como tuvo conocimiento de su publicación en la web de Telefónica".

A mayor abundamiento, en contestación a estas aseveraciones, debe reiterarse que

tal como ha sido repetidamente señalado, ha quedado probado (Documento 9, captura de pantalla) que a fecha 21 de julio de 2009 Telefónica tenía anunciadas estas ofertas comerciales en su página web;

el único hecho objetivamente comprobable es que las promociones de Telefónica sólo fueron paralizadas una vez dictada la correspondiente Resolución de la CMT de 29 de julio de 2009 – notificada a Telefónica con fecha 4 de agosto de 2009 - por lo que a falta de prueba en contrario las promociones estuvieron en vigor durante al menos un período de quince días;

las promociones tal como aparecían contenidas en la página web de Telefónica estaban en principio disponibles hasta el 31 de agosto de 2009;

las citadas ofertas no fueron comunicadas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Frente a estos hechos, Telefónica no aporta ningún elemento de prueba que permita apoyar su afirmación de que las citadas promociones solamente estuvieron disponibles durante algunas horas, sin que una invocación genérica de la presunción de inocencia sea suficiente como para desvirtuar el hecho no controvertido de que, de no mediar la intervención regulatoria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las ofertas comerciales hubieran estado disponibles – tal como reflejaba la propia página web de Telefónica – al menos desde el día 21 de julio de 2009 y en principio hasta el 31 de agosto del mismo año.

En definitiva, procede concluir que ha quedado sobradamente acreditado que Telefónica no ha notificado las promociones analizadas en el presente expediente[9]. Por otra parte, las ofertas comerciales objeto de análisis tuvieron una vigencia de al menos quince días (desde el 21/07/2009 hasta la notificación de la resolución del expediente AEM 2009/1201) el día 04/08/2009, sin que en su escrito de alegaciones Telefónica haya aportado prueba alguna que permita apreciar periodo de disponibilidad menor para las citadas ofertas.

Segundo.2.- Telefónica ha incumplido la Resolución de los mercados 4 y 5 (Resuelve Sexto y Anexo 3, apartado 1.b) y la Resolución de 26 de julio de 2007, por llevar a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes que vulnera los límites autorizados por esta Comisión en su metodología.

En el Hecho probado Segundo ha quedado acreditado que las tres promociones analizadas y paralizadas por Resolución de 29 de julio de 2009 superaban el límite promocional

[9] En todo caso, y como ya se ha señalado, incluso aun cuado se tratase – *quod non* - de las promociones comunicadas por Telefónica en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010 y hubiese errores en cuanto a los precios y ámbito de las mismas, el hecho es que la comunicación de las promociones que indica Telefónica en su escrito de alegaciones señalaba una fecha de inicio de comercialización de 01/08/2009, mientras que esta Comisión ha constatado que las promociones analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el 21/07/2009. Por tanto, si la notificación indicada por Telefónica se refiere a las promociones analizadas, el lanzamiento comercial de las mismas se produjo siete días después de la notificación.

establecido por esta Comisión entre un 47% y el 75%, es decir por encima de lo permitido –30%-, produciéndose un estrechamiento de márgenes para los operadores alternativos que quisieran emular económicamente dichas ofertas.

La Resolución de los mercados 4 y 5 impone a Telefónica en su Resuelve Sexto y en el Anexo 3, como operador con PSM en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la obligación de ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción. Entre otros aspectos, como se establece en el apartado 1.b) del Anexo 3 de la Resolución citada, los precios fijados para los servicios mayoristas regulados han de permitir a los operadores alternativos replicar las ofertas minoristas de banda ancha de Telefónica o de cualquier empresa de su grupo. En conexión con esta obligación, se prohíben a Telefónica una serie de prácticas entre las que se encuentran las reducciones de precios anticompetitivos, tales como el estrechamiento de márgenes.

En la misma Resolución se establece que la Comisión realizará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores de conformidad con los métodos establecidos en la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica (MTZ 2006/1486), y sus sucesivas actualizaciones.

La metodología aprobada se configura como una herramienta para supervisar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a Telefónica en el marco de los mercados de comunicaciones electrónicas regulados y, por tanto, al servicio de ellas, constituyendo un instrumento importante para la seguridad jurídica tanto de la propia Telefónica como de sus competidores pero sin que, en modo alguno, pueda entenderse como límite o condición de las obligaciones mismas a cuyo control sirve. Así, se definen puertos seguros que permitan al operador con PSM actuar sin hacer peligrar su estrategia comercial. Es decir, encontrándose dentro de esos puertos seguros, se entiende por esta Comisión que *ex ante* una oferta se considerará replicable por los operadores.

Como se establece en la Introducción del Fundamento de derecho Tercero de la Resolución comentada, la metodología está especialmente orientada a detectar ex ante, y evitar las situaciones de estrechamiento de márgenes entre los servicios mayoristas regulados y los servicios minoristas propuestos por Telefónica, dado que estas situaciones son las más frecuentes y fuente de conflicto habitual con los operadores alternativos, sin perjuicio de que esta Comisión controle también el cumplimiento de las demás obligaciones impuestas.

Para la aplicación de dicha metodología, el efectivo cumplimiento de la obligación de transparencia –la comunicación *ex ante* de las ofertas comerciales- es de suma relevancia.

Como se analiza en el apartado V de la citada Resolución, a las ofertas promocionales de Telefónica se les da un tratamiento menos restrictivo, dado que en principio estas ofertas suponen unos riesgos menores para la situación competitiva del mercado. Por ello, se permite una mayor libertad a Telefónica para configurarlas siempre que al final de cada periodo semestral de análisis se cumplan ciertas condiciones –en un análisis *ex post*-. De forma que se permite a Telefónica realizar promociones que individualmente supongan un VAN negativo o excedan del VAN permitido, siempre que en promedio, al final del periodo, el VAN del servicio sea positivo.

Sin embargo, se imponen ciertos requisitos *ex ante* que no pueden superarse, entre los que se encuentra el del máximo importe de cualquier promoción individual:

"Con el fin de asegurar que al final del periodo el VAN de todos los servicios sea positivo, se limita el importe que TELEFÓNICA puede promocionar siendo este límite un 30% superior al VAN del servicio detallado en el Anexo 4 (importe máximo para cualquier promoción es 1,3 x VAN del servicio)[10]."

Pues bien, se ha verificado si las promociones de 3, 6 y 10 Mb analizadas son emulables por los operadores alternativos siguiendo la anterior metodología. De acuerdo con el análisis realizado en el Hecho Probado Segundo, el valor total de cada una de las promociones superaría el VAN calculado a partir de la metodología mencionada y sus posteriores actualizaciones, incluso considerando el margen adicional de que dispone Telefónica para las ofertas promocionales limitadas temporalmente en el tiempo -30%-.

En conclusión, y en base a las comprobaciones llevadas a cabo, se estima que con la comercialización de esta oferta promocional Telefónica ha incumplido el Resuelve Sexto y el Anexo 3, apartado 1.b) de la Resolución de los mercados 4 y 5 y la Resolución de 26 de julio de 2007, por existir un estrechamiento de márgenes en las promociones analizadas que vulnera los criterios establecidos en dicha Resolución para las promociones temporales.

Contestación a las alegaciones formuladas por Telefónica en sus escritos de fecha 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010 sobre la falta de tipicidad.

1.- No cabe imputar incumplimiento alguno a Telefónica de la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales y del Resuelve sexto y el apartado 1.b) del anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución de fecha 10 de junio de 2010, Telefónica sostiene – desarrollando las alegaciones que ya había planteado en su escrito inicial de fecha 23 de septiembre de 2009 - que no cabe imputar incumplimiento alguno a este operador de la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales, ni del Resuelve Sexto y el apartado 1.B) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 (Resolución de los mercados 4 y 5).

En relación con la primera de las Resoluciones citadas (Resolución de la metodología), Telefónica alega que (i) la Resolución señalada no impone obligación alguna para Telefónica en relación al mantenimiento de rentabilidad, por lo que es imposible que incumpla nada; (ii) dicha Resolución se limita a fijar criterios que la propia CMT – no Telefónica - está obligada a seguir para el ejercicio de sus competencias de policía que le atribuye la LGTel en su facultad de actuación para la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado.

En relación con la segunda de las Resoluciones citadas (Resolución de los mercados 4 y 5), Telefónica aduce que la extensión y el ámbito de aplicación de la prohibición del estrechamiento de márgenes en el mercado de banda ancha minorista tal como aparecen reflejados en la Propuesta de Resolución es inadecuada. En particular[11], Telefónica señala que la obligación que pesa sobre este operador de no incurrir en prácticas de

[10] Apartado V de la Resolución de 26 de julio de 2007.
[11] El resto de alegaciones de Telefónica en relación con la falta de tipicidad serán tratadas posteriormente.

estrechamiento de márgenes es una obligación que deberá ser proporcionada al fallo de mercado identificado, y que en todo caso sólo podrá servir para solventar hipotéticos problemas de acceso a servicios mayoristas. Adicionalmente, según Telefónica, en casos de estrechamiento de márgenes será necesario acreditar el daño al mercado para que la conducta sea típica y por lo tanto sancionable, debiendo aplicarse exclusivamente los criterios de cálculo de rentabilidad de la Resolución de 26 de julio de 2007 así como sus sucesivas actualizaciones.

Como se expondrá a continuación, las alegaciones de Telefónica en relación con la acreditación por parte de la CMT de la existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes surgen de una errónea concepción acerca del funcionamiento de la regulación establecida por esta Comisión para el correcto desarrollo de los mercados. Resulta necesario por tanto hacer en primer lugar una serie de consideraciones acerca del marco regulatorio en el que debe enmarcarse la actuación de Telefónica, como operador declarado con poder significativo de mercado en los mercados identificados a tal efecto por la CMT.

- Sobre la aplicación de la Resolución de los mercados 4 y 5.

Con fecha 22 de enero de 2009, la CMT aprobó la Resolución de los mercados 4 y 5. En la citada Resolución se detallan de manera exhaustiva las razones que llevan a la conclusión de que los citados mercados no son competitivos, dada la existencia de un operador (Telefónica) con poder significativo de mercado en tales mercados. En la citada Resolución se identifican también las obligaciones que, con carácter preventivo, es necesario imponer a Telefónica en aras de garantizar el desarrollo de los mercados. Entre otras, en el Anexo 3 de la Resolución se prohíbe expresamente a Telefónica llevar a cabo *"reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios)"*, estando Telefónica obligada a comunicar a la CMT con una antelación de al menos quince días *"los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de los paquetes"*.

Como recoge la Resolución de los mercados 4 y 5, la imposición de obligaciones de comunicación *ex ante* de las ofertas minoristas resulta justificada y proporcionada al fallo de mercado identificado, puesto que *"el estrechamiento de márgenes y otro tipo de prácticas pueden resultar, de facto, una negativa constructiva de suministro que haría inefectivas las obligaciones de acceso razonables impuestas. Por este motivo, esta Comisión debe garantizar que los precios de las ofertas minoristas no supongan una barrera a la entrada para los operadores alternativos que demandan los servicios de acceso indirecto al bucle"*.
La imposición de obligaciones de comunicación preventiva de las ofertas comerciales da lugar a un proceso de análisis plenamente transparente para el administrado (Telefónica), a resultas del cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procede a valorar de una manera objetiva la replicabilidad técnica y económica de las ofertas del operador declarado con poder significativo de mercado, decidiendo sobre la viabilidad de su comercialización en función de los posibles daños que las citadas ofertas pueden ocasionar al mercado y procediendo, en caso de que se estime pertinente, a los necesarios ajustes sobre la oferta mayorista de Telefónica que permitan la emulabilidad de sus ofertas por parte de terceros operadores.

Dado que las ofertas de Telefónica se deben comunicar con carácter preventivo a su efectiva comercialización, la posible decisión de la CMT de paralizar una determinada campaña de Telefónica no genera responsabilidades para el operador con poder significativo de mercado más allá de dicha paralización (en su caso, hasta que se produzca la necesaria revisión de la oferta mayorista del operador con poder significativo de mercado a fin de garantizar la replicabilidad de los servicios minoristas comunicados). Es decir, en los supuestos en los que Telefónica cumple con sus obligaciones de comunicación previa a la efectiva comercialización de sus ofertas, la actuación preventiva de la CMT suspendiendo posibles ofertas anticompetitivas ya asegura el respeto del marco regulatorio vigente, al evitarse de esta manera que Telefónica pueda llevar a cabo prácticas que tendrían efectos perjudiciales sobre el mercado.

Telefónica tiene obviamente perfecto conocimiento de este proceso de análisis preventivo, y de las razones que justifican la imposición de este tipo de obligaciones de comunicación previa por parte del operador con poder significativo de mercado.

- Sobre la aplicación de la Resolución de 26 de julio de 2007 (Resolución sobre la metodología).

Por su parte, la metodología de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica, fijada a través de la Resolución de 26 de julio de 2007 y sus sucesivas revisiones, se configura como una herramienta – de nuevo, plenamente transparente para el administrado – establecida en aras de codificar la práctica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su análisis de las ofertas de Telefónica. De esta manera, tanto este operador como operadores terceros pueden saber de antemano – con los consiguientes efectos beneficiosos sobre principios fundamentales del ordenamiento jurídico como la seguridad jurídica – las perspectivas de comercialización de las ofertas que el operador con poder significativo de mercado tiene previsto lanzar (o que en casos como el presente puede haber lanzado al mercado), en función de si dichas campañas son constitutivas de un potencial estrechamiento de márgenes[12] o no.

En este contexto, y dado que la política comercial de Telefónica es dinámica, no puede entenderse que la metodología, como herramienta de supervisión que es, configure de manera estática la posición de la CMT en relación con la posible existencia o no de prácticas anticompetitivas. En este sentido, el Anexo de obligaciones de la Resolución de los mercados 4 y 5 es claro al disponer que *"la CMT realizará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de la intervención ex ante que las ANR tienen atribuidos. En particular, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones"*. Esto es, la metodología de análisis *ex ante* establecida por la Resolución de 26 de julio de 2007 es un instrumento dinámico, que encuentra su lógica implementación en las Resoluciones que en su aplicación la CMT pueda dictar paralizando de manera cautelar o definitiva determinadas prácticas de Telefónica.

[12] O constituir una oferta empaquetada abusiva.

Como parte de este proceso dinámico, a través de las actualizaciones y revisión periódica de la metodología se van recogiendo los criterios utilizados en las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para su efectiva aplicación. A este respecto, la CMT ha actualizado periódicamente la metodología, en particular a través de Resoluciones de 22 de mayo de 2008 (expediente AEM 2008/215), 18 de septiembre de 2008 (AEM 2008/1442) y ya posteriormente mediante Resolución de 1 de octubre de 2009 (AEM 2009/1106) y 22 de abril de 2010 (AEM 2010/656). La metodología ha sido también aplicada – como no podía ser de otra manera – a ofertas concretas notificadas por Telefónica, incluyendo las promociones que dieron lugar a la resolución de los expedientes AEM 2008/479, AEM 2008/636 y 2008/2091 recogidas en la Propuesta de Resolución del presente procedimiento.

En definitiva, el carácter inevitablemente dinámico de la metodología – fruto de la evolución de la política comercial de Telefónica – implica que, a la hora de valorar la existencia de un estrechamiento de márgenes, deba atenderse a los criterios sustantivos establecidos por la Resolución de 26 de julio de 2007 y complementados a través de las distintas actualizaciones y Resoluciones dictadas en su aplicación. Quedando perfectamente salvaguardada la confianza legítima del operador con poder significativo de mercado, que dispone de una herramienta clara – tal como es implementada en la práctica decisoria de la CMT – para poder valorar la adecuación de sus ofertas comerciales con la normativa sectorial (en este caso, la prohibición del estrechamiento de márgenes).

- Sobre la aplicación de las citadas Resoluciones a la conducta de Telefónica.

Una vez hechas las consideraciones previas pertinentes, es necesario analizar la aplicación de las citadas resoluciones en el marco del presente expediente. En sus alegaciones, Telefónica señala – citando la práctica decisional de la CMT al respecto – que con la incoación de este procedimiento sancionador se produce un cambio en la política regulatoria de la CMT, la cual hasta la fecha había venido paralizando promociones potencialmente anticompetitivas de Telefónica pero no había incoado procedimiento sancionador alguno por la existencia de dichas promociones. Según Telefónica, se produce una quiebra del principio de confianza legítima, así como del principio de tipicidad, dado que este operador no ha realizado conducta alguna merecedora de una posible sanción contemplada en el ordenamiento legal vigente.

En relación con estas alegaciones, procede señalar que en el caso presente se produce una circunstancia – la ausencia de comunicación previa de ofertas comerciales por parte del operador declarado con poder significativo de mercado – que justifica la incoación de un procedimiento sancionador ante la existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes.

En efecto, como se ha recogido en los párrafos precedentes, las Resoluciones de la CMT invocadas en la presente Resolución establecen de manera transparente las obligaciones que debe asumir el operador con poder significativo de mercado, en particular en relación con la posible comisión de prácticas anticompetitivas. Con carácter general, el procedimiento establecido a tal efecto – análisis preventivo de las ofertas comerciales de Telefónica, con carácter previo a su comercialización – asegura que sólo estarán disponibles en el mercado aquellas ofertas de Telefónica verificadas por la CMT y consideradas

conformes con el ordenamiento jurídico, produciéndose por tanto el análisis de la conducta potencialmente anticompetitiva de Telefónica de manera preventiva, y sin que proceda la incoación de procedimiento sancionador alguno.

Sin embargo, estos principios básicos de la regulación *ex ante* y el análisis llevado a cabo por la CMT de las ofertas comerciales de Telefónica, quiebran en un caso como el presente, donde Telefónica no ha procedido a comunicar con carácter previo a su comercialización determinadas ofertas comerciales, quedando además acreditada la existencia de un estrechamiento de márgenes que no pudo ser prevenido por la CMT dada la ausencia de comunicación. Es decir, frente a aquellos supuestos – invocados por Telefónica en sus alegaciones – donde el análisis de las potenciales prácticas anticompetitivas se realiza de manera previa a la puesta en el mercado de las ofertas de Telefónica, en casos como el presente donde no se produce dicha comunicación previa, el análisis de estrechamiento de márgenes se produce en el momento en que la CMT detecta la existencia de dichas ofertas.

Las consecuencias jurídicas no pueden ser coincidentes, habida cuenta de que en el primer caso Telefónica está cumpliendo sus obligaciones regulatorias a través de la comunicación de la correspondiente oferta comercial, y en el caso presente está lanzando al mercado una oferta que se reputa anticompetitiva sin que haya sido posible la intervención preventiva de la CMT, con las consecuencias que dicha actuación acarrea en el mercado.

En el fondo, asumir la tesis de Telefónica en virtud de la cual la CMT no estaría habilitada para incoar un procedimiento sancionador en casos como el presente supondría dejar sin efecto la propia obligación de comunicación previa de las ofertas comerciales del operador con poder significativo de mercado, dado que dicha ausencia de comunicación no tendría en la práctica consecuencias (más allá de la posible sanción exclusivamente por el hecho de no notificar una oferta comercial, en el caso de que la CMT la detectara).

Es decir, efectuando un análisis entre las posibles ventajas para Telefónica derivadas de la no comunicación de una oferta anticompetitiva[13] y los riesgos (sanción exclusivamente por la ausencia de notificación, y sólo en el hipotético caso de que la CMT detectara la existencia de dicha oferta no comunicada), no cabe duda de que Telefónica dispondría de un elevado incentivo a no comunicar con carácter preventivo sus ofertas comerciales, o al menos aquellas que pudieran ser constitutivas de una práctica anticompetitiva.

A la luz de estas consideraciones, procede confirmar las conclusiones alcanzadas en la propuesta de Resolución, en virtud de las cuales la existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes supone una contravención de las obligaciones asumidas por Telefónica en virtud de las Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 26 de julio de 2007.

Se procede a analizar a continuación las restantes alegaciones de Telefónica, en la medida en que no han sido tratadas en los apartados anteriores.

[13] En un mercado cuya estructura se encuentra debilitada dada la presencia de un operador con poder significativo de mercado, por lo que las consecuencias serían particularmente perjudiciales para los operadores competidores.

- Sobre la acumulación temporal de promociones.

En su escrito de 10 de junio de 2010, Telefónica manifiesta que sólo ha sido a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2009 cuando la CMT ha considerado necesario tener en cuenta el coste total que suponen las promociones concurrentes de Telefónica, para así contrastarlo con los límites del VAN del servicio en cuestión. Por lo tanto, en su opinión, antes de esta fecha esta hipótesis de cálculo no formaba parte del conjunto metodológico aplicable para determinar si una actuación podía constituir un estrechamiento de márgenes.

Continúa Telefónica afirmando que las resoluciones de los expedientes AEM 2008/479 y 2008/636 no pueden ser tenidas en cuenta en el presente procedimiento debido a que fueron paralizadas únicamente dada su irreplicabilidad técnica, y la oferta contemplada por la resolución del expediente AEM 2008/2091 se paralizó exclusivamente porque suponía un descuento condicional o vinculado anticompetitivo de los servicios de acceso y banda ancha para el ADSL Mini así como para cuatro promociones concretas.

Telefónica afirma que estas tres resoluciones son muestras del ejercicio por parte de la CMT de la *"facultad de salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado"* y que no efectuaban actualizaciones de la metodología aprobada el 26 de julio de 2007.

En contestación a estas alegaciones, procede reiterar que la metodología encuentra su cauce de implementación en las Resoluciones que en casos concretos dicta la CMT al analizar las ofertas comerciales de Telefónica. En las tres Resoluciones precitadas, en su aplicación de la metodología, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones analiza expresamente la replicabilidad económica de las ofertas comerciales comunicadas por Telefónica, tomando en consideración para dicho análisis la existencia de una promoción temporal concurrente sobre la cuota de alta, que es integrada a la hora de calcular si las ofertas comerciales superan el límite permitido.

Frente a lo alegado por Telefónica, en las tres Resoluciones se analiza de manera explícita la ausencia de replicabilidad económica de las ofertas comunicadas por Telefónica, independientemente de que las citadas ofertas deban ser también paralizadas dada la irreplicabilidad técnica de las mismas. Así por ejemplo, en los Resuelves de las Resoluciones relativas a los expedientes AEM 2008/479 y AEM 2008/636 se señala expresamente que los productos comunicados por Telefónica *"tendrían efectos anticompetitivos en el mercado en cuanto que no es posible su replicabilidad técnica ni económica por parte de los operadores alterativos"*. En la Resolución del expediente AEM 2008/2091, se señala que *"existirían cuatro promociones de doble oferta que no resultarían replicables económicamente por superar el VAN en un 30%"*, llegándose a la misma conclusión en relación con el ADSL Mini, e incorporándose a los efectos del análisis en todos los procedimientos precitados las promociones sobre la cuota de alta planteadas por Telefónica.

Asimismo, Telefónica alega que la inexistencia de un criterio claro acerca de la posible acumulación de las promociones sobre la cuota de alta (promociones concurrentes) queda patente al dedicar la Resolución de actualización de la metodología de fecha 1 de octubre de 2009 – posterior por tanto a las promociones analizadas en el presente expediente – un apartado íntegro a este aspecto. Para Telefónica, por tanto, sólo a partir del 1 de octubre de

2009 – no antes – decidió la CMT dotar de carta de naturaleza vinculante al tratamiento conjunto de las promociones con la cuota de alta.

En relación con esta afirmación, en la Resolución de 1 de octubre de 2009 se procede – como en instancias anteriores – a la actualización que con carácter periódico se lleva a cabo de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, recogiéndose la práctica administrativa de la CMT al respecto. La consolidación en un único documento de los criterios de la metodología tal como ha venido siendo aplicada en los casos concretos viene debidamente motivada, tal como requiere el procedimiento administrativo, sin que la existencia de dicha motivación a través de su correspondiente apartado en la Resolución de actualización suponga – como aduce Telefónica –dotar de carta de naturaleza vinculante a dichas conclusiones solamente a partir de dicho momento.

Lo cierto es que Telefónica era plenamente consciente – dada la existencia de varias Resoluciones explícitas al respecto[14], anteriores a la Resolución de actualización de la metodología de 1 de octubre de 2009 – de que la concurrencia temporal de promociones compatibles sobre diferentes servicios de comunicaciones electrónicas llevaría a la CMT al análisis contenido en la Propuesta de Resolución, y que confirma la existencia de un estrechamiento de márgenes anticompetitivo.

- <u>Sobre la acreditación de la existencia de un daño al mercado.</u>

En sus alegaciones, Telefónica aduce que, para que el estrechamiento de márgenes se pueda reputar como una conducta típica y por lo tanto sancionable, será necesario acreditar la existencia de un daño al mercado, invocando a tal efecto la posición asumida por la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria en la aplicación *ex post* de la normativa de competencia.

En contestación a esta alegación, debe señalarse que la imposición de obligaciones regulatorias con carácter *ex ante* responde a objetivos no necesariamente idénticos a los perseguidos a través de la aplicación ex post de la normativa de competencia. En efecto, como recoge la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas[15], uno de los factores que justifican la imposición de obligaciones *ex ante* a los operadores declarados con poder significativo de mercado es precisamente la insuficiencia de la legislación sobre competencia para hacer frente de manera adecuada a los fallos de mercado.

La regulación preventiva presupone la identificación de unos fallos de mercado, que justifican el establecimiento de obligaciones *ex ante* conforme a unos instrumentos que son propios de la normativa sectorial, y cuyo incumplimiento puede ser sancionado por parte de la Administración encargada de velar por el correcto funcionamiento del sector. Es decir, el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo conductas anticompetitivas puede dar

[14] Resoluciones recaídas en los expedientes AEM 2008/479, AEM 2008/636 y 2008/2091, todas ellas anteriores a las promociones objeto de este procedimiento.
[15] DOUE L344/65 de 28 de diciembre de 2007.

lugar a la generación de responsabilidad por parte del operador infractor, al igual que el incumplimiento de otras obligaciones como podría ser la obligación de acceso, sin que sea preciso volver a acreditar – como podría ser necesario en la tramitación de un expediente en aplicación de la normativa *ex post* de defensa de la competencia – la existencia de un daño concreto al mercado. La existencia de dicho daño previsible ya es analizado por la CMT a la hora de valorar la pertinencia de regular *ex ante* un determinado mercado, así como a la hora de imponer las obligaciones concretas que deberán contribuir a evitar dichos daños.

La necesidad de volver a probar en cada caso concreto la existencia de un daño al mercado tal como plantea Telefónica dejaría *de facto* sin efecto el esquema institucional tal como aparece actualmente configurado, y llevaría a poner en cuestión la validez de la regulación *ex ante* tal como viene recogida en las Directivas comunitarias y en la normativa sectorial española de comunicaciones electrónicas. Llevada al extremo, la tesis postulada por Telefónica podría llevar incluso a replantearse la vigencia de obligaciones esenciales de la regulación sectorial de comunicaciones electrónicas como la obligación de acceso, dado que dicho tipo de obligaciones sólo podría imponerse con carácter excepcional fuera del entorno de la regulación *ex ante* que requieren los mercados de comunicaciones electrónicas.

En todo caso, como se ha indicado, la propia Resolución de los mercados 4 y 5 se refiere repetidamente a la necesidad de intervenir frente a posibles conductas anticompetitivas como el estrechamiento de márgenes, dadas las consecuencias de este tipo de conductas sobre la propia regulación sectorial, en particular sobre el derecho de los operadores alternativos a tener un efectivo acceso a la red del operador declarado con poder significativo de mercado. No debe olvidarse que en los mercados sometidos a regulación *ex ante* se ha concluido acerca de la presencia de obstáculos fuertes y no transitorios al acceso al mercado (primer criterio de la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007); se ha confirmado la existencia de una estructura de mercado que no tiende hacia una competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente (segundo criterio); y se ha llegado a la conclusión de que la mera aplicación de la legislación sobre competencia no permite hacer frente de manera adecuada a los fallos del mercado en cuestión (tercer criterio). Estos criterios indican que la implementación de prácticas anticompetitivas por parte de Telefónica tiene un efecto irreversible, que aconseja su prohibición. Es decir, *a priori*, cualquier práctica de estrechamiento de márgenes realizada por Telefónica tiene la capacidad de distorsionar la competencia[16]. En este sentido, no cabe duda acerca de la aptitud de una actuación como la llevada a cabo por Telefónica y que es objeto de la presente Resolución para producir potenciales efectos contrarios a la competencia.

Finalmente, y a mayor abundamiento, cabe señalar que la existencia de un daño concreto al mercado no es un elemento que forme parte del tipo en virtud del cual se incoa el presente procedimiento sancionador (incumplimiento de las Resoluciones de la CMT, tal como establece el artículo 53.r) de la LGTel), sin perjuicio de que este factor pueda ser tenido en consideración en el apartado correspondiente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora (Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución).

[16] La Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, contiene idénticas consideraciones a este respecto.

- Sobre la errónea concreción de los hechos presuntamente probados en relación a la rentabilidad de las promociones DUOS ADSL de 3,6 y 10 MB.

Telefónica, en sus alegaciones de 10 de junio de 2010, manifiesta desconocer la procedencia de los VAN usados en los cálculos para la resolución del presente procedimiento. Concretamente, afirma que los VAN para las dobles ofertas de 3, 6 y 10Mbps de los que tenía conocimiento eran de 269,09€, 228,81€ y 271,98€ respectivamente, en lugar de los 262,80€, 222,59€ y 265,76€ invocados en este expediente.

A este respecto, cabe señalar que los VAN contemplados en el expediente sancionador tenidos en cuenta por esta Comisión son los vigentes en el momento de la infracción. De los VAN aportados por Telefónica se extrae que este operador debe referirse a las mismas ofertas objeto de análisis, aunque sin el servicio de antivirus ya que los VAN coinciden con éstos. En este sentido, los paquetes de servicios que son objeto de análisis incorporan, todos ellos, dicho servicio antivirus como se extrae de la copia de pantalla realizada el día 21/07/2009.

De modo suplementario, cabe reseñar que aunque los VAN autorizados fueran los aportados por Telefónica, la situación resultaría idéntica, por cuanto las promociones objeto de sanción se continuarían situando siempre en niveles superiores al 30% del VAN permitido. En concreto, 45%, 71% y 44% respectivamente frente a los reales de 49%, 75% y 47%.

Por otra parte, Telefónica en sus alegaciones expone que los VAN calculados no son válidos por los siguientes motivos:

- Porque no se han tenido en cuenta los costes e ingresos reales en el momento de la infracción, sino los del año precedente. Telefónica afirma que en aras de la mayor precisión posible se deberían usar los costes que remitió a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con posterioridad a la infracción investigada (en febrero de 2010) y que corresponden al periodo en el cual se realizó la actuación objeto de este expediente. En este sentido, Telefónica indica que la metodología *"está destinada para dotar a la estrategia comercial de Telefónica y del resto de operadores de puertos seguros; y no para constatar ipso iure situaciones estrechamiento de márgenes"*, por lo que requiere que se reconsideren los costes e ingresos usados.
- Por el inapropiado uso del test de precio implícito. Telefónica se remite a la Resolución de actualización de la metodología de 1 de octubre de 2009 por la cual esta Comisión no consideró necesario continuar aplicando el test de precio implícito para paquetes de servicios que incluyeran servicios móviles. Según la citada entidad, este hecho exige eliminar dicho test para las promociones objeto de sanción.

En relación con estas afirmaciones, debe reiterarse una vez más, que la metodología, como instrumento para la identificación ex ante de prácticas anticompetitivas por parte del operador con poder significativo de mercado, ofrece al mismo tiempo la seguridad jurídica que toda actividad económica requiere. En este sentido, Telefónica conocía perfectamente los límites promocionales que tenía impuestos para los paquetes de servicios objeto de análisis y las hipótesis de cálculo usadas, y era consciente del hecho que de no cumplirlos podía poner en serio peligro la competitividad de los operadores alternativos.

En lo que se refiere a los costes empleados y a la constatación de la práctica de estrechamiento de márgenes, si esta Comisión llevara a término lo solicitado por Telefónica equivaldría a tener en cuenta la metodología sólo a efectos orientativos, pues, en ese caso, todas las promociones deberían ser una a una revisadas de nuevo a posteriori, una vez se obtuviesen nuevos datos de costes e ingresos de la citada entidad. De esta forma, los puertos seguros a los que hace referencia Telefónica no existirían.

En este sentido, resulta indudable que, a la hora de tomar una decisión acerca de la existencia o no de un estrechamiento de márgenes, la CMT debe trabajar sobre la base de los datos existentes en el momento de proceder a dicha decisión, pues lo contrario supondría dejar sin sentido el rol asignado a esta Comisión en la detección y paralización de prácticas reputadas como anticompetitivas en el momento de su realización (y no en momentos temporales posteriores).

En lo referente al test de precio implícito, esta Comisión sólo consideró que ya no era necesario recurrir a este test para los paquetes de servicios que incluyeran servicios móviles a partir de la Resolución citada de 1 de octubre y no antes (en la fecha de la infracción), como lo prueba el hecho de que incluso en el trámite de audiencia previo a la Resolución de la actualización de la metodología todavía se considerara necesario mantener dicho test. Telefónica no puede por tanto escudarse en una Resolución adoptada con posterioridad a la comisión de la conducta anticompetitiva objeto del presente procedimiento.

A mayor abundamiento, siguiendo el mismo razonamiento planteado por Telefónica, la aplicación de la Resolución de 1 de octubre de 2010 a este expediente supondría incluir en los cálculos otros factores menos favorables a Telefónica como por ejemplo los datos de vida media de cliente (27 meses, en vez de los 36 anteriores), dado que – en la línea de los argumentado por Telefónica – esta modificación es también fruto del análisis de la evolución de la competencia en los meses anteriores. En este sentido, la aplicación de la menor vida media del cliente tendría como efecto la reducción de los márgenes promocionales máximos permitidos.

En conclusión, Telefónica conocía perfectamente los VAN en vigor y las potenciales consecuencias derivadas de una actuación por su parte que no se ajustara a los principios establecidos en la Resolución de los mercados 4 y 5 y en la Resolución de la metodología.

2.- Sobre la ausencia de infracción administrativa por falta de culpabilidad en la actuación de Telefónica. Error en la falta de comunicación de las promociones del Expediente AEM 2009/884 y “DO LÍNEA ADSL 6 MB+TPN+MÓDULO VOZ MÓVIL.”

Dicha alegación será contestada en el Fundamento de Derecho Tercero (culpabilidad en la comisión de la infracción).

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

Como ha sido recogido en ocasiones anteriores por esta Comisión, de conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritaria, 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 sea 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 (SSTS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579) y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), y jurisprudencia posterior.

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 imprudencia[17]. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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.

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 53.e) o el 53.o) de la LGTel[18], donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma, cuyo incumplimiento

17 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*".

18 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*".

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, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, se imputan a Telefónica dos conductas antijurídicas:

1. a) La primera es la consistente en la no comunicación en tiempo y forma de las promociones comerciales analizadas, vulnerándose la obligación de Telefónica de notificar *ex ante* todas las ofertas o modificaciones de precios.

Telefónica alega, en relación con esta conducta, que no puede imputársele el elemento de culpabilidad necesario puesto que se trató de errores puntuales, involuntarios e irrelevantes, si se considera la cantidad de promociones que se notificaron a la CMT en 2009. Telefónica afirma, por tanto, la observancia debida del deber de cuidado en el cumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas, así como la existencia de buena fe dado que la ausencia de comunicación se debió a un error involuntario, perfectamente justificado en el gran volumen de promociones que se comunican a la CMT. Asimismo, la interesada manifiesta que una interpretación razonable de la norma *"es causa excluyente de la culpabilidad" […]* debido a que *"las promociones que no se comunicaron a tiempo representan, de hecho un 0,13% del total de las promociones que se comunicaron durante el año anterior, lo que supone un margen de error razonablemente admisible […]*

2. b) La segunda conducta imputable es la consistente en llevar a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes que vulnera los límites establecidos por esta Comisión en su Resolución de 26 de julio de 2007.

En relación con esta conducta, Telefónica niega cualquier elemento de dolo o culpa por haber aplicado los criterios que hasta ahora conocía. Dicha entidad afirma que actuaba con convicción de que su conducta era lícita y que no sabía que las ofertas comerciales se debían analizar junto con las demás promociones vigentes en el mercado (en particular, promociones sobre la cuota de alta).

Pues bien, en relación con las dos conductas citadas, considerando el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que Telefónica era absolutamente consciente de que el incumplimiento de las obligaciones impuestas implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica. En cuanto al elemento volitivo, debe señalarse lo siguiente:

a) En relación con la primera conducta, aunque se haya tratado de casos puntuales, la inobservancia de la obligación es atribuible al menos a título de culpa, toda vez que, conociendo Telefónica la importancia que tiene la remisión de dicha información a la CMT tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

Es más, Telefónica debería tener un procedimiento claramente predefinido para comunicar a esta Comisión todas las promociones u ofertas, por lo que no se entiende cómo pueden producirse errores en la remisión de la información, siendo ello más grave si precisamente dichos errores se producen con promociones que no cumplen la metodología como ocurre en el presente caso.

Finalmente, señalar que el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, obligan a Telefónica a notificar en tiempo y

forma sus ofertas comerciales. La Resolución del mercado 4 y 5 y las distintas Resoluciones adoptadas a lo largo del tiempo por la CMT explicitan las razones por las que se entiende que el análisis preventivo de las ofertas de Telefónica debe recaer sobre todas sus ofertas (no sobre la mayoría de sus ofertas). Por tanto, un único supuesto es suficiente para dar lugar al incumplimiento de la obligación impuesta a Telefónica de comunicación previa.

b) En relación con la segunda conducta, se estima que concurren los requisitos de la figura del dolo, esto es, hubo intención de realizar el hecho ilícito.

Se han analizado en la presente resolución las obligaciones impuestas a Telefónica en materia de orientación de precios mayoristas a costes y garantía de replicabilidad económica de ofertas por los operadores alternativos. Telefónica conocía perfectamente que el test de estrechamiento de márgenes tiene en cuenta las promociones compatibles en el tiempo ya que en meses anteriores a la comisión de la infracción, la CMT había paralizado promociones de Telefónica en base a ese criterio. Además, es lógico que si Telefónica ofrece promociones acumuladas para los mismos clientes, la CMT lleve a cabo el análisis de los costes de todas esas promociones, pues son esos los costes que el operador alternativo tendrá que asumir para emular dicha oferta.

Telefónica, como operador con PSM en el mercado 5 y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas, es plenamente consciente y conocedor de la importancia y los efectos colaterales que produce o puede producir su actuación en la competencia cuando lleva a cabo este tipo de prácticas.

Por todo lo anterior, concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probada a título culposo, en cuanto a la primera conducta, y doloso, en cuanto a la segunda, su incumplimiento de las Resoluciones ya citadas, sin que concurra ninguna causa eximente de su responsabilidad, en particular cuando precisamente en promociones no notificadas a la CMT se ha demostrado la existencia de un estrechamiento de márgenes.

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."

Cuarto.1.- Circunstancias agravantes.

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, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

Cuarto.2.- Circunstancias atenuantes.

Si bien las conductas llevadas a cabo por Telefónica son muy graves, cabe considerar como circunstancia atenuante la naturaleza de los perjuicios causados, toda vez que no han podido producirse daños muy graves en el mercado al haberse detectado y paralizado las promociones ofertadas por Telefónica.

Además, el estrechamiento de márgenes se ha producido en tres promociones individuales que en principio tenían un ámbito territorial publicitado para Galicia (aun cuando según afirma Telefónica una parte significativa de las altas de la citada promoción se produjeron fuera de dicha Comunidad Autónoma), por lo que se entiende que no ha habido una repercusión social elevada de la conducta.

QUINTO.- Sanción aplicable a las infracciones.

Quinto.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 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,

- 20 millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad señaladas en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

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.

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

No es procedente utilizar en el presente procedimiento el **criterio del beneficio bruto obtenido** por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción.

En primer lugar, en relación con la conducta relativa a la no notificación *ex ante* de las promociones, no se habrá obtenido un beneficio directo en la comisión de la infracción porque se trata de la omisión de un deber de notificación a la CMT.

En segundo lugar, en relación con la infracción relativa al estrechamiento de márgenes, no se dispone de datos exactos en cuanto al número de clientes contratados –aunque Telefónica afirma que 106 clientes contrataron estas promociones, pero refiriéndose a las promociones notificadas que iban a comenzar el 1 de agosto, y ya se ha establecido anteriormente que parecen promociones distintas a las encontradas en la página web comercial de Telefónica- y, en todo caso, el posible beneficio indirecto obtenido, la reducción de la capacidad competitiva de los operadores alternativos, se considera difícil de cuantificar. En todo caso, los beneficios obtenidos habrán sido menores que el límite superior de la sanción establecido por defecto –si no puede obtenerse alguna de las otras cantidades señaladas en el precepto- por el artículo 56 de la LGTel: 20 millones de euros.

En cuanto al criterio del **1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad** en el último ejercicio, se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida los mercados minoristas a los que afectan principalmente los componentes de las promociones paralizadas, que son el acceso telefónico, el servicio telefónico fijo –tráfico- y la banda ancha fija.

Desde el punto de vista del consumidor el servicio principal del paquete es la banda ancha. Por el contrario, el servicio telefónico móvil es el servicio dentro del paquete que presumiblemente tendrá el menor grado de atractivo para el consumidor por incorporar una tarifa más restrictiva. En este sentido, el servicio telefónico fijo incluido en el paquete incluye llamadas locales, provinciales y nacionales gratuitas prácticamente sin limitación, mientras que la tarifa móvil se restringe a las llamadas on net y además, lo que es relevante, no son gratuitas, por lo que, por la dudosa incidencia en dicho mercado se ha decidido no tenerlo en cuenta dentro de la rama de actividad afectada.

Al haber declarado Telefónica que las promociones tenían un ámbito geográfico nacional, procede considerar los ingresos obtenidos en todo el territorio nacional. En la propuesta de

resolución del presente procedimiento se tomaron en consideración los ingresos del año 2008:

Tabla 5: ingresos obtenidos en las ramas de actividad afectadas en el año 2008.

Ingresos Grupo TESAU derivados de los servicios incluidos en los paquetes de servicios	Ingresos (millones de euros)
Servicio telefónico fijo (Telefónica de España, S.A.)	
Ingresos de acceso telefónico	1.637,9
Ingresos tráfico	2.697,3
Banda ancha fija (Telefónica de España, S.A.)	
Ingresos de servicios de acceso dedicado	1.944,1
TOTAL	**6.279,3**

No obstante, actualmente esta Comisión dispone de los ingresos de Telefónica del año 2009 por lo que, de conformidad con el artículo 56 de la LGTel, esta Comisión tomará en consideración los ingresos que se detallan a continuación:

Tabla 6: ingresos obtenidos en las ramas de actividad afectadas en el año 2009.

Ingresos Grupo TESAU derivados de los servicios incluidos en los paquetes de servicios	Ingresos (millones de euros)
Servicio telefónico fijo (Telefónica de España, S.A.)	
Ingresos de acceso telefónico	1.547,8
Ingresos tráfico	2.265,5
Banda ancha fija (Telefónica de España, S.A.)	
Ingresos de servicios de acceso dedicado	1.952,43
TOTAL	**5.765,73**

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 57,65 millones de euros.

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, porque en parte la actuación de Telefónica consiste en una falta de actuación –no notificación de promociones- y en parte no es posible conocer qué recursos y fondos han sido empleados para llevar a cabo la configuración y comercialización de las promociones paralizadas.

En definitiva, la mayor cantidad de las anteriores es 57,65 millones de euros, constituyendo dicha cuantía el límite máximo de la sanción que puede imponerse a la imputada por las infracciones cometidas.

Quinto.3.- Determinación de la sanción.

En aplicación de los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han obtenido las siguientes conclusiones:

- Se considera de gran relevancia la infracción cometida, debido al conocimiento que Telefónica tiene del daño que puede causar al mercado y a la competencia y al hecho de haber incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes en promociones que, además, no ha notificado a esta Comisión.

- Por otra parte, dado el escaso período de comercialización de las promociones –quince días-, se entiende que los efectos en el mercado y la repercusión social de la infracción cometida no han podido ser muy graves, lo cual es tenido en cuenta en la imposición de la sanción.

- 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.

Como se ha establecido con anterioridad, no es posible determinar fehacientemente el beneficio obtenido como consecuencia de las infracciones cometidas. Sin embargo, se ha hecho la siguiente aproximación a los **beneficios directos** que se podrían haber obtenido con promociones de similares características.

Adoptando un criterio restrictivo, esto es, si las promociones hubieran sido efectivamente comercializadas únicamente durante cinco semanas (hasta el 31 de agosto de 2009), solamente a través del canal on line de Telefónica y sólo para Galicia[19], el número de clientes adscritos y el beneficio pudiera haber sido sido el siguiente[20]:

Tabla 7[21]: Beneficio directo estimado de promociones similares con condiciones a la comercialización restrictivas.

Paquete de servicios	clientes adscritos con supuestos	Beneficio por cliente (€)	Beneficio directo (€)
DO Kit ADSL 10Mb + TPN + módulo voz móvil	573	184	105.344
DO Línea ADSL 6Mb + TPN + módulo voz móvil	576	144	82.760
DO Línea ADSL 3Mb + TPN + módulo voz móvil	8	187	1.538
BENEFICIO DIRECTO TOTAL			**189.641**

Como se puede apreciar el beneficio potencial directo de la práctica anticompetitiva puede ser muy variable en función de la configuración efectiva de las promociones. En cualquier caso, las cifras anteriores suponen el beneficio máximo dado que una parte de los clientes que optaron por Telefónica lo habrían hecho en cualquier caso, en ausencia de las promociones anticompetitivas.

19 La población en la Comunidad Autónoma de Galicia representa un 6,03% del total de España.

20 Tomando datos de promociones similares a las que son objeto de este expediente –reducción importante de la cuota durante 12 meses, y alta y equipamiento gratuitos-, así como el menor número de suscripciones que se realizaron en el periodo en vigor de dichas promociones -agosto de 2008- (aproximadamente la mitad de los dos meses anteriores).

21 No se tienen en cuenta otros elementos como la comercialización en exclusiva por canal on line o el esfuerzo publicitario sobre las promociones por no tener datos suficientes para poder realizar una aproximación cuantitativa.

En todo caso, a lo anterior habría que añadir el **beneficio indirecto** obtenido por la comisión de la infracción. Tal y como se ha dicho anteriormente, el objetivo o efecto de las prácticas ilícitas analizadas es limitar la capacidad competitiva de los operadores alternativos al reducir la presión competitiva que puedan ejercer sobre el incumbente.

Efectivamente, un operador alternativo que usara los servicios mayoristas regulados para lanzar una promoción similar sobre un paquete de servicios equivalente estaría incurriendo en pérdidas. Estas pérdidas harían insostenible la situación de este operador en el largo plazo, obligándole a incrementar sus precios, disminuyendo de esta forma la presión competitiva que afronta Telefónica.

Contestación a las alegaciones formuladas por Telefónica en relación con la determinación de la sanción.

Telefónica en su escrito de 10 de junio de 2010 alega que se ha producido una errónea determinación de la hipotética sanción:

- Sobre la sanción propuesta respecto de la infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de notificar las promociones.

Telefónica aduce que el error cometido supone un ínfimo porcentaje del total de las promociones comunicadas. El número de promociones comunicadas en el semestre regulatorio (Mayo-Octubre 2009) en el que se comercializaron las promociones fue de 1.536.

Asimismo, continúa la referida entidad, *"Telefónica es una de las compañías con mayor actividad publicitaria y asumiendo que no disponemos de un mecanismo automatizado para la comunicación de promociones, tarifas, etc…, y que además, la CMT es plenamente consciente de ello, entendemos que debería ser razonablemente percibido por esta Administración como un error puntual e irrelevante."*

Ante dicha alegación de la actora es necesario señalar que el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, obligan a Telefónica a notificar en tiempo y forma sus ofertas comerciales. La Resolución del mercado 4 y 5 y las distintas Resoluciones adoptadas a lo largo del tiempo por la CMT explicitan las razones por las que se entiende que el análisis preventivo de las ofertas de Telefónica debe recaer sobre todas sus ofertas (no sobre la mayoría de sus ofertas). Por tanto, un único supuesto es suficiente para dar lugar al incumplimiento de la obligación impuesta a Telefónica de comunicación previa, dados los previsibles daños que sobre el mercado dicha ausencia de comunicación puede tener.

- El período de comercialización de las promociones Dúos ADSL de 3 y 10 MB ha sido menor de lo identificado por la CMT.

Según Telefónica las promociones únicamente estuvieron publicadas en la web durante unas horas entre el 20 y el 21 de julio. Por lo tanto, el plazo fue mucho menor o más bien casi inexistente, que el identificado por la CMT en la Propuesta de Resolución de la instructora del presente procedimiento. Con respecto a la promoción del DUO ADSL 6 MB, improcedentemente se publicitó junto con las otras dos el día 21 de julio de 2009. Al igual

que con las de 3 MB y 6 MB, las promociones se eliminaron de la web el día 21 de julio, por tanto sólo estuvieron disponibles unas horas.

Por todo ello, Telefónica considera que el período imputado por la supuesta práctica anticompetitiva debería reducirse en más del 99%, reduciéndose consecuentemente la graduación de la sanción. Asimismo, Telefónica afirma que no se han causado perjuicios de ninguna índole, puesto que *"se dieron de alta un total de 106 clientes (en todo el territorio nacional). Por lo que es difícil poder concluir respecto de una posible distorsión de la competencia si tenemos en cuenta que lo que supone dentro del total del mercado de Banda Ancha minorista."*

En contestación a esta alegación, y tal y como ha quedado acreditado en el hecho probado primero, las promociones que indica Telefónica en su escrito de alegaciones señalaban una fecha de inicio de comercialización de 1 de agosto de 2009 (con una vigencia de la promoción hasta finales de dicho mes de agosto), mientras que esta Comisión ha constatado que las ofertas comerciales analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el 21/07/2009. Por tanto, es razonable entender que, al menos, desde el 21 de julio de 2009 y hasta el 4 de agosto de 2009, fecha en la que esta Comisión notificó la paralización de las citadas promociones a Telefónica[22], cualquier usuario pudo darse de alta en las promociones citadas, sin que en ningún momento Telefónica haya presentado documentación alguna que acredite el hecho de que – supuestamente – las citadas promociones estuvieron disponibles solamente durante unas horas.

- Un ejercicio más preciso y proporcionado permite demostrar que los hipotéticos beneficios directos han sido menores de los identificados por la CMT.

TELEFÓNICA alega en su escrito de 10 de junio de 2010 que el beneficio directo se ha calculado de forma incorrecta, y manifiesta que si se toma como base todas las promociones para altas nuevas de los productos objeto del procedimiento sancionador (Dúos 3,6 y 10Mb con Módulo Móvil) que se comercializaron en el semestre Mayo-Octubre 2009, y que se han reportado a CMT un hipotético beneficio directo de la acción habría sido **CONFIDENCIAL [ ]** en lugar de los **189.641€** estimados por la CMT[23].

Telefónica presenta las siguientes tablas:

CONFIDENCIAL [

FIN CONFIDENCIAL]

En relación con las tablas aportadas por Telefónica, cabe señalar que Telefónica no explica los cálculos realizados, siendo ambiguos algunos de ellos. Así por ejemplo, Telefónica no explica cómo se obtienen los datos de la columna "*Altas Totales potenciales en la campaña*". Sí, en cambio, especifica que tiene en cuenta la ventana de contratación de 31 días, cuando esta Comisión ha acreditado –y Telefónica no lo ha rebatido- que, como mínimo, la misma se habría extendido hasta 42 días.

En definitiva, Telefónica no rebate en ningún sentido los cálculos realizados por la CMT, ni señala las razones objetivas que justifiquen que sean los cálculos propios aportados por la referida entidad los que deban ser tomados en cuenta. En todo caso, debe reiterarse que

[22] Un total, por tanto, de quince días.
[23] Tabla 7 del presente documento (página 31).

este ejercicio no integraría los beneficios indirectos derivados de la acción de Telefónica, y que como se ha señalado en este caso son relevantes dados los efectos de una conducta como la que es objeto del presente procedimiento sobre la competencia.

Quinto.4.- Imposición de la sanción.

De los principios y límites cuantitativos a que se ha hecho 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, se considera que procede imponer las siguientes sanciones:

- Cincuenta y cinco mil (55.000) euros por el incumplimiento de la obligación de notificar ex ante las promociones de referencia.

- Trescientos mil (275.0000) euros por el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes como la descrita.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. 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 el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica como operador con PSM y la imposición de obligaciones específicas, al no notificar en tiempo y forma las promociones analizadas en el cuerpo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de cincuenta y cinco mil (55.000) euros por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. 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 el Resuelve Sexto y el apartado 1.b) del Anexo 3 de la Resolución citada de 22 de enero de 2009 y la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A., por haber incurrido en una práctica de

estrechamiento de márgenes en las promociones analizadas que vulnera los criterios establecidos en la última Resolución para las promociones temporales.

CUARTO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de doscientos setenta y cinco mil (275.000) euros por la anterior conducta.

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 2009/1233. 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.