MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 28/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de las obligaciones de comunicación contenidas en la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados 4 y 5 (RO 2013/708).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 22 de enero de 2009.

Con fecha 22 de enero de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y 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 (en adelante, Resolución de los mercados 4 y 5)[1].

La Resolución precitada acuerda en su Resuelve Sexto

"Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución en relación con el acceso compartido y completamente desagregado; las obligaciones recogidas en el Anexo 2 de la presente Resolución en relación con el acceso mayorista a la infraestructura de obra civil; y las obligaciones recogidas en el Anexo 3 de la presente Resolución en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha".

[1] Expediente MTZ 2008/626.

Por su parte, el Anexo 3 de obligaciones de la Resolución ("Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s") dispone lo siguiente:

"1.- Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores.

La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica de las siguientes obligaciones a TESAU:

[…]

d) Comunicación por TESAU a la CMT de 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 (Arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)

Se entenderán sujetas a la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU 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 aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes.

Esta obligación implica que TESAU o cualquier empresa de su Grupo está obligada a comunicar a la CMT los citados precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.

En el caso de introducción por TESAU o cualquier empresa de su Grupo empresarial, de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de banda ancha de TESAU".

SEGUNDO.- Primera orden de inspección.

Con fecha 25 de marzo de 2013, y en virtud de la competencia atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 48.4 (i) y 50.3 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en materia de inspección sobre las actividades de los operadores de telecomunicaciones, se dictó una orden de inspección cuyo objeto, según señalaba la citada orden, era el siguiente:

"La inspección tendrá por objeto comprobar los precios ofrecidos por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en su página web, por la prestación de servicios de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija y banda ancha sobre ADSL, con y sin televisión (ofertas Dúo y Trío ADSL). Telefónica está sometida a obligaciones de comunicación ex ante a la CMT de sus ofertas comerciales, resultando por tanto procedente

verificar el contenido de las ofertas disponibles en la página web de este operador y su alineamiento con las ofertas comunicadas a la CMT.

La inspección consistirá en el acceso por parte del inspector designado a la página web de Telefónica (www.movistar.es), con el objetivo de analizar las ofertas ADSL disponibles en la citada página web".

TERCERO.- Realización de la primera inspección.

Con fecha 26 de marzo de 2013, se efectuó en la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la inspección precitada, con los resultados que se detallan en el presente expediente, y que fueron reflejados en la correspondiente acta de inspección.

CUARTO.- Segunda Orden de inspección.

Con fecha 17 de abril de 2013, se dictó una segunda orden de inspección, con el mismo objeto que la orden de inspección de fecha 25 de marzo de 2013.

QUINTO.- Realización de la segunda inspección.

Con fecha 18 de abril de 2013, se efectuó en la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la inspección precitada, con los resultados que se detallan en el presente expediente, y que fueron reflejados en la correspondiente acta de inspección.

SEXTO.- Apertura de un periodo de información previa.

Con fecha 13 de mayo de 2013, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se procedió a abrir un período de información previa con el fin de conocer en mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador, remitiéndose asimismo un requerimiento de información a Telefónica.

SÉPTIMO.- Alegaciones de Telefónica.

Con fecha 28 de mayo de 2013, Telefónica formuló sus alegaciones en relación con la apertura del periodo de información previa reseñado en el antecedente de hecho anterior, procediendo asimismo a dar contestación al requerimiento de información practicado.

OCTAVO.- Información adicional remitida por Telefónica.

CONFIDENCIAL [ ]

NOVENO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 18 de abril de 2011, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito de alegaciones a la apertura del periodo de información previa, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, el artículo 3 de la LGTel fija, entre otros, como objetivo de la Ley el siguiente:

"a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos".

Entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.4 e), la de "*adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. […]*"

Por su parte, el artículo 48.4 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la función de *"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."*

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 22 de enero de 2009 la CMT adoptó la Resolución de los mercados 4 y 5, donde se establecen las obligaciones de comunicación previa de las ofertas minoristas de Telefónica mencionadas en el antecedente de hecho primero.

Por otra parte, el artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la LGTel, señala que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la

competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación."

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

De conformidad con las anteriores disposiciones, compete a esta Comisión conocer, y en su caso sancionar, el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de los mercados 4 y 5.

En aplicación de los preceptos citados, esta Comisión está habilitada para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

II VALORACIÓN DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS

II.1 Inspecciones efectuadas por la CMT

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, los días 26 de marzo de 2013 y 18 de abril de 2013 la CMT procedió a la realización de sendas inspecciones, cuyo objeto era verificar las ofertas comerciales sobre ADSL disponibles en la página web de Telefónica. A este respecto, se efectuaron las comprobaciones pertinentes en relación con las ofertas relativas a la prestación de servicios de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija y banda ancha sobre ADSL, con y sin televisión (ofertas Dúo y Trío ADSL).

Para cada una de las dos ofertas relativas a empaquetamientos de servicios de acceso a la red telefónica pública y banda ancha sobre ADSL (Movistar ADSL y Movistar ADSL Llamadas), se accedió a la información contenida en los enlaces disponibles en la página web de Telefónica.

Igualmente, para cada una de las tres ofertas sobre empaquetamientos de servicios de acceso a la red telefónica pública, televisión y banda ancha sobre ADSL (Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar), se accedió a la información contenida en los enlaces disponibles en la página web de Telefónica.

Por último, se verificaron las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL, así como las Condiciones Generales del servicio Movistar TV, también disponibles en la página web de Telefónica.

Las inspecciones precitadas, con números de referencia AEM-OTR 2013/238 y AEM-OTR 2013/321, serán incorporadas al presente expediente sancionador, para su posible consideración en la tramitación del procedimiento.

II.2 Sobre la existencia de indicios de incumplimiento de la Resolución de los mercados 4 y 5 por parte de Telefónica

II.2.1 Oferta Movistar ADSL

A fecha 26 de marzo de 2013 y 18 de abril de 2013, Telefónica tenía disponibles en su página web dos ofertas de acceso a la red telefónica pública y banda ancha sobre ADSL (Dúos ADSL) para clientes que no tienen contratados servicios de telefonía móvil con Telefónica:

- En primer lugar, la oferta Movistar ADSL (con velocidad de acceso a Internet hasta 10 Mb) donde, según se señalaba en la página web de Telefónica en la fecha en que se practicaron las inspecciones, el precio era de 19,9 euros/mes[2] durante los doce primeros meses y 24,9 euros/mes[3] los doce meses siguientes.

- En segundo lugar, la oferta Movistar ADSL Llamadas (con velocidad de acceso a Internet hasta 10 Mb) donde, según se señalaba en la página web de Telefónica en la fecha en que se practicaron las inspecciones, el precio era de 24,9 euros/mes[4] durante los doce primeros meses y 29,9 euros/mes[5] para el resto del contrato.

En ambos casos, las ofertas incluyen la realización de llamadas a teléfonos fijos de ámbito metropolitano, provincial y nacional sin horarios (tarifa plana nacional). La diferencia entre ambas ofertas (y por consiguiente, el diferencial de 5 euros/mes existente) estriba en la existencia de un bono de llamadas para el servicio Movistar ADSL Llamadas, en virtud del cual desde la línea fija se pueden consumir 500 minutos al mes en llamadas a móviles de cualquier operador los fines de semana, y 50 minutos al mes en llamadas a móviles de cualquier operador durante el resto de la semana.

El Dúo hasta 10Mb (o Movistar ADSL) fue comunicado a la CMT por Telefónica en mayo de 2011 con un precio de 29,9 euros mensuales[6]. El lanzamiento comercial de la modalidad *hasta* 10Mb supuso una reducción de precio significativa con respecto a la modalidad 10Mb, cuyo precio de referencia (el del Dúo 10Mb) se situaba anteriormente en 40,9 euros mensuales.

No obstante, a raíz de las inspecciones practicadas en marzo y abril de 2013, se comprobó en la información públicamente disponible en la página web de Telefónica que el precio del servicio Movistar ADSL (Dúo hasta 10 Mb) era de 24,9 euros/mes (y no de 29,9 euros/mes como fue comunicado a la CMT), con un período promocional inicial de 19,9 euros/mes durante los doce primeros meses del contrato[7].

---

[2] 24,08 euros/mes con IVA.
[3] 30,13 euros/mes con IVA.
[4] 30,13 euros/mes con IVA.
[5] 36,18 euros/mes con IVA.
[6] La citada oferta fue comunicada a la CMT en fecha 4 de mayo de 2011, con número de referencia SER-PQ-11-1497. Con posterioridad, en fecha 24 de mayo de 2012, Telefónica comunicó la comercialización de una oferta Dúo hasta 10 Mb que, por el mismo precio de 29,9 euros/mes, incluía un bono de llamadas a números móviles (número de referencia OTR-GN-12-0008).

Como se expone a continuación, esta conclusión se desprende en particular del análisis de las condiciones generales de contratación de los servicios de banda ancha vigentes en el momento de las inspecciones y de la forma en que se construyen los Tríos ADSL (donde el precio de los servicios Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar se elabora sobre la base de un precio nominal para los servicios de acceso y conectividad de 24,9 euros/mes).

En efecto, en las inspecciones practicadas por la CMT se comprobó que el precio de 24,9 euros/mes era el precio nominal que figuraba en las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL para el servicio Dúo hasta 10 Mb. En relación con las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable, el precio de la cuota mensual del servicio hasta 10 Mb con tarifa plana en llamadas a fijo nacionales era de 30,129 euros con IVA (24,9 euros sin IVA). En relación con las Condiciones Generales de la Línea Movistar ADSL, el precio de la cuota mensual del servicio hasta 10 Mb con tarifa plana en llamadas a fijo nacionales era de 30,13 euros con IVA (24,9 euros sin IVA).

Igualmente, en las cuotas mensuales de los empaquetamientos de los servicios de acceso fijo y banda ancha con TV, subyacía – en la fecha en que se llevaron a cabo las inspecciones - una cuota nominal del servicio Dúo hasta 10 Mb de 24,9 euros/mes.

En efecto, como queda acreditado en las inspecciones practicadas por la CMT, los servicios Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar sobre ADSL se construyen sobre una oferta de acceso a la red telefónica pública y banda ancha que incluye las mismas prestaciones (banda ancha hasta 10 Mb, tarifa plana nacional) y las mismas promociones que las reseñadas anteriormente para los servicios de acceso y banda ancha. En estos casos, el precio que figuraba en las condiciones comerciales para la oferta de base (sin un bono de llamadas a móviles) era de 24,9 euros/mes, precio que además se publicitaba como un precio definitivo.

Hechas estas comprobaciones, la CMT ha verificado si la modificación de precios recogida en los párrafos anteriores, y en virtud de la cual el precio del servicio Movistar ADSL (Dúo hasta 10 Mb) era en la fecha en que se practicaron las inspecciones de 24,9 euros/mes, ha sido comunicada a la CMT para su análisis, tal como exige la normativa sectorial respecto de las ofertas y promociones que incluyan servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y/o banda ancha.

A este respecto, no se ha podido constatar que Telefónica haya comunicado dicha oferta. En particular, la comunicación relativa al servicio Movistar ADSL (Dúo hasta 10 Mb), realizada en fecha 4 de mayo de 2011[8], se refiere a un precio nominal de 29,9 euros/mes (y no de 24,9 euros/mes) por la prestación de los servicios de acceso a la red telefónica pública y banda ancha hasta 10 Mb con tarifa plana nacional pero sin llamadas a móviles.

La comunicación extemporánea realizada por Telefónica en fecha 6 de junio de 2013, y respecto de la cual se harán una serie de consideraciones en la secciones posteriores de

[7] Este tipo de promociones de alta son objeto de comunicación periódica a la CMT.
[8] Número de referencia SER-PQ-11-1497.

este Resolución, no vendría sino a refrendar el hecho de que, en la fecha en que la CMT procedió a la realización de las dos inspecciones, Telefónica no había comunicado el precio de 24,9 euros/mes aplicable a la oferta Movistar ADSL.

II.2.2 Oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL (sin llamadas a móviles desde la red fija)

En relación con los servicios de TV Movistar TV Familiar sobre ADSL[9], esta Comisión ha verificado asimismo si la modificación de precios mencionada, y en virtud de la cual el precio del servicio ADSL asociado al citado paquete en la fecha en que se practicaron las inspecciones era de 24,9 euros/mes (en casos en que no se contrate el bono de llamadas a móviles) ha sido comunicada a la CMT para su análisis, tal como exige la normativa sectorial respecto de las ofertas y promociones que incluyan servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y/o banda ancha[10].

Procede recordar que el precio de 24,9 euros/mes (al que se suma el precio de 29,9 euros/mes por la prestación del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL[11], dando lugar a un precio total de 54,8 euros/mes) era el precio que aparecía reflejado en la propia página web de Telefónica para la contratación de servicios de conectividad relacionados con Movistar TV Familiar. Dicho precio era también el precio que figuraba en las condiciones generales de contratación relativas al servicio Movistar TV, y donde la cuota mensual del servicio Movistar TV Familiar Hasta 10 Mb era de 54,8 euros[12] (66,308 euros con IVA).

A este respecto, no se ha podido constatar que Telefónica haya comunicado dicha oferta relativa al servicio Movistar TV Familiar. En particular, las comunicaciones relativas a Movistar TV Familiar sobre ADSL, efectuadas en fecha 23 de junio de 2011 y 7 de julio de 2011[13], no hacen referencia alguna a la existencia de un precio para los servicios de conectividad (sin incluir las llamadas a números móviles desde el teléfono fijo) de 24,9 euros/mes, al que se sumaría el precio de los servicios de TV de Movistar TV Familiar (actualmente, 29,9 euros/mes).

La comunicación extemporánea realizada por Telefónica en fecha 6 de junio de 2013, y respecto de la cual se harán una serie de consideraciones en la secciones posteriores de

[9] La oferta Movistar TV Familiar incluye el acceso a más de 80 canales de televisión, así como a contenidos de fútbol y servicios de videoclub.

[10] Las ofertas relativas al servicio Movistar TV Ocio fueron comunicadas a la CMT en fecha 10 de octubre de 2012, con número de referencia OTR-GN-12-0026, procediéndose a una actualización de los precios del servicio de televisión Movistar TV Ocio mediante comunicaciones de fecha 28 de noviembre de 2012 y 14 de diciembre de 2012, con número de referencia MSV-PQ-12-0016 y OTR-RC-12-0038, respectivamente. Las ofertas relativas al servicio Movistar TV Deportes fueron comunicadas a la CMT mediante escrito de 30 de septiembre de 2011, con número de referencia OTR-RC-11-0062, procediéndose a una actualización de los precios del servicio de televisión Movistar TV Deportes mediante comunicaciones de fecha 19 de julio de 2012 y 28 de noviembre de 2012, con número de referencia MSV-PQ-12-0008 y MSV-PQ-12-0016, respectivamente.

[11] Ver comunicación de Telefónica de fecha 7 de septiembre de 2012, con número de referencia MSV-PQ-12-0009. Cabe señalar que Telefónica ha empezado a practicar recientemente una serie de promociones sobre el componente de TV de su servicio Movistar TV Familiar.

[12] Es decir, 29,9 euros por el servicio Movistar TV Familiar más 24,9 euros por los servicios de conectividad.

[13] Números de referencia OTR-OT-11-0056 y OTR-RC-11-0058, respectivamente. Telefónica procedió a una actualización de los precios del servicio de televisión Movistar TV Familiar mediante comunicaciones de fecha 15 de septiembre de 2011 y 7 de septiembre de 2012, con número de referencia MSV-PQ-11-0004 y MSV-PQ-12-0009, respectivamente.

este Resolución, no vendría sino a refrendar el hecho de que, en la fecha en que la CMT procedió a la realización de las dos inspecciones, Telefónica no había comunicado el precio de 54,8 euros/mes aplicable a la oferta Movistar TV Familiar.

En definitiva, Telefónica no habría procedido a comunicar a la CMT los precios efectivamente aplicados por la prestación de servicios de conectividad (sin llamadas a móviles) empaquetados con el servicio Movistar TV Familiar.

II.3 Alegaciones de Telefónica

En su escrito de fecha 28 de mayo de 2013, Telefónica formula una serie de alegaciones en relación con la apertura por la CMT de un periodo de información previa a un procedimiento sancionador.

En particular, Telefónica formula las siguientes consideraciones en relación con las ofertas objeto de este expediente:

II.3.1 Oferta Movistar ADSL

En relación con la oferta Movistar ADSL, Telefónica alega en primer lugar que dicha oferta no se habría comercializado al precio definitivo de 24,9 euros/mes puesto de manifiesto a través de las correspondientes inspecciones efectuadas por los Servicios de la CMT.

Telefónica reconoce sin embargo la existencia de *"errores en la traslación de* [los] *precios"* así como *"algunas inconsistencias en su web a la hora de trasladar la información sobre su política comercial"*, e indica que dichas inconsistencias (manifestadas en las condiciones generales de contratación del servicio, así como en la construcción de ofertas modulares sobre la base del Dúo Movistar ADSL) han sido subsanadas inmediatamente a raíz de la incoación del expediente de información previa por la CMT[14].

Todo ello sin perjuicio del hecho de que **CONFIDENCIAL [ ]**

En segundo lugar, y siempre según las alegaciones de Telefónica, el precio de 24,9 euros/mes contemplado en la oferta objeto de análisis no sería en ningún caso un precio definitivo (como podría deducirse de algunos vínculos contenidos en su página web), sino que se trataría de una promoción de retención de doce meses de duración, cuyo período de vigencia comenzaría una vez consumida la promoción de alta actualmente disponible para los clientes que contraten la oferta (y cuya duración es asimismo de doce meses).

Según Telefónica, el precio del servicio Movistar ADSL sería de (i) 19,9 euros/mes durante 12 meses; (ii) 24,9 euros/mes durante los meses 13-24; (iii) 29,9 euros/mes durante el resto de la vida del cliente (en principio, tres meses, dado que la vida media del usuario se estima en 27 meses[15]).

[14] Efectivamente, la consulta de la página web de Telefónica revela que las condiciones comerciales de contratación, así como las relativas a las soluciones modulares elaboradas sobre la base de la oferta Dúo de referencia, fueron modificadas a lo largo del mes de mayo de 2013.

II.3.2 Oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL

En relación con la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL, Telefónica reproduce en esencia los argumentos de la oferta Movistar ADSL, en virtud de los cuales el precio de 54,8 euros/mes detectado a través de las inspecciones efectuadas no sería sino un error ya subsanado (el precio efectivo del servicio siendo realmente 59,8 euros/mes).

II.4 Valoración

En contestación a las alegaciones de Telefónica, cabe indicar lo siguiente:

II.4.1 Oferta Movistar ADSL

En relación con la oferta Movistar ADSL, las inspecciones practicas por los Servicios de la CMT pusieron de manifiesto que, al menos hasta la incoación del expediente de información previa en fecha 13 de mayo de 2013, el precio de 24,9 euros/mes figuraba como un precio definitivo: (i) en las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL para el servicio Dúo hasta 10 Mb; (ii) en las cuotas mensuales de los empaquetamientos de los servicios de acceso fijo y banda ancha con TV (productos Trío), en los cuales subyacía una cuota nominal del servicio Dúo hasta 10 Mb de 24,9 euros/mes[16] .

A este respecto, Telefónica reconoce la existencia de *"errores"* e *"inconsistencias"* en la política de precios reflejada en su página web, y afirma haber procedido a la corrección de dichos errores.

En relación con este hecho, cabe señalar que los Servicios de la CMT procedieron a la realización de dos inspecciones, en fechas 26 de marzo de 2013 y 18 de abril de 2013, lo que confirmaría que dichos errores se habrían producido al menos durante un lapso de tiempo de dos meses.

A mayor abundamiento, dado que las condiciones de contratación analizadas en las inspecciones indicaban que las mismas habían sido objeto de actualización en fecha 1 de septiembre de 2012, puede deducirse que los errores invocados por Telefónica se mantuvieron en la página web durante un plazo de al menos nueve meses (septiembre de 2012-mayo de 2013), lo cual parece un plazo de tiempo suficientemente largo como para no haber procedido a subsanar dichas inconsistencias.

A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2012[17], relativa a la Resolución de 15 de julio de 2010 por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de los mercados 4 y 5 y la metodología, destaca que en el concreto ámbito jurídico y tecnológico en que se

[15] Resolución de 3 de noviembre de 2011 por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (AEM 2011/896).
[16] Los productos Trío de Telefónica se construyen sumando el importe del servicio de TV al importe de los productos Dúo de Telefónica (es decir, al precio aplicable de 24,9 euros/mes se suma el precio de las ofertas de Movistar TV Ocio, Familiar o Deportes).
[17] Núm. rec. 826/2010, JUR 2012\162418.

integra la actividad del operador con PSM, y dada su relación de sujeción especial, *"resulta suficiente una negligencia parangonable a la omisión del deber de cuidado exigible, sin que esto suponga olvidar, claro está, que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de dolo o de culpa. Y es que el artículo 130.1 de la [LRJPAC] establece que "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia". Llano es que el tipo utilizado por la CMT no requiere una voluntad inequívoca, expresa o manifiesta de incumplimiento de las obligaciones impuestas, sólo el incumplimiento de éstas, sin necesidad, por tanto, de dolo específico, ni siquiera de mera negligencia que fuera más allá de una simple omisión"*.

En conclusión, resultaría cuando menos cuestionable que Telefónica haya obrado con la diligencia requerida dada su especial responsabilidad como operador con PSM en los mercados de referencia.

II.4.2 Oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL

En relación con la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL, dado que Telefónica reitera los argumentos de la oferta Movistar ADSL, en virtud de los cuales el precio de 54,8 euros/mes no sería sino un error ya subsanado (el precio real del servicio siendo según Telefónica 59,8 euros/mes), no cabe sino reproducir la valoración efectuada en relación con la oferta Movistar ADSL.

Como única matización, las condiciones de contratación relativas a los servicios de TV analizadas en las inspecciones indicaban que las mismas habían sido objeto de actualización en fecha 1 de enero de 2013, por lo que puede deducirse que los *"errores"* invocados por Telefónica se mantuvieron en la página web durante un plazo de al menos cinco meses (enero de 2013-mayo de 2013), lo cual parece un plazo de tiempo suficientemente largo como para no haber procedido a subsanar dichas *"inconsistencias"*.

II.5 Conclusión

Sobre la base de las comprobaciones previamente reseñadas, esta Comisión estima que existen indicios de incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de los mercados 4 y 5.

En efecto, existen indicios de que Telefónica podría haber incurrido en una conducta expresamente prohibida por la citada Resolución, la cual requiere la comunicación por Telefónica a la CMT, con carácter previo a su comercialización, de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes.

En concreto, Telefónica no habría procedido a comunicar a la CMT con la antelación requerida las modificaciones de precios practicadas en relación con su oferta Movistar ADSL (Dúo hasta 10 Mb), y en virtud de las cuales el precio del citado servicio – tal y como se desprende de las inspecciones practicadas - sería de 24,9 euros/mes para clientes que no

tienen contratados servicios de telefonía móvil con Telefónica, y no de 29,9 euros/mes como se habría comunicado inicialmente a la CMT.

Este precio de 24,9 euros/mes aparecería reflejado en la fecha en que se efectuaron las inspecciones en la propia página web de Telefónica. En efecto, del análisis de las condiciones generales del servicio así como de la forma en que se construyen los Tríos ADSL de Telefónica (que toman como base el precio del servicio Movistar ADSL, precio al que se suma el componente de televisión) se deduce que el precio aplicado por Telefónica sería el precitado.

En el mismo sentido, Telefónica no habría comunicado tampoco las modificaciones de precios acaecidas en relación con su oferta Movistar TV Familiar, donde – tal y como se desprende de las inspecciones practicadas - la cuota mensual de 29,9 euros del servicio de televisión[18] se añade a los precios nominales de 24,9 euros mencionados anteriormente por la prestación de los servicios de acceso a la red telefónica pública y banda ancha (sin bono de llamadas a móviles desde el terminal fijo).

CONFIDENCIAL [ ]

Así pues, esta Comisión entiende que hay indicios suficientes de que Telefónica podría haber realizado actividades tipificadas en el artículo 53 r) de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos en el Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

III INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

III.1 Tipo infractor

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Por su parte, el artículo 53 r) de la LGTel tipifica 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"*.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos llevados a cabo por Telefónica pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

III.2 Sanción que pudiera corresponder

[18] Como se ha indicado, este precio no toma en consideración las promociones que Telefónica ha empezado a practicar recientemente sobre el servicio Movistar TV Familiar.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1 a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por las mencionadas infracciones son las siguientes:

> *"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 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 uno por ciento 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 cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros"*.

III.3 Órgano competente para resolver

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 a) de la LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá *"a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 [...]. Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves"*

III.4 Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora

RESUELVE

PRIMERO.- Iniciar un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y 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.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de las responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a D. Pablo Charro Nicolás quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desean, para tomar vista del expediente.

b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estimen convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.

c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estimen convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole de que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

CUARTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO.- En el supuesto de que Telefónica de España, S.A.U., reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante, se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

SEXTO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en los expedientes de los que trae causa el presente procedimiento. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.