

**RESOLUCIÓN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SNC/DTSA/007/16,
INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2009 POR
LA QUE SE APROBÓ LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS
4 Y 5, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN QUE
TIENE IMPUESTA**

SNC/DTSA/007/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 7 de marzo de 2017

Visto el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Inicio del expediente IFP/DTSA/982/15

El 3 de julio de 2015 la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) notificó a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) el inicio de un expediente de información previa motivado por la comunicación enviada por Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), relativa a la existencia de incidencias en el cumplimiento de los niveles de calidad por parte de Telefónica para la provisión y mantenimiento de los servicios mayoristas OBA, NEBA y ORLA, en su posición de operador con

poder significativo de mercado (en adelante, PSM) en los mercados 4 y 5¹ (actuales mercados 3.a, 3b y 4), debido a la huelga de ámbito nacional iniciada en abril de 2015 por los técnicos de las empresas colaboradoras (en adelante, EECC) contratadas por esta operadora para los trabajos de provisión de servicios mayoristas y minoristas sobre su red fija (folios 1 a 4).

En dicho escrito también se requirió a Telefónica que aportara determinada información sobre las medidas adoptadas durante la citada huelga con respecto a las relaciones mayoristas que tiene con otros operadores de comunicaciones electrónicas, así como sobre los indicadores clave de rendimiento (KPI²), relativos a la provisión y resolución de incidencias/averías registrados entre abril y junio de 2015. El 22 de julio de 2015 Telefónica dio contestación al citado requerimiento (folios 50 a 182).

Segundo.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

Con fecha 8 de julio de 2015 Telefónica presentó un escrito en el que solicitaba el acceso al expediente de referencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) (folios 5 a 7). Mediante un escrito de fecha 17 de julio de 2015 se dio a Telefónica el acceso al expediente, dándole traslado de la comunicación enviada por Vodafone a esta Comisión el 3 de julio de 2015 (folios 11 a 22 y 43 a 49).

Tercero.- Requerimientos de información para los operadores

El 15 de julio de 2015, mediante sendos escritos de la DTSA, se requirió a los operadores Vodafone, Jazz Telecom, S.A.³ (en adelante, Jazztel) y Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) que aportaran determinada información relativa a las actuaciones adoptadas por Telefónica durante la huelga y el impacto concreto de ésta sobre la provisión y mantenimiento de los servicios mayoristas solicitados (folios 23 a 34). Mediante sendos escritos de fechas 30 y 31 de julio y 7 de agosto de 2015 estos operadores dieron contestación a los citados requerimientos (folios 190 a 306).

¹ En virtud de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

² *Key performance Indicators*.

³ Jazztel fue extinguida y absorbida el 8 de febrero de 2016 por Orange Espagne, S.A. Unipersonal quedando ésta última subrogada en todos los derechos y obligaciones de aquel operador.

Cuarto.- Requerimiento de información para Telefónica

El 3 de septiembre de 2015 la DTSA realizó un nuevo requerimiento de información a Telefónica para que aportara determinados datos relacionados con los contratos firmados con sus EECC, que subcontratan la prestación de los servicios de provisión y mantenimiento de las líneas, así como los KPI registrados entre enero y marzo de 2015, anteriores a la huelga (folios 307 a 311). El 23 de septiembre de 2015 Telefónica contestó al citado requerimiento (folios 312 a 383).

Quinto.- Escrito de alegaciones adicionales de Vodafone

El 25 de septiembre de 2015 Vodafone presentó un escrito de alegaciones adicionales, en el que comunicaba que los impactos de la huelga, sobre la provisión de los servicios y la resolución de las averías, seguían aumentando y que Telefónica no contestaba a sus correos ni aportaba información sobre las medidas que estaba adoptando y las ciudades donde aún continuaba la huelga activa (folios 384 a 397).

Sexto.- Reiteración parcial y tercer requerimiento de información para Telefónica

Mediante escrito de la DTSA, de 6 de octubre de 2015, se notificó a Telefónica un nuevo requerimiento de información, en relación con sus EECC cuyos trabajadores se pusieron en huelga y los plazos de provisión y resolución de averías de sus servicios mayoristas y minoristas. En dicho escrito también se le reiteró la entrega de datos previamente solicitados a esta operadora y no aportados (folios 398 a 403). El 22 de octubre de 2015 Telefónica contestó al citado requerimiento de información, aunque sin aportar los datos relativos al porcentaje de subcontratación autorizado a sus EECC (folios 423 a 447).

Séptimo.- Nuevo acceso al expediente por parte de Telefónica

El 7 de octubre de 2015 Telefónica solicitó un nuevo acceso a los documentos que obraban en el expediente IFP/DTSA/982/15 (folios 404 a 406). El 23 de octubre de 2015 se concedió el acceso a Telefónica, dándole traslado de una copia de los escritos presentados por los operadores Vodafone, Jazztel y Orange (folios 448 a 451).

Octavo.- Nueva reiteración parcial del requerimiento y subsanación de datos aportados y cuarto requerimiento de información para Telefónica

El 24 de noviembre de 2015 la DTSA envió a Telefónica un nuevo requerimiento de información sobre los KPI registrados en las ciudades que sufrieron mayor impacto durante la huelga. Asimismo, en el citado escrito se reiteró a Telefónica la solicitud de datos que ya se habían requerido

previamente así como la subsanación de datos ya suministrados (folios 452 a 458).

El 17 de diciembre de 2015 Telefónica contestó al citado requerimiento de información, no aportando toda la información solicitada (folios 459 a 483). Mediante un correo electrónico, de 22 de enero de 2015, Telefónica justificó la no aportación de la información relativa a los tiempos efectivos de provisión y mantenimiento de los servicios de telefonía básica (en adelante, STB) y de banda ancha (en adelante, BA), así como del número de trabajadores en huelga de una de sus EECC, aunque en el citado correo sí que proporcionó los datos relativos a este último aspecto (folios 487 a 493).

Noveno.- Acuerdo de 10 de marzo de 2016, por el que se incoa el presente procedimiento sancionador a Telefónica

El 10 de marzo de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria (en adelante, SSR) de la CNMC acordó incoar a Telefónica el presente procedimiento sancionador, debido a que del análisis llevado a cabo durante el periodo de información previa IFP/DTSA/982/15 se hallaron suficientes indicios de posible incumplimiento parte de Telefónica de la obligación de no discriminación, en relación con los plazos de provisión y de resolución de incidencias de los servicios mayoristas solicitados por los operadores, durante el periodo que duró la huelga de instaladores de sus EECC en 2015 (folios 506 a 514).

En concreto, en el Resuelve Primero del acuerdo dictado, la SSR decidió:

“Incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones”.

Este acuerdo fue notificado a Telefónica el 15 de marzo de 2016, otorgándole el plazo de un mes para tomar vista del expediente, proponer la práctica de pruebas que estimase adecuadas para su defensa y presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes que considerase convenientes (folios 516 a 519).

Décimo.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

El mismo 15 de marzo de 2016 Telefónica solicitó el acceso a los documentos que obraran en el presente expediente así como un índice de éstos (folios 520 a 522). Mediante escrito de 22 de marzo de 2016, la instructora del procedimiento dio traslado a Telefónica de las copias de todos los escritos incorporados hasta el momento en el expediente, excepto los aportados por la

propia empresa, así como un índice desglosado de todos los documentos obrantes en el presente procedimiento sancionador (folios 523 a 527).

Décimo primero.- Escrito de alegaciones iniciales de Telefónica

El 15 de abril de 2016 Telefónica presentó ante la CNMC su escrito de alegaciones iniciales sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, en el que, con carácter general, manifestaba la falta: (i) de tipicidad de la conducta imputada, por no equivalencia entre los servicios mayoristas y minoristas analizados, y (ii) de culpabilidad, ya que concurría una causa de fuerza mayor -huelga de instaladores- y porque tuvo informados a los operadores acerca de la misma (folios 536 a 575).

Décimo segundo.- Denegación de apertura de periodo de prueba testifical

En su escrito de 15 de abril de 2016 Telefónica solicitó que se procediera a la apertura de un periodo de prueba para acreditar con, carácter general, los diversos hechos puestos de manifiesto en su escrito. Para ello, esta operadora propuso la realización de prueba testifical, consistente en que el “*Director de Operaciones y PV Empresas de Telefónica*” compareciera ante la CNMC, con el objeto de acreditar los hechos controvertidos en el expediente.

Mediante acuerdo de la instructora del expediente, de 12 de mayo de 2016, se procedió a denegar la solicitud de Telefónica de apertura de un periodo de prueba testifical, debido a que la prueba propuesta por Telefónica, conforme a lo solicitado en su escrito, no reunía los requisitos de pertinencia y necesidad que permitieran acordar la oportunidad o idoneidad de su práctica en el seno del presente procedimiento (folios 576 a 582).

Décimo tercero.- Requerimiento de información a Telefónica y contestación

El 12 de mayo de 2016 la instructora del expediente realizó un requerimiento de información a Telefónica, sobre los KPI registrados durante los dos últimos trimestres del año 2015, concediéndosele un plazo de diez días hábiles para contestar al requerimiento de información (folios 583 a 588). Esta empresa, tras solicitar el 24 de mayo de 2016 una ampliación del plazo para presentar la información requerida -que le fue concedido ese mismo día por el plazo de cinco días hábiles adicionales-, presentó su escrito de contestación al requerimiento el 1 de junio de 2016 (folios 595 a 597, 598 a 601 y 602 a 613).

Décimo cuarto.- Segundo requerimiento de información a Telefónica

Mediante escrito de fecha 8 de julio de 2016 se requirió a Telefónica información relativa a los ingresos obtenidos en 2015 por la prestación de los servicios minoristas de telefonía y banda ancha fija, desglosados por meses, y

por determinados servicios mayoristas, así como la aclaración de algunos datos aportados en su escrito de 1 de junio de 2016 (folio 620 a 623).

Con fecha 26 de julio de 2016 Telefónica presentó su escrito de contestación al citado requerimiento, en el que, además de aportar la información solicitada sobre sus ingresos, subsanó determinados datos aportados en su escrito de 1 de junio de 2016 sobre el número de averías y sobre los tiempos medios de resolución de averías en acceso compartido sin STB registrados en Madrid para el primer semestre de 2015 (folios 628 a 635).

Décimo quinto.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 12 de mayo, 20 de junio, 28 de julio y 5 de octubre de 2016, se declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Telefónica en sus escritos de fechas 15 de abril, 1 de junio y 26 de julio de 2016 (folios 589 a 594, 614 a 619, 636 a 641 y 642 a 646).

Décimo sexto.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 21 de octubre de 2016 (folio 707) fue notificada a Telefónica la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 649 a 694) a los efectos de lo previsto por el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

En la propuesta de resolución, el instructor, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), califica la infracción como de carácter muy grave por haber incumplido la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, propone sancionar a Telefónica con una multa por importe de un millón y medio de euros (1.500.000 €).

Décimo séptimo.-Alegaciones al trámite de audiencia

El 21 de noviembre de 2016 Telefónica ha presentado ante la CNMC un escrito de alegaciones al trámite de audiencia del presente procedimiento sancionador en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente: i) el periodo durante el cual Telefónica habría realizado la infracción, coincide parcialmente con el periodo objeto del Procedimiento Sancionador (SNC/DTSA/016/15); ii) que los retrasos en la provisión y mantenimiento de servicios mayoristas están motivados por causas de fuerza mayor (huelga) lo que la exonera de toda responsabilidad; iii) que no ha habido discriminación de los servicios mayoristas respecto a los minoristas, además de que reitera en cuestionar la analogía o equivalencia entre servicios minoristas y mayoristas comparados; iv) que no ha quedado probado que Telefónica haya priorizado intencionadamente la provisión de servicios minoristas FTTH en detrimento del servicio NEBA fibra por lo que existe ausencia de culpabilidad por parte de Telefónica en la presunta infracción; y subsidiariamente, v) que la infracción propuesta no es proporcional al no haber aplicado correctamente los criterios de graduación de las sanciones además de que se ha calificado erróneamente la infracción como continuada (folios 719 a 770).

En virtud de las anteriores alegaciones, Telefónica solicita que no le sea impuesta sanción alguna, que se practique la prueba testifical consistente en la comparecencia del Director de Operaciones y PV Empresas de Telefónica al objeto de acreditar los hechos controvertidos y, subsidiariamente, que en aplicación del principio de proporcionalidad, se reduzca el importe de la sanción y se subsane el error en la calificación del tipo infractor.

Décimo octavo.- Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 25 de noviembre de 2016 el instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (folio 771).

Décimo noveno.- Trámite de audiencia del órgano competente para resolver

Esta Sala, como órgano competente para resolver, tras valorar los hechos determinados en la instrucción, ha considerado acreditado que Telefónica discriminó a sus competidores aprovechando la afectación generalizada ocasionada por la huelga con una intención de entidad y relevancia suficiente para agravar la conducta infractora. Esta circunstancia, sin embargo, no ha sido tenida en cuenta por el órgano instructor en el momento de graduar la cuantía de la sanción propuesta. Por tal motivo y de conformidad con lo previsto en el

artículo 20.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, con fecha 6 de febrero de 2017 (folio 772 a 780), fue notificado a Telefónica un nuevo trámite de audiencia en el que se pone de manifiesto una posible elevación de la sanción propuesta por el instructor, concediéndole el plazo de quince días para formular las alegaciones que estimara pertinentes.

El día 23 de febrero de 2017 Telefónica ha presentado ante la CNMC un escrito de alegaciones por las que se reitera en sus alegaciones de 21 de noviembre de 2016 y además alega, en síntesis, lo siguiente: i) que en la graduación de la sanción en la propuesta de resolución ya se consideró el elemento de intencionalidad con dolo y la reiteración, criterios previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC; ii) que no se ha probado el elemento de la culpabilidad a título de dolo sino, únicamente, que la huelga ha producido una afectación generalizada de la que también Telefónica resultó víctima (folios 781 a 792).

Vigésimo.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente el presente expediente, ya que los incumplimientos probados pueden haber afectado, en cierta medida, a la dinámica competitiva de los mercados de banda ancha fija y comunicaciones de red fija, así como de otros mercados vinculados (folio 793).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Telefónica ha estado incurriendo en prácticas discriminatorias al suministrar y resolver averías de servicios mayoristas en plazos superiores a los de los servicios minoristas equivalentes: (i) entre los meses de abril y noviembre de 2015, al suministrar el servicio mayorista NEBA fibra y, (ii) entre los meses de abril y agosto de 2015, concretamente para la resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA fibra, acceso desagregado y acceso compartido sin STB al bucle de abonado

Como se ha indicado en el Antecedente de hecho noveno, durante el periodo de investigación de la información previa IFP/D TSA/982/15 se hallaron suficientes indicios de posible incumplimiento por parte de Telefónica de la obligación de no discriminación, durante el periodo que duró la huelga de instaladores de sus EECC, consistentes en tramitar para sí misma las

solicitudes de provisión y resolución de averías en tiempos sensiblemente inferiores a sus equivalentes mayoristas de provisión del servicio mayorista NEBA fibra y de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA fibra, acceso desagregado y acceso compartido sin STB al bucle de abonado.

En su escrito de 22 de julio de 2015, Telefónica afirmaba que la huelga de los técnicos de sus EECC a nivel nacional comenzó entre el 28 de marzo y el 15 de abril de 2015, dependiendo de los acuerdos adoptados por los sindicatos en cada provincia (AST, COBAS, En Construcción Barcelona, CGT, UGT, CCOO y otros sindicatos de ámbito local del País Vasco y Galicia). Asimismo, esta operadora indicaba que el seguimiento de la huelga por los trabajadores de las EECC y subcontratas, si bien fue muy dispar según la ciudad, llegó al 13-15%, superándose el 50% en algunas zonas geográficas, como Galicia, País Vasco, Cataluña, Madrid y Asturias. Telefónica indicaba, por último, que la huelga se había desconvocado finalmente el 22 de junio de 2015, aunque a día 25 de mayo de 2015 las contratas ya le habían acreditado que su plantilla “rozaba la normalidad técnica total, con un 95% de los trabajadores activos”, pero que se mantenían aún “puntos conflictivos en Barcelona, Vizcaya y Guipúzcoa, Madrid, Asturias y Coruña”.

Telefónica también ha apuntado, tanto en el expediente de información previa como en su escrito de alegaciones iniciales al acuerdo de incoación de este procedimiento, que durante la huelga detectó alrededor de **[CONFIDENCIAL]** sabotajes en distintos puntos de España, lo que habría afectado a la operativa habitual, a pesar de que trató de abordar dicha situación *“con todos los medios disponibles, dando el mismo tratamiento a todos los servicios, tanto mayoristas como minoristas, y poniendo especial foco en la resolución de sabotajes que afectaban de forma masiva a los clientes”*.

En relación con los sabotajes, esta operadora ha aportado un listado Excel de las incidencias sufridas en las diferentes provincias⁴. Del mismo se desprende que: (i) durante los meses de abril y mayo de 2015 se sufrieron la mayoría de los sabotajes **[CONFIDENCIAL]**, siendo el número de estas incidencias más residuales durante los meses de marzo y junio **[CONFIDENCIAL]**; (ii) a fecha 24 de junio de 2015, prácticamente todas las incidencias abiertas a causa de los sabotajes detectados se encontraban ya cerradas; y (iii) las provincias

⁴ A este respecto, en su escrito de 15 de abril de 2016 Telefónica ha presentado otro listado en el que detalla los trabajos que ha tenido que acometer para solucionar las incidencias ocasionadas por las acciones de sabotaje.

Además, Telefónica ha aportado un listado de las autoridades y organismos a los que comunicó la existencia de la huelga de instaladores, su incidencia sobre la prestación del servicio y la denuncia de los sabotajes (Delegaciones del Gobierno, Consejerías de Interior, Cuerpos Policiales y de la Guardia Civil y la Secretaría de Estado de Seguridad). Este hecho ha sido acreditado parcialmente a través de las copias de unos correos electrónicos y de una carta, intercambiados con la Delegada del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid, el Cuerpo Nacional de la Policía, la Guardia Civil o la Oficina de Coordinación Cibernética.

donde se produjeron más sabotajes fueron Madrid, Barcelona y Vizcaya, que llegaron a registrar en total **[CONFIDENCIAL]** incidencias, respectivamente.

Esta situación descrita sobre los sabotajes concuerda con lo manifestado anteriormente por Telefónica en su escrito de 22 de julio de 2015, sobre que a finales de mayo la huelga ya se había desconvocado en la mayoría de las provincias, dado que el 95% de la plantilla ya estaba activa, excepto en zonas como Madrid, Cataluña o País Vasco, donde la huelga fue más intensa y se alargó hasta el mes de junio de 2015. Por tanto, esta situación excepcional de huelga y sabotajes denunciados podría haber tenido reflejo en la provisión de los servicios y en la resolución de averías, tanto minoristas de Telefónica como mayoristas, en concreto, en el cumplimiento de los plazos regulados para estos últimos, principalmente durante los meses de abril y mayo de 2015.

No obstante lo anterior, por su afectación a la determinación del presente hecho probado, cabe tener en cuenta que, en su escrito de 25 de septiembre de 2015, Vodafone manifestó que pasados varios meses desde la finalización de la huelga en todo el territorio nacional, el ritmo de actuaciones que llevaba Telefónica no se había estabilizado ni se esperaba que ocurriera a corto plazo, a pesar de que ya no sufría las limitaciones que tuvo durante la huelga.

Esta Comisión ha establecido las equivalencias⁵ entre la provisión del servicio mayorista NEBA fibra y el servicio minorista FTTH fibra, así como con los servicios mayoristas OBA de resolución de averías y las actividades análogas que TESAU desarrolla en autoprestación para la resolución de averías de sus servicios minoristas STB y xDSL minorista.

Asimismo, en la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica – tramitada bajo número de expediente DT 2011/738- se establecieron unos indicadores de calidad que debe suministrar periódicamente Telefónica al objeto de verificar la no discriminación en los plazos de provisión y de atención de incidencias. Así, Telefónica proporciona los valores de dichos indicadores correspondientes a sus servicios minoristas FTTH y los servicios mayoristas NEBA, conforme el desglose que figura en el Anexo II de esa Resolución, porque debido a su equivalencia, resultan comparables. Por otra parte, anteriormente en la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006 sobre la

⁵ Las equivalencias son las siguientes:

Mayorista	Minorista
NEBA fibra	FTTH minorista
Desagregado	STB
Compartido sin STB	
ADSL-IP sin STB	xDSL minorista
ADSL-IP con STB	

modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica –tramitada bajo número de expediente MTZ 2005/1054- también se establecieron unos indicadores de calidad al objeto de hacer transparente o verificar la no discriminación en el tratamiento por parte de Telefónica respecto de servicios OBA frente a las correspondientes a los servicios minoristas de la propia Telefónica, conforme figura en el Anexo II de esa Resolución. Asimismo, la Resolución de fecha 22 de mayo de 2008, sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades de autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA –tramitada bajo número de expediente DT 2006/1586- detalla la relación de equivalencia existente entre los servicios minoristas autoprestados por Telefónica y los servicios mayoristas OBA.

En consecuencia, para poder comprobar si efectivamente Telefónica ha estado dando un tratamiento equivalente a la prestación de sus servicios, tanto mayoristas como minoristas, durante el periodo de la huelga y los sabotajes sufridos, se ha analizado la evolución de los plazos de provisión y resolución de averías a lo largo de todo el año 2015 de los siguientes servicios comparables que fueron los más impactados por la huelga⁶: el STB –minorista- vs. el acceso desagregado o acceso compartido sin STB –mayoristas-; la banda ancha sobre cobre –minorista- vs. el acceso compartido sin STB o acceso compartido con STB –mayoristas-; y los servicios minoristas de voz + banda ancha sobre FTTH –minoristas- vs el servicio de acceso NEBA fibra –mayorista-.

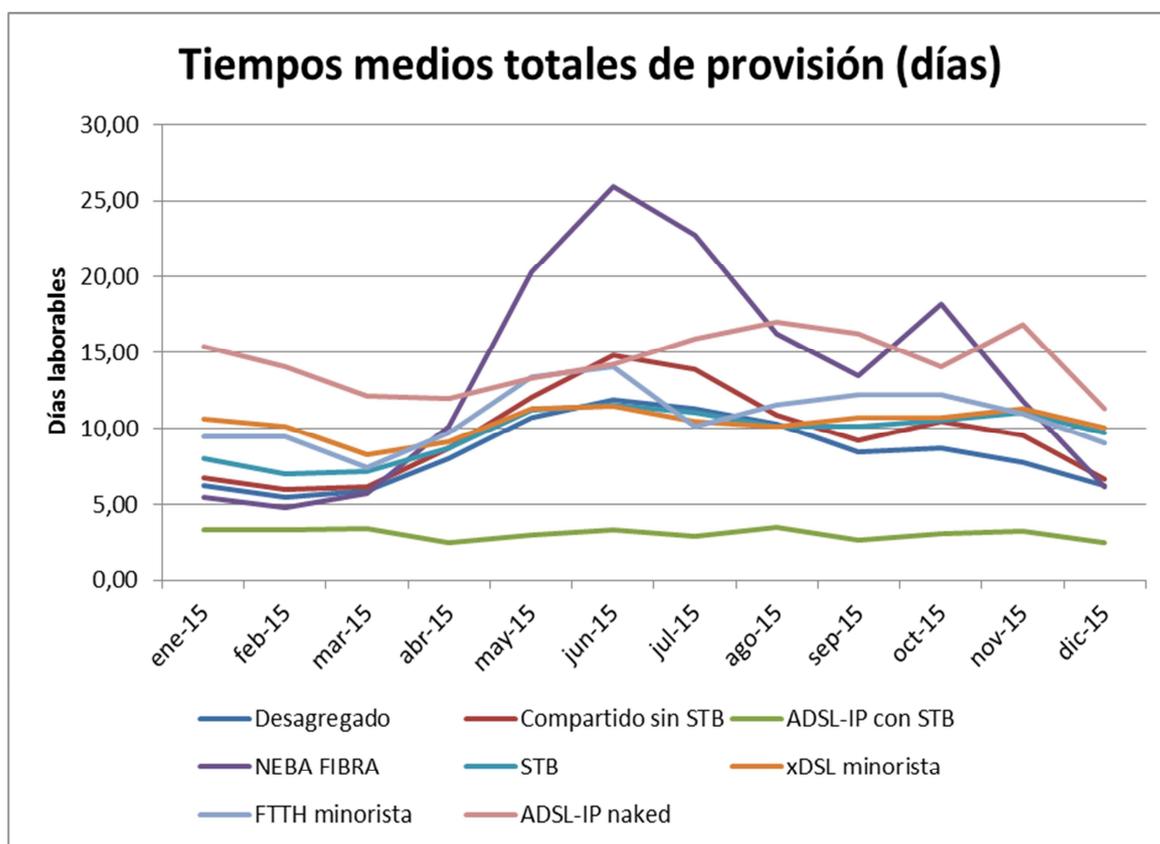
Por lo tanto, se han utilizado los datos que se desprenden de los indicadores de calidad antes referidos o KPI obtenidos, a través de la propia Telefónica, (i) en el marco del expediente IFP/DTSA/982/15, (ii) en el marco del presente procedimiento, a través de los requerimientos formulados por la instructora, así como (iii) los comunicados por esta operadora en cumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas desde el primer análisis de los mercados 4-5⁷, dada su condición de operador con PSM en estos mercados.

⁶ Los tiempos de provisión y de resolución de averías de las líneas alquiladas mayoristas y los circuitos minoristas no ofrecían una tendencia suficientemente consistente en el tiempo que permitiera relacionarlos de forma fiable con el impacto de la huelga. Además, se tuvo en cuenta que el volumen mensual tanto de peticiones de circuitos ORLA como de averías es reducido.

⁷ Con el fin de supervisar el correcto cumplimiento de la obligación de no discriminación que tiene impuesta, en virtud de lo dispuesto en los mercados 4 y 5, Telefónica ha de comunicar a este Organismo los parámetros de calidad respecto de los servicios de banda ancha y de desagregación del bucle que le solicitan los operadores, así como respecto de sus servicios minoristas.

I. Provisión OBA y NEBA

En las cuatro gráficas siguientes se recogen, por una parte, los tiempos medios totales⁸ y efectivos⁹ de provisión para los diferentes servicios mayoristas OBA y NEBA frente a los servicios minoristas equivalentes (STB/acceso desagregado y ADSL-IP con STB; banda ancha minorista basada en cobre/acceso compartido sin STB y ADSL-IP sin STB y FTTH minorista/NEBA fibra); y por otra parte, las diferencias¹⁰ entre los pares de servicios equivalentes (el STB –minorista- vs. el acceso desagregado –mayorista-, la banda ancha sobre cobre –minorista- vs. el acceso compartido sin STB –mayorista- y los servicios minoristas de voz + banda ancha sobre FTTH –minorista- vs. el servicio de acceso NEBA fibra –mayorista-) que de cumplir con el principio de no discriminación, tendrían que tender a 0:

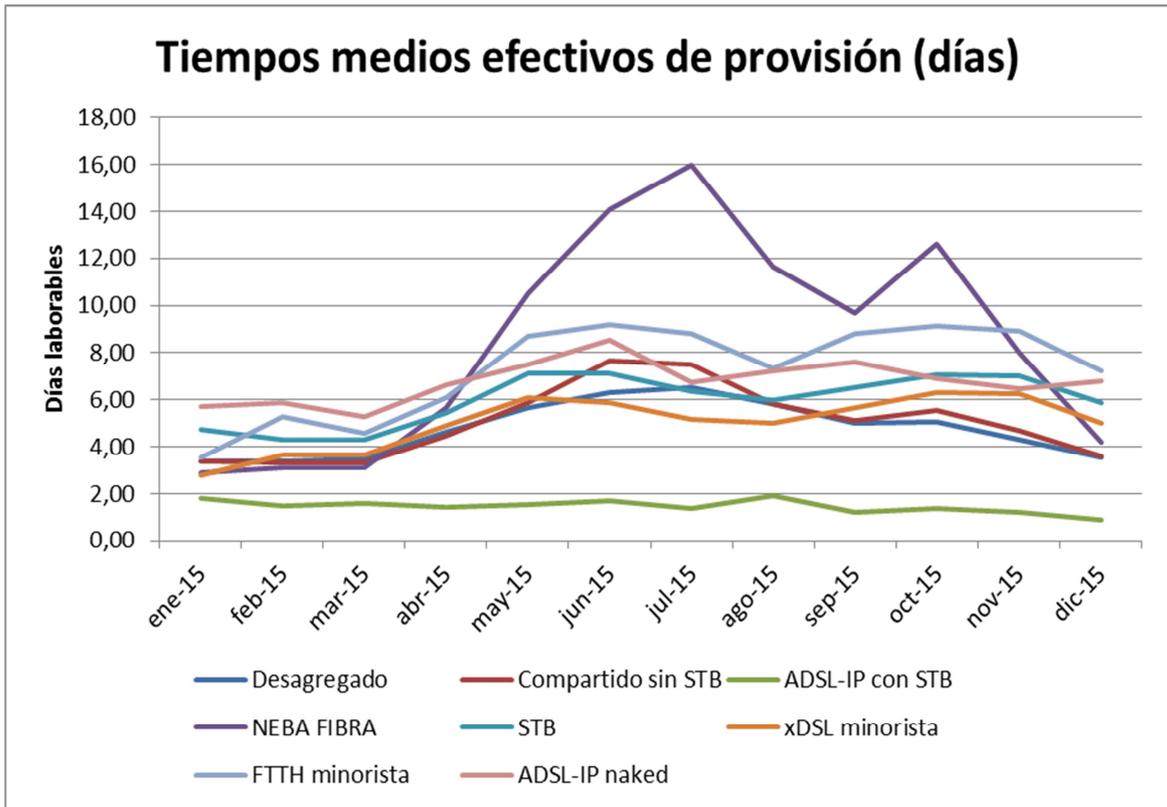


Gráfica 1. Tiempos totales de provisión OBA y NEBA

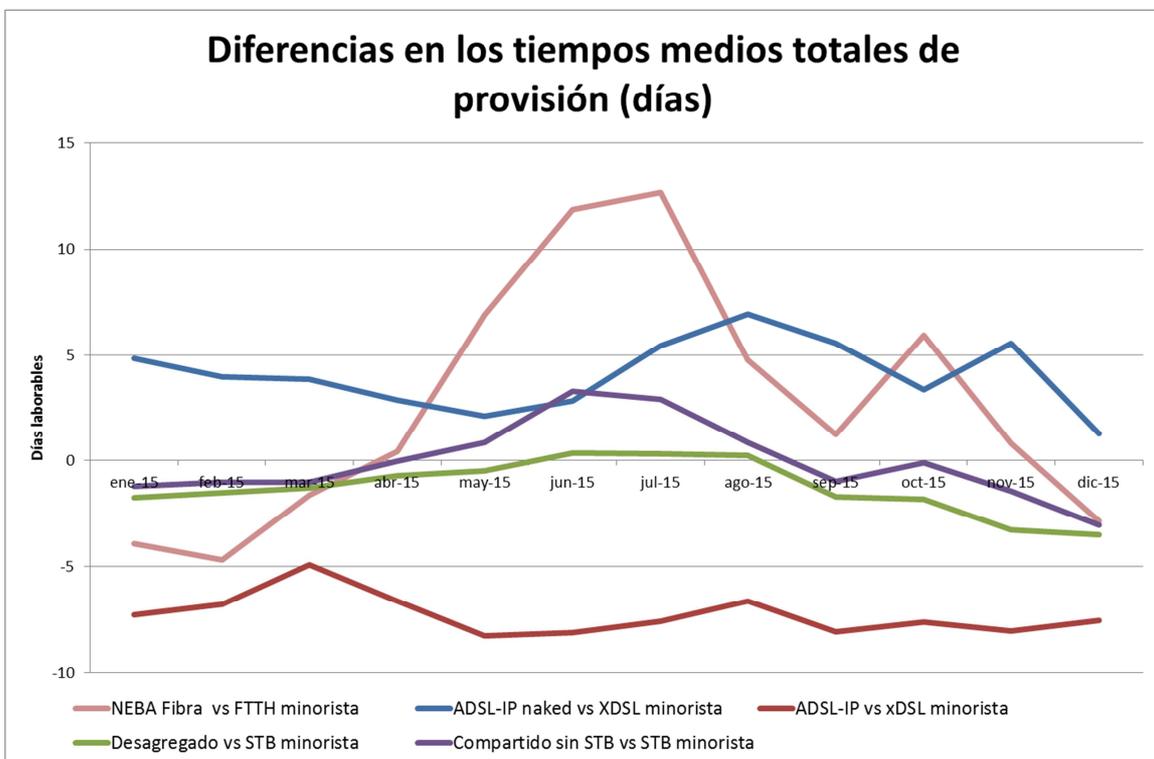
⁸ Plazo en el que se suman los días de las paradas de reloj por causas atribuibles al operador o a su cliente final que haya podido realizar Telefónica.

⁹ Plazo en el que no se suman los días de la suspensión producida por las paradas de reloj (se aplica la suspensión producida al plazo y, por tanto, el plazo de provisión o de resolución de la avería es inferior).

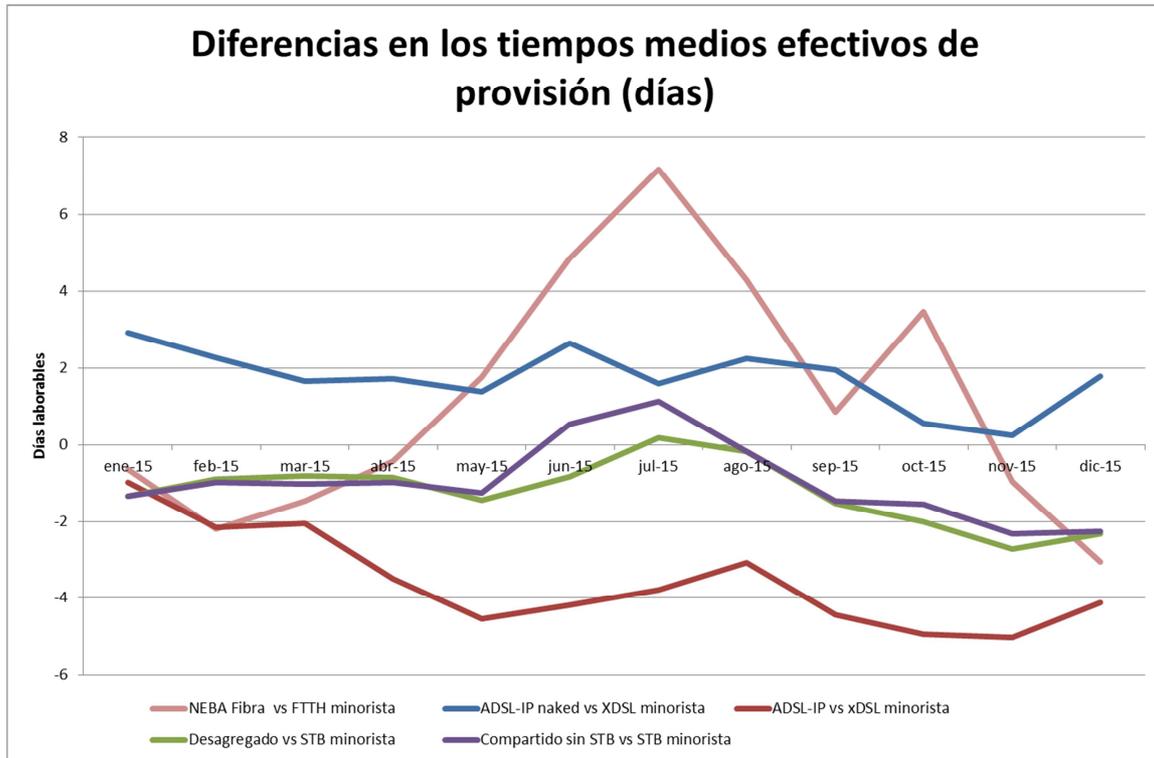
¹⁰ Comparar las diferencias entre pares de servicios consiste en, al tiempo medio de provisión del servicio mayorista, restarle el tiempo medio de provisión del servicio minorista equivalente.



Gráfica 2. Tiempos efectivos de provisión OBA y NEBA



Gráfica 3. Diferencias en los tiempos totales de provisión OBA y NEBA



Gráfica 4. Diferencias en los tiempos efectivos de provisión OBA y NEBA

Como se puede observar, todos los servicios, en mayor o menor medida, se han visto afectados durante el periodo de la huelga. Con respecto a los servicios provisionados sobre accesos de cobre, se aprecia que el incremento de los tiempos ha afectado de forma similar en el mayorista y en el minorista. Incluso en algunos, como el acceso compartido sin STB y ADSL-IP sin STB (Naked)¹¹, se han visto poco afectados por la huelga además de que han mantenido unos niveles paralelos respecto de sus correspondientes equivalentes minoristas, STB y xDSL minorista, aunque han continuado siendo superiores los tiempos en el mayorista sobre el minorista.

En cambio, a la vista de los datos que se desprenden de estas cuatro gráficas, no es posible llegar a las mismas conclusiones en relación con las altas de servicios sobre la red de fibra óptica. Aunque el servicio minorista sobre FTTH se ha visto ligeramente más afectado que otros servicios minoristas sobre cobre, ha sido considerablemente mayor la degradación sufrida en el servicio mayorista NEBA fibra, tanto si se examinan los tiempos totales como los efectivos, entre abril y noviembre de 2015 -es decir, no solo durante el periodo que duró la huelga de técnicos-instaladores, sino incluso pasados varios meses una vez terminada ésta-.

¹¹ ADSL-IP sin STB (Naked) ya partía de tiempos superiores al resto de servicios minoristas con anterioridad a la huelga.

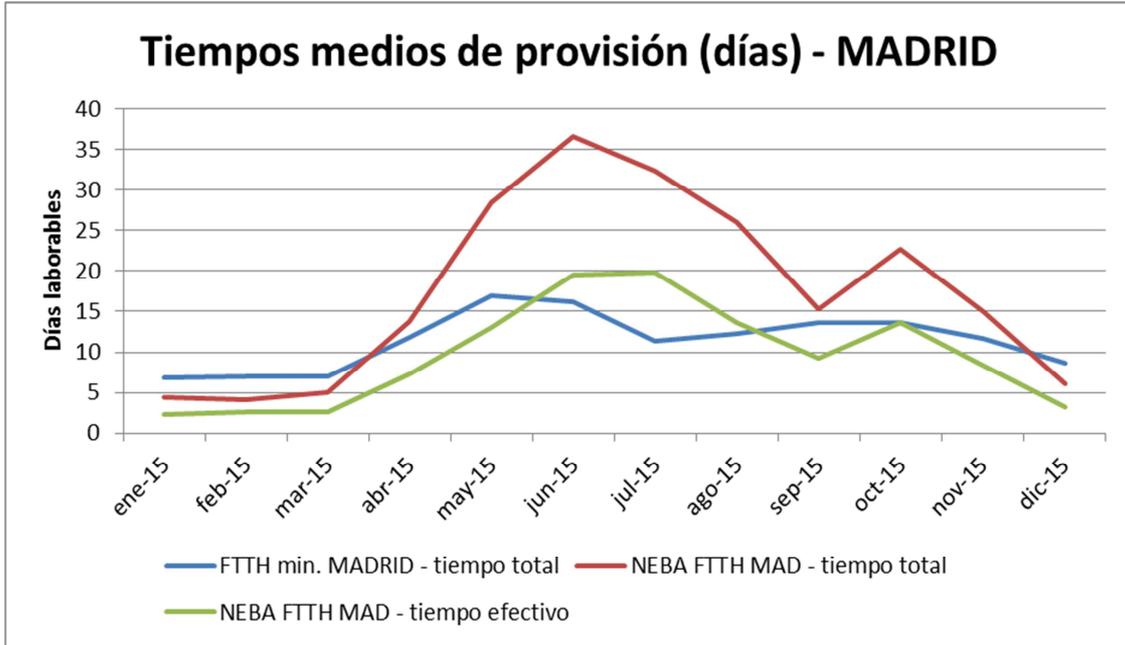
No obstante, también cabe indicar que, a partir de junio (tiempos totales) y julio (tiempos efectivos) de 2015, se observa una bajada importante de los plazos aunque no al mismo ritmo que la registrada en junio de 2015 para los servicios minoristas de fibra de Telefónica (tanto en tiempos totales como efectivos).

A este respecto, cabe tener en cuenta que la mayoría de las conexiones activas de servicios NEBA fibra se ubican en Madrid y Cataluña. En consecuencia, y dado que según la información reportada por Telefónica el seguimiento de la huelga y el número de sabotajes no ha sido homogéneo en todo el territorio nacional, se ha procedido también a analizar los datos sobre la provisión de los servicios en las referidas Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) a los efectos de confirmar si esta operadora, en cuanto operador declarado con PSM, estuvo durante los meses de abril a noviembre del año 2015 favoreciendo las condiciones de provisión de sus servicios minoristas de banda ancha sobre fibra.

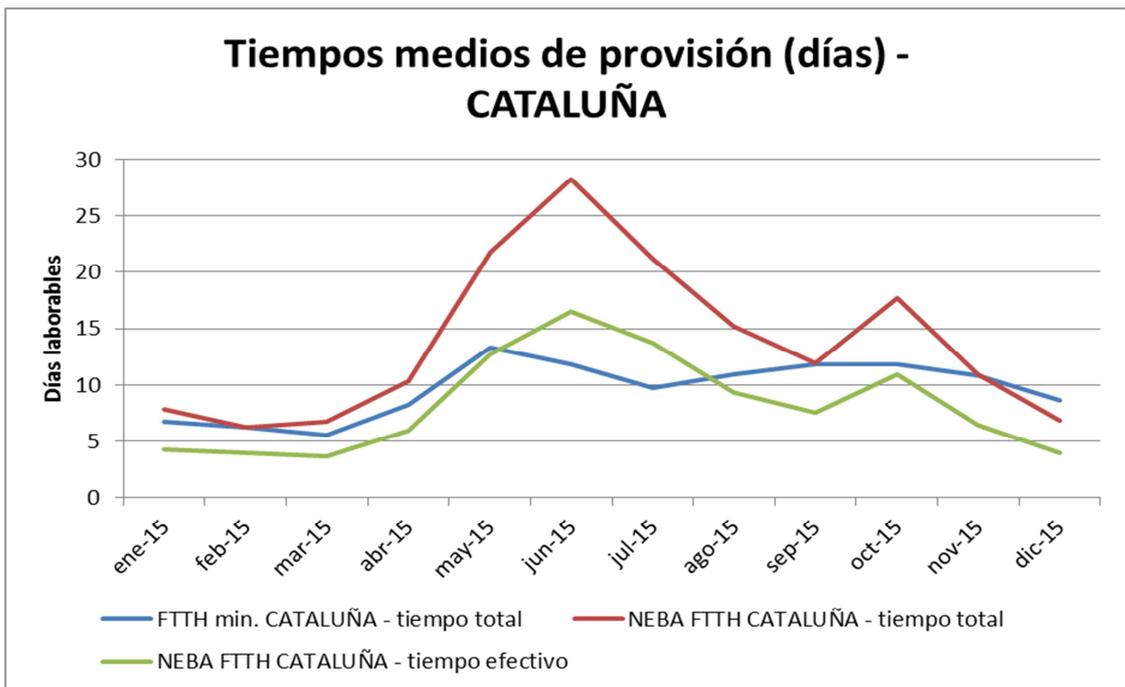
En las siguientes gráficas se muestran conjuntamente los tiempos totales y efectivos de provisión de los servicios de banda ancha sobre fibra, minoristas y mayoristas, respectivamente, registrados por Telefónica en estas dos CCAA¹², así como las diferencias¹³ de tiempos totales y efectivos de provisión entre los pares de servicios equivalentes (NEBA Fibra vs. FTTH minorista) que de cumplir con el principio de no discriminación, tendrían que resultar, como máximo, en un resultado igual a 0:

¹² Según informó Telefónica, mediante un correo de 22 de enero de 2016, esta operadora no proporcionaba por áreas geográficas concretas datos sobre el tiempo medio efectivo en provisión para los servicios STB y banda ancha, debido a que para los servicios minoristas, con carácter general, no descuentan las paradas de reloj, *“ya que trabajan con visión cliente, es decir, «end to end»*”. Sin embargo, a la vista de los datos proporcionados a nivel nacional, en su escrito de 1 de junio de 2016, se comprueba que esta operadora sí que registra tiempos medios efectivos de provisión distintos a los totales, por lo que se prueba que Telefónica sí que tiene en cuenta las paradas de reloj en todos sus servicios minoristas.

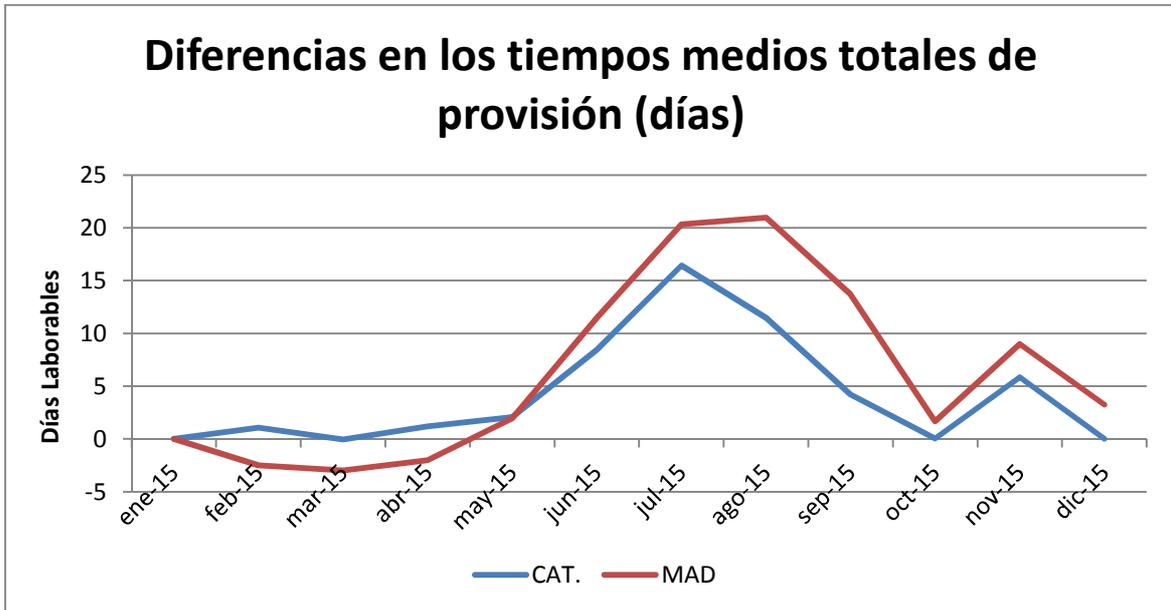
¹³ Comparar las diferencias entre pares de servicios consiste en el tiempo medio de provisión del servicio mayorista restarle el tiempo medio de provisión del servicio minorista equivalente.



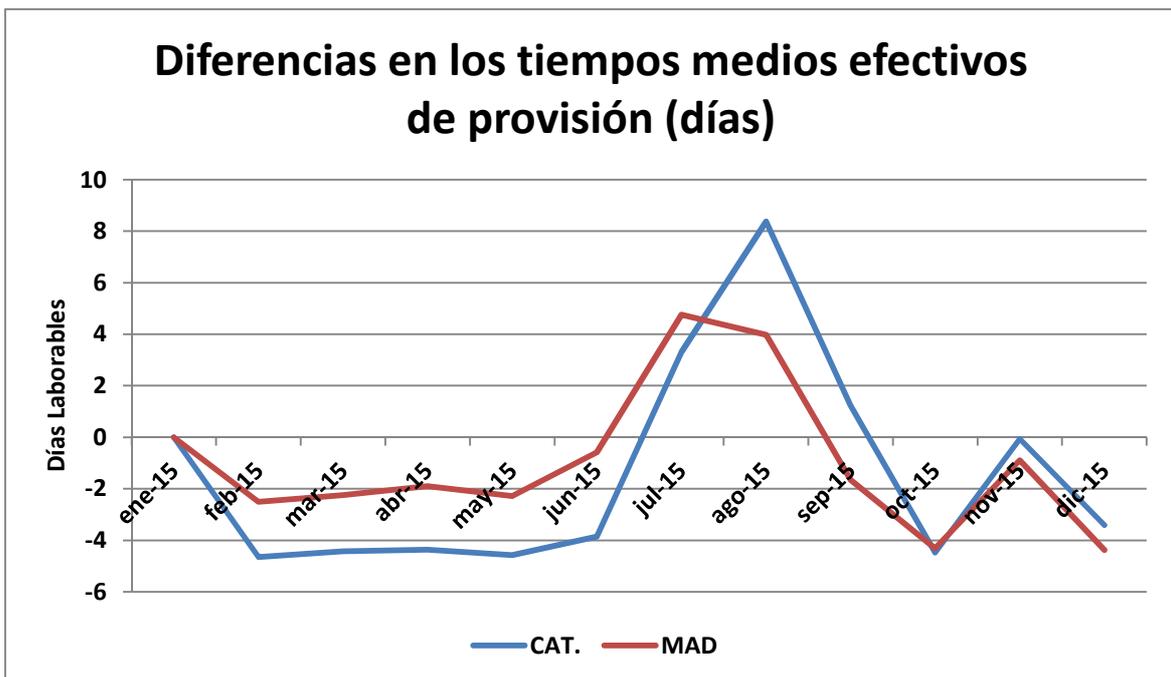
Gráfica 5. Tiempos medios de provisión Madrid



Gráfica 6. Tiempos medios de provisión Cataluña



Gráfica 7. Diferencias en los tiempos totales de provisión (NEBA Fibra vs. FTTH minorista)



Gráfica 8. Diferencias en los tiempos efectivos de provisión (NEBA Fibra vs. FTTH minorista)

De dichas gráficas se concluye que la evolución del nivel de calidad relativo a los plazos de entrega de los servicios solicitados de banda ancha basados en fibra ha sido muy parecida en ambas CCAA y similares, aunque superiores, a la registrada a nivel nacional:

- En la situación de partida previa a la huelga (enero a marzo de 2015) los plazos medios totales de provisión mayoristas y minoristas mostraban una

evolución temporal similar, siendo, en términos generales, los plazos minoristas ligeramente superiores a los mayoristas. Así, el tiempo medio total (sin restar los tiempos de paradas de reloj) del servicio mayorista NEBA fibra se situaba en la comunidad autónoma de Madrid, al igual que a nivel nacional, por debajo del tiempo total minorista, lo cual es razonable si se está aplicando correctamente la obligación de no discriminación.

- Entre marzo y abril, con el inicio de la huelga, se observa que los tiempos de provisión de ambos servicios (mayoristas y minoristas) comienzan a degradarse. También se aprecia, tanto a nivel nacional como de CCAA, un peor comportamiento del NEBA fibra con respecto al servicio FTTH minorista.
- En mayo el empeoramiento de los tiempos totales de provisión fue claramente más acusado en el citado servicio mayorista tanto en ambas CCAA como a nivel nacional: mientras que, los tiempos medios totales de provisión del servicio minorista FTTH comenzaron a disminuir en mayo en ambas CCAA y a estabilizarse a nivel nacional, tanto los tiempos medios totales como efectivos de provisión del servicio mayorista NEBA fibra continuaron aumentando hasta junio, mes de finalización de la huelga.

Así, en el mes de junio los plazos del servicio mayorista continuaron degradándose, mientras que el servicio minorista ya presentaba una cierta mejoría con respecto al mes anterior tanto en Madrid como en Cataluña, lo que incrementó aún más las diferencias entre tiempos totales mayoristas y minoristas. Cabe destacar que, en mayo y junio, el tiempo efectivo de provisión de NEBA fibra (descontadas las paradas de reloj) fue incluso superior al tiempo total del servicio minorista fibra (no descontadas las paradas de reloj).

De hecho, mientras que los clientes de Telefónica, en el peor de los casos (Madrid), disponían de la entrega de los servicios basados en fibra en el plazo de 16 días, los operadores debían esperar hasta 36 días para que les fuera provisionado su servicio mayorista, lo que suponía un retraso aún mayor para la prestación de sus servicios a los clientes finales. Este patrón de tiempos de provisión también se comprueba tanto en Cataluña (28 días en el mayorista frente a 11 en el minorista) como a nivel nacional (26 días en el mayorista frente a 14 en el minorista).

- No fue hasta septiembre cuando los tiempos medios de provisión minorista y mayorista se acercaron puntualmente, ya que desde ese mismo mes, mientras que los tiempos de provisión del servicio minorista se mantuvieron mas o menos estables (aunque sin alcanzar los tiempos previos a la huelga) los tiempos medios de provisión, tanto totales como efectivos, del servicio mayorista NEBA fibra comenzaron de nuevo a ascender de forma significativa hasta octubre, mes en el que volvieron de nuevo a decrecer hasta coincidir con los tiempos totales de provisión

minoristas en noviembre. A partir de noviembre los tiempos de provisión de este servicio mayorista comenzaron a estar por debajo de los registrados en el minorista equivalente, quedándose ambos servicios a niveles similares a los previos a la huelga.

En definitiva, si bien se ha comprobado que la huelga tuvo mayor afectación en las ciudades CCAA (mayores tiempos de provisión, principalmente, en Madrid), tanto en el servicio mayorista NEBA fibra como en el minorista de Telefónica equivalente, los datos disponibles también en el ámbito nacional indican que dicha afectación no lo fue en la misma medida para ambos niveles de servicio - los plazos de provisión para la entrega de servicios minoristas FTTH de Telefónica resultaron menos perjudicados por la huelga-. Además, se ha demostrado que dichos plazos de entrega de los servicios minoristas de Telefónica continuaron siendo manifiestamente mejores en los siguientes meses (hasta noviembre de 2015), es decir, una vez finalizados los impactos de la huelga (junio de 2015).

En consecuencia, a la vista de los hechos expuestos hasta el momento se concluye que Telefónica dedicó mayores esfuerzos y recursos en restablecer en el menor tiempo posible el ritmo de provisión de sus propios servicios minoristas sobre fibra, en detrimento del servicio mayorista NEBA fibra, incurriendo en una práctica discriminatoria más allá del tiempo que duró la referida huelga de técnicos instaladores, en concreto, entre los meses de abril a noviembre de 2015.

Además, es de interés poner de relieve que dicha práctica discriminatoria se ha desarrollado sobre el servicio mayorista de acceso al abonado (NEBA fibra) que algunos operadores están utilizando para complementar sus despliegues de redes de nueva generación¹⁴. Así es, desde el año 2014, los operadores están centrando su inversión, incluida la propia Telefónica, para poder continuar compitiendo en el mercado minorista de acceso a banda ancha basado en fibra, sobre el que además se prestan los servicios de telefonía y televisión digital (ofertas triple play).

Así lo señala el Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual de 2016 (para el ejercicio 2015)¹⁵ y lo confirma el último informe de cobertura de banda ancha, elaborado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo¹⁶ (en adelante, MINETUR). En ambos informes se pone de manifiesto la migración tecnológica que están desarrollando en los últimos años los operadores, mediante la sustitución gradual de los servicios de acceso basados

¹⁴ Las redes de nueva generación permiten elevadas velocidades de acceso a los usuarios y mejor calidad de conexión.

¹⁵ <http://data.cnmc.es/datagraph/files/Informe%20Telecos%20y%20Audiovisual%202016.pdf>

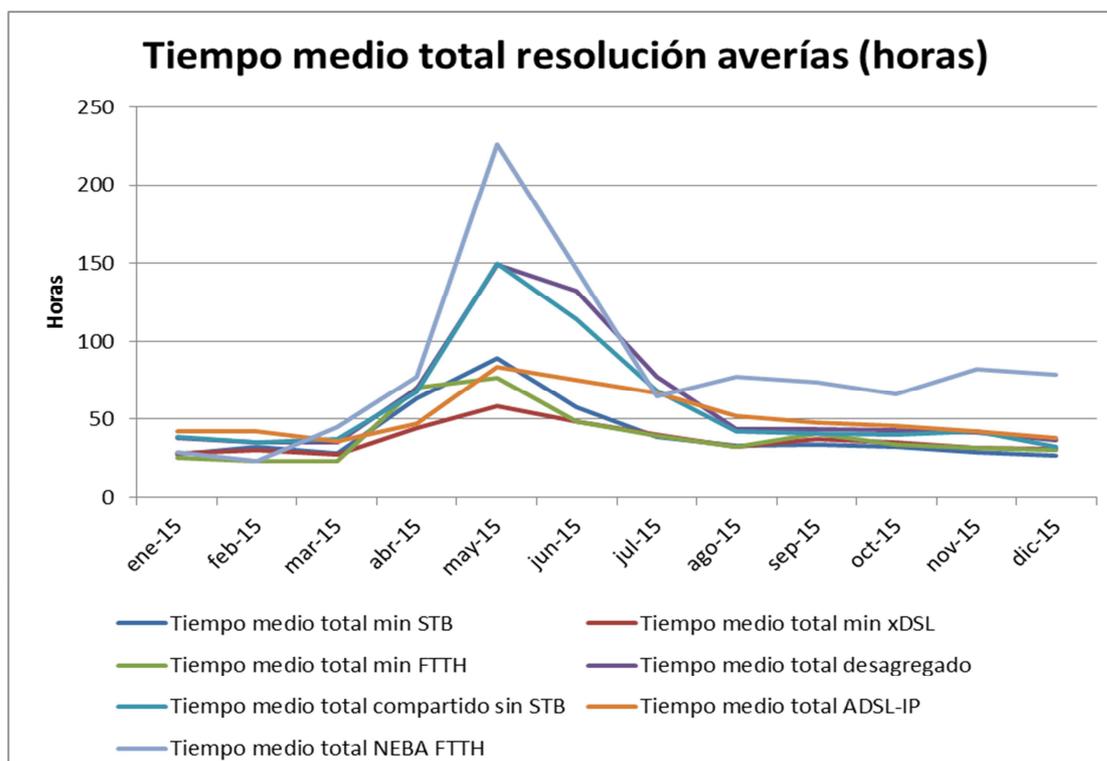
¹⁶ En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición adicional decimoctava de la LGTel referente a la "Universalización de la banda ancha ultrarrápida".

<http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/cobertura/Documents/cobertura-BA-1trimestre2015.pdf>

en tecnología xDSL o de cobre, como el acceso desagregado al bucle, y, en concreto, el hecho de que la plataforma tecnológica de mayor crecimiento en España es la de fibra óptica hasta el hogar (FTTH), aumentando en más de diez (10) puntos su cuota en accesos instalados en el último año hasta alcanzar el 46,3% de cuota.

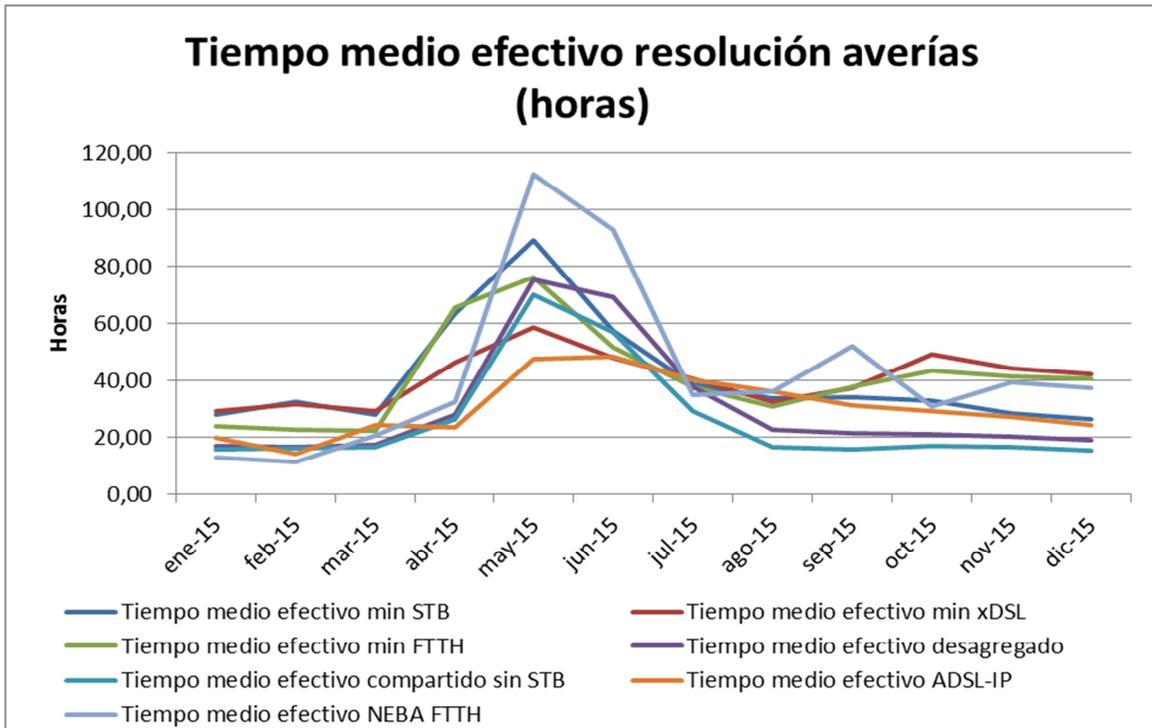
II. Reparación de averías

A continuación se procederá a analizar la conducta seguida por Telefónica para la resolución de averías comunicadas por los operadores durante el año 2015. En las siguientes cuatro gráficas (9, 10, 11 y 12) se incluyen los tiempos medios totales y efectivos de resolución de averías por servicio mayorista y minorista comparables entre sí, así como las diferencias en los tiempos medios y efectivos de resolución de averías entre los servicios mayoristas y sus equivalentes minoristas:

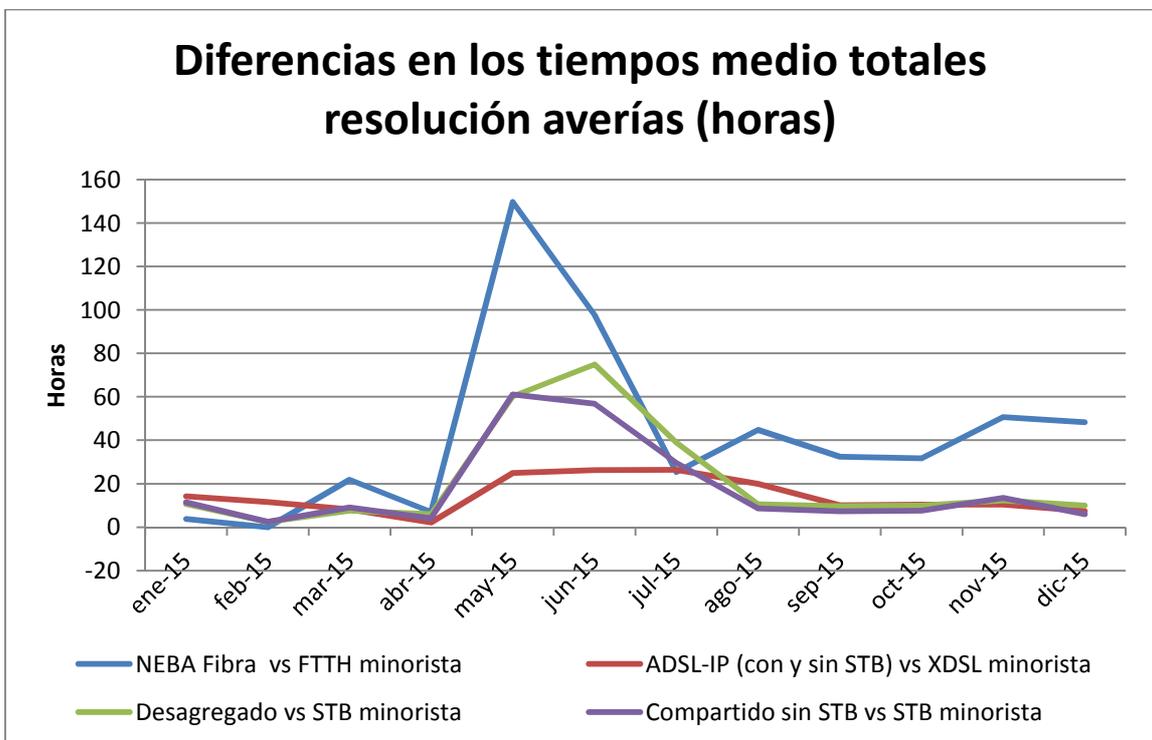


Gráfica 9. Tiempos medios totales de resolución de averías OBA y NEBA¹⁷

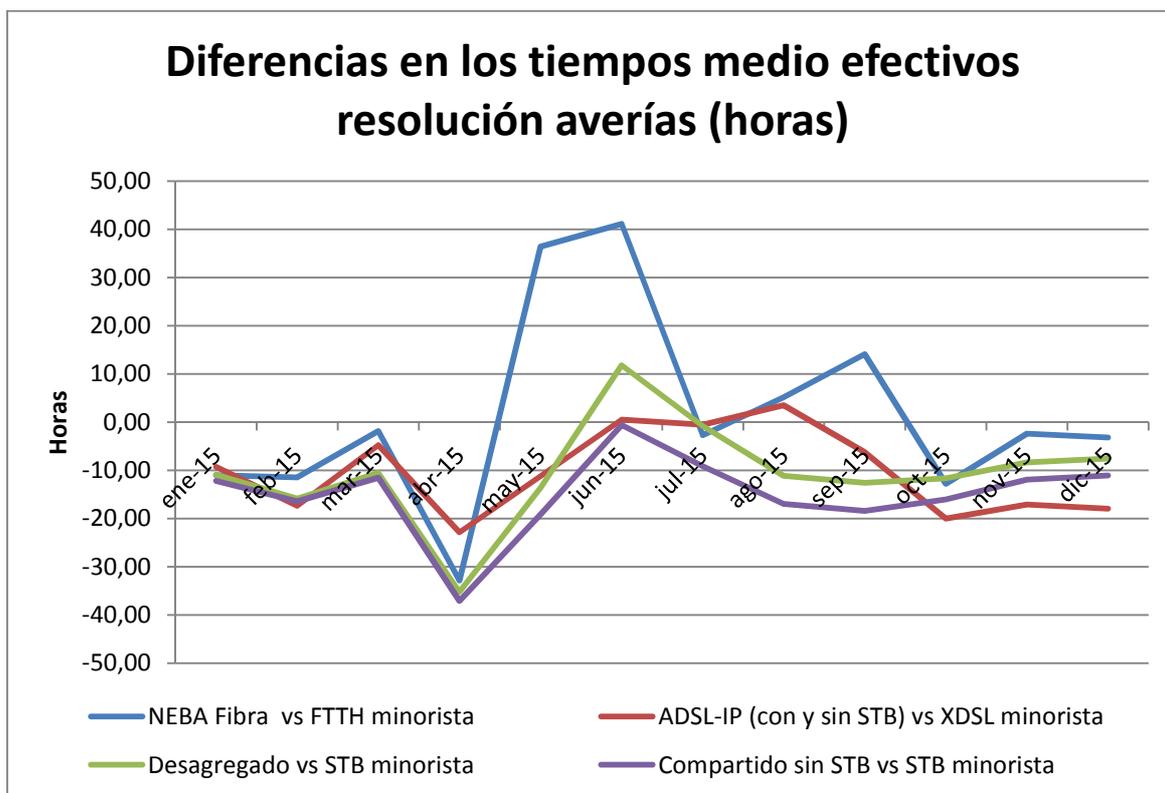
¹⁷ Para el cálculo de los tiempos medios totales no se descuentan las paradas de reloj que se activan si son atribuibles al operador solicitante o a su cliente, sin embargo, de la copia de un correo de Vodafone enviado a Telefónica, de 7 de abril de 2015, se ha podido conocer que Telefónica aplicaba paradas de reloj ante averías atribuibles a ella (indebidas) -“**por problemas técnicos no podemos att la avería**”-, durante la huelga, por lo que Vodafone le solicitó que dejara de aplicarlas.



Gráfica 10. Tiempos medios efectivos de resolución de averías OBA y NEBA



Gráfica 11. Diferencias en los tiempos medios totales de resolución de averías (horas)



Gráfica 12. Diferencias en los tiempos medios efectivos de resolución de averías (horas)

En primer lugar, cabe indicar que, en línea con lo manifestado por Telefónica y tal y como también se comprueba de las copias de los correos aportados por los operadores Vodafone, Orange y Jazztel en el periodo de información previa, se confirma la política de priorización de las averías con respecto a la provisión de nuevos clientes realizada por esta operadora durante el periodo de la huelga.

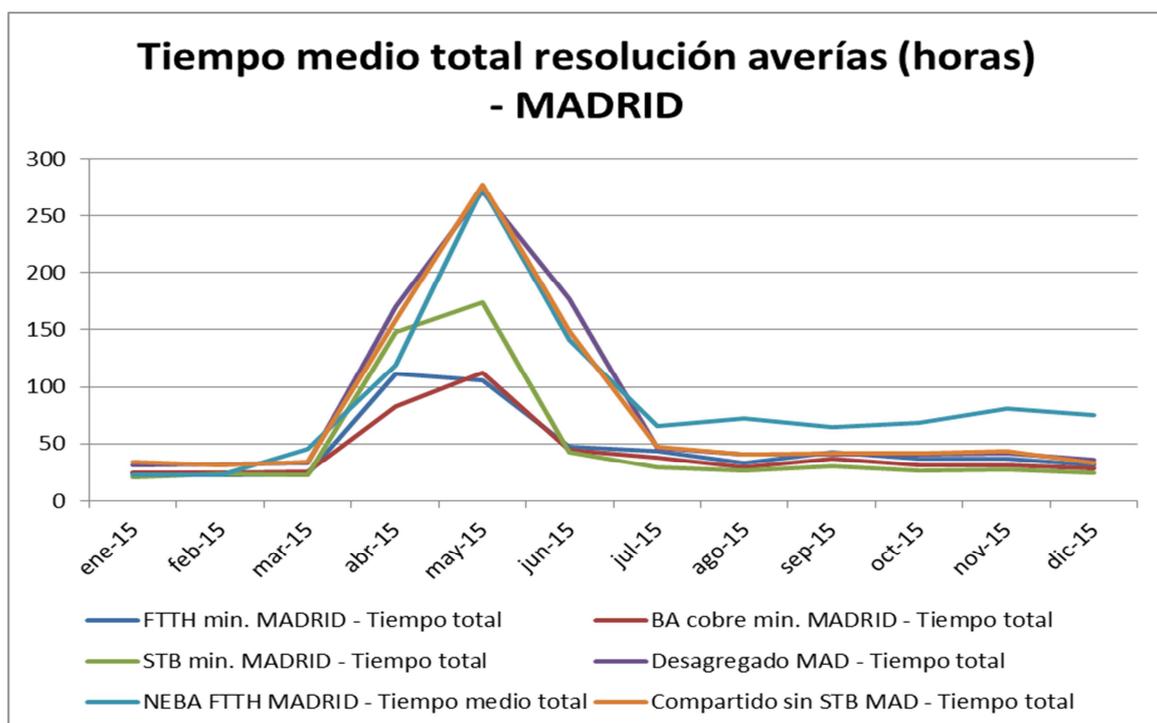
En este sentido, se observa en general una significativa reducción de los tiempos de resolución de averías, tanto totales como efectivos, entre mayo (mes en el que se alcanza el pico máximo) y junio de 2015, lo cual indica que en dicho periodo habría comenzado a corregirse la situación en cuanto al mantenimiento, fruto de la mencionada priorización de las averías por parte de Telefónica. Ahora bien, no es hasta el mes de agosto de 2015 cuando los tiempos medios totales en general, tanto para los servicios mayoristas como para los minoristas, comenzaron a ser cercanos o similares entre ellos, así como a los registrados con anterioridad al inicio de la huelga (marzo-abril)¹⁸.

¹⁸ A excepción del servicio mayorista NEBA fibra que, desde agosto hasta diciembre de 2015, ha estado registrando tiempos medios totales de resolución de averías, si bien más bajos que en los meses precedentes y más o menos estables, bastante más elevados que los registrados durante el primer trimestre del año, por lo que durante el año 2015 este servicio no ha vuelto a recuperar los tiempos previos a la huelga.

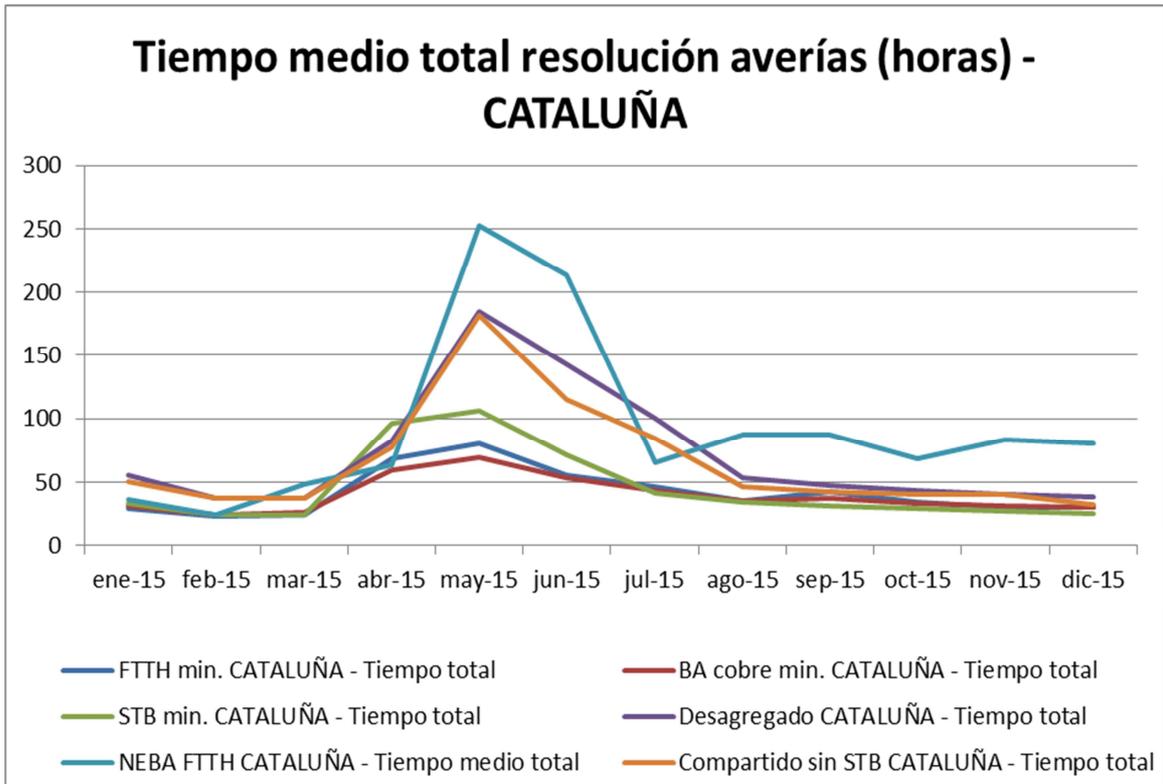
En segundo lugar, cabe destacar que si atendemos a los tiempos medios totales de reparación de averías de los servicios de acceso desagregado, compartido sin STB y, muy en particular, NEBA fibra, se observa que éstos son considerablemente superiores a los tiempos de resolución de averías registrados por Telefónica para sus servicios minoristas (STB, xDSL y FTTH) entre los meses de mayo y agosto de 2015. Es más, debe destacarse que los tiempos medios efectivos de reparación de averías de algunos de estos servicios mayoristas (ej. NEBA fibra), durante dichos meses, son incluso mayores a los tiempos medios totales de resolución de averías de los servicios minoristas de Telefónica.

Por ejemplo, el tiempo medio efectivo de reparación de averías para NEBA fibra en junio de 2015 -mes de finalización de la huelga- (92,69 horas) es muy superior al tiempo medio total del mismo proceso para el servicio minorista FTTH (48,6 horas). Por su parte, los tiempos medios efectivos del acceso desagregado (69,33 horas) y compartido sin STB (56,93 horas) son ligeramente superiores a los tiempos totales del minorista STB (57,54 horas) y banda ancha sobre cobre -xDSL- (48,73 horas) en ese mismo mes (junio 2015).

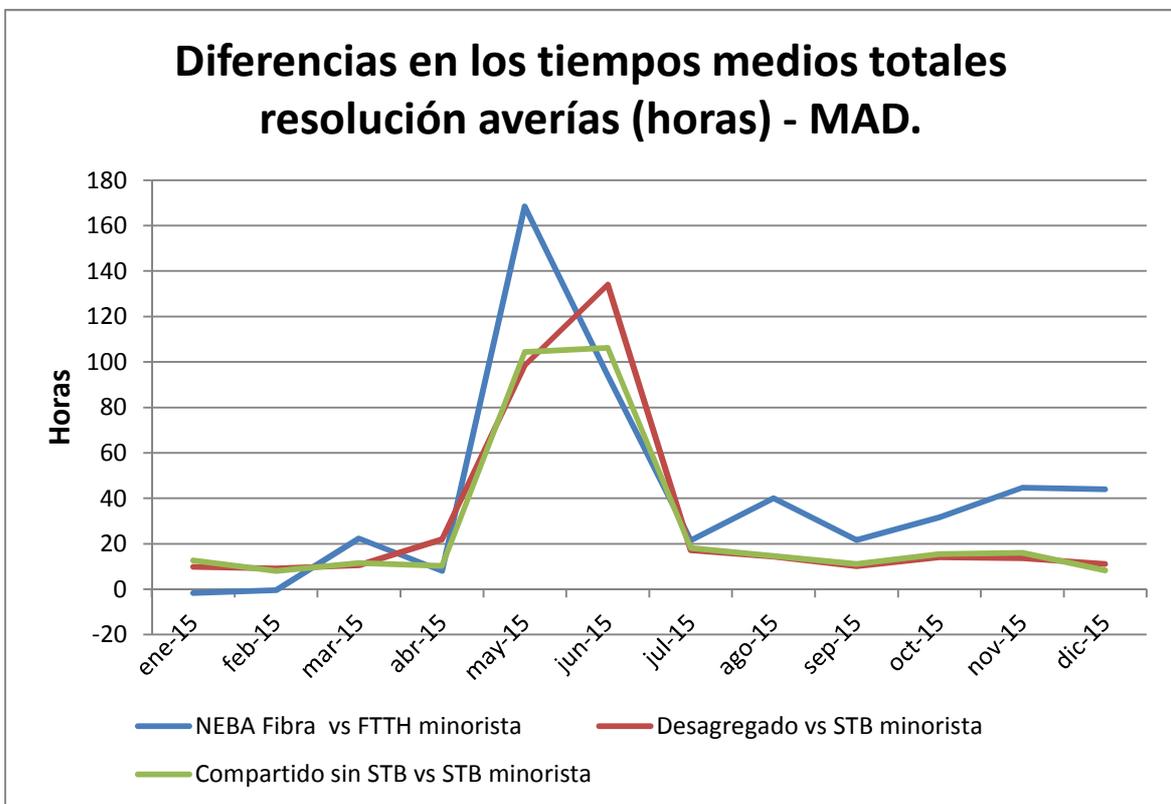
Al igual que para los servicios de provisión, se ha realizado un análisis de los tiempos medios totales y efectivos registrados en las áreas geográficas más impactadas por la huelga (Madrid y Cataluña), a efectos de cotejar los datos a nivel nacional sobre la práctica discriminatoria detectada en el tratamiento de las averías de los servicios mayoristas, llevada a cabo por Telefónica con respecto al realizado sobre sus servicios minoristas:



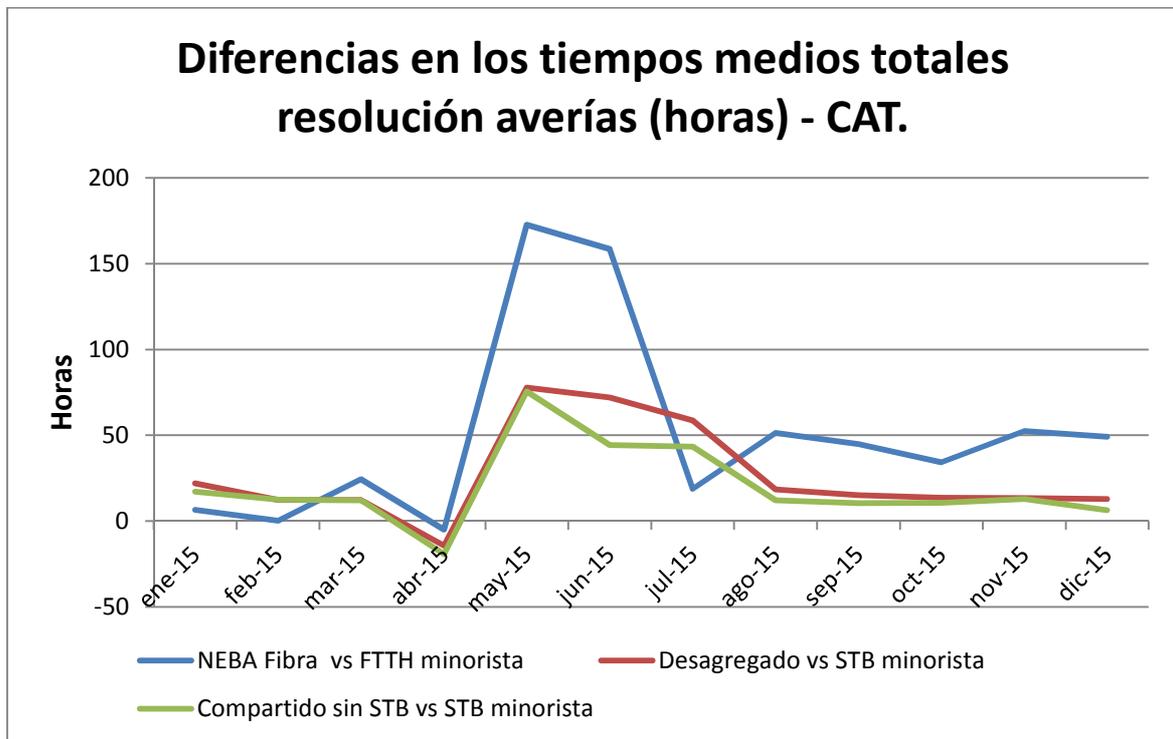
Gráfica 13. Tiempos medios totales de resolución averías Madrid



Gráfica 14. Tiempos medios totales de resolución averías Cataluña



Gráfica 15. Diferencias en los tiempos medios totales de resolución averías Madrid



Gráfica 16. Diferencias en los tiempos medios totales de resolución averías Cataluña

A la vista de las gráficas anteriores, se vuelve a observar una clara discrepancia entre los niveles de calidad registrados por Telefónica para la prestación de los servicios mayoristas y minoristas en ambas CCAA. Así, el incremento del tiempo total que se manifiesta desde el inicio de la huelga es mucho más acusado para los accesos desagregados, compartidos sin STB y NEBA fibra que para los servicios minoristas equiparables (STB, banda ancha cobre y FTTH), siendo la situación de partida muy similar en todos los servicios hasta abril de 2015 (inicio de la huelga a nivel nacional).

Por otra parte, si bien se observa una reducción de los tiempos de resolución de averías en junio de 2015 para todos los servicios en general, los servicios minoristas partían ya de unos valores significativamente mejores durante la huelga que los mayoristas, por lo que éstos últimos no volvieron a recuperar, con carácter general, sus niveles registrados con anterioridad de la huelga hasta julio en Madrid y hasta agosto en Cataluña, a excepción del servicio NEBA fibra que, si bien ha estado registrando plazos estables desde mediados de julio, a diciembre de 2015 éstos aún eran superiores a los previos a la huelga, tanto en dichas CCAA como a nivel nacional (ver tiempos medios totales Gráfica 5). Por consiguiente, de nuevo no puede decirse que la huelga haya impactado en la misma medida en los servicios mayoristas que en los minoristas, contrariamente a lo afirmado por Telefónica.

Así, al igual que en los procesos de provisión, también se aprecia una mayor repercusión de la huelga en la extensión de los tiempos de resolución de averías en los procesos mayoristas y, aunque la adopción de las medidas descritas por Telefónica de priorización de las averías parecen haber beneficiado a todos los servicios por igual, los servicios minoristas de Telefónica en junio de 2015 ya reflejaban tiempos de reparación de averías bastante próximos a la situación de partida (marzo de 2015), mientras que los valores para los accesos desagregados, compartidos sin STB y NEBA fibra todavía se encontraban muy alejados.

En las Gráficas 17-20, que se encuentran en el Anexo de esta resolución, se incluyen las comparativas y diferencias realizadas en las CCAA de Madrid y Cataluña de los tiempos efectivos de resolución de averías (descontando las paradas de reloj) de servicios mayoristas con tiempos medios totales de resolución de averías de servicios minoristas¹⁹. Dicha comparativa de parámetros (tiempo medio efectivo y total) refleja igualmente una desviación significativa entre los plazos de resolución de averías de los servicios mayorista y minorista, a pesar de que estos últimos deberían ser superiores a los primeros, ya que, al haber considerado tiempos totales, se encuentran computadas las paradas de reloj.

Una vez analizados los KPI registrados por Telefónica durante el año 2015 en provisión y mantenimiento, tanto de sus servicios minoristas como mayoristas, de los que ha resultado probada la práctica discriminatoria que ha estado desarrollando Telefónica tras el inicio de la huelga de instaladores en abril de 2015, cabe indicar, en relación con el presente hecho probado, determinados datos que apoyan dicho resultado.

Según ha informado Telefónica²⁰, la mayoría de los sabotajes se realizaron en vía pública o planta exterior de Telefónica, *“siendo ésta la que discurre por vía pública, tanto por recorridos aéreos como recorridos canalizados a nivel de subsuelo y a nivel de calle”*, afectando *“principalmente, a armarios de subrepartición²¹ y cajas de acometidas de fachada, todo ello perteneciente a la red de cobre”*, aunque también se registraron sabotajes que afectaron *“tanto a fibras FTTH como a fibras de interconexión entre centrales”*. En este sentido,

¹⁹ A diferencia de los datos aportados a nivel nacional, en su escritos de contestación a los requerimientos de información formulados tanto en el periodo de información previa como en el presente expediente, de 17 de diciembre de 2015 y 2 de enero y 1 de junio de 2016, Telefónica, en general, solo ha aportado los tiempos medios totales de resolución de averías (sin descontar las paradas de reloj) de sus servicios minoristas, registrados en las CCAA de Madrid y Cataluña, por lo que no ha sido posible elaborar gráficas comparativas con los tiempos medios efectivos de todos los servicios minoristas registrados a lo largo de 2015.

²⁰ A través de un informe interno, de 30 de junio de 2015, en el que esta operadora resume las actuaciones de las áreas jurídicas y de seguridad realizadas durante los paros indefinidos convocados por los técnicos-instaladores (escrito de 22 de julio de 2015).

²¹ Cajas que constituyen puntos de interconexión por donde se accede a la red de alimentación o al bucle de abonado.

esta operadora apuntaba que: *“En lo referente a edificios y recintos telefónicos resaltar que apenas se han registrado incidencias en el interior de los mismos, debido a las medidas de seguridad existente y al refuerzo de seguridad que Telefónica procedió a implantar, (...)”*.

A este respecto, se considera que si los sabotajes se produjeron en su mayoría en planta exterior o vía pública, éstos tuvieron que afectar a todo tipo de clientes por igual, tanto de Telefónica como del resto de operadores a los que presta servicios mayoristas, al verse afectados principalmente elementos de la planta de abonado. Sin embargo, se ha comprobado que los usuarios de Telefónica vieron recuperados sus servicios en bastante menor tiempo que los clientes de los operadores alternativos.

Por otra parte, de conformidad con la información proporcionada por esta misma operadora, a finales de mayo de 2015 la plantilla de técnicos-instaladores rozaba la normalidad técnica total, con un 95% de los trabajadores activos. Además, a fecha 24 de junio de 2015 prácticamente todas las incidencias internas, abiertas a causa de los sabotajes, se encontraban ya cerradas, sin embargo en julio de 2015 Telefónica aún registraba un número elevado de solicitudes de provisión de servicios mayoristas y de resolución de averías²², cursadas durante los meses de la huelga, en estado de pendientes.

En su escrito de 22 de octubre de 2015, Telefónica confirmaba que ya no había averías pendientes de resolución abiertas durante el periodo de huelga y que la provisión entrante ya se realizaba conforme a los niveles de servicio establecidos en las ofertas de referencia. No obstante, cabe señalar que de los datos aportados por esta operadora se comprueba que aún en dicha fecha seguían existiendo ciertas solicitudes de provisión pendientes en los servicios mayoristas de acceso al bucle desagregado e indirecto y de NEBA cobre y fibra solicitados durante el periodo de la huelga, algunas de ellas incluso desde abril de 2015, aunque el número de éstas por operador ya era bastante más reducido.

Por último, en línea con lo expuesto en el presente hecho probado (algunos de los servicios minoristas de Telefónica resultaron menos afectados que los servicios mayoristas comparables -en particular, el servicio NEBA fibra-), la recuperación a nivel minorista fue resaltada por la propia Telefónica en su informe de resultados de enero a junio de 2015, comunicado a sus accionistas el 30 de julio de 2015²³, tal y como Orange manifestó en su escrito de 7 de agosto de 2015.

²²Ejemplo a fecha 21 de julio de 2015: OBA acceso desagregado: provisión 50.053/mantenimiento 19.653; Provisión NEBA Global: 10.346 y Mantenimiento NEBA: cobre 134/fibra 966.

²³ En dicho informe se indicó a los accionistas que la actividad comercial se había visto afectada por la huelga de instaladores durante abril y la primera mitad de mayo, pero que a finales de mayo los indicadores de altas y permanencia de los clientes ya se había

En este sentido, cabe mencionar también la puesta en marcha por parte de Telefónica de un plan de choque para solucionar las incidencias sufridas por sus clientes, debido a los sabotajes, así como el pago de indemnizaciones, que publicó un medio de prensa²⁴, el 15 de mayo de 2015; mes en el que se ha constatado que los tiempos de resolución de averías de los servicios minoristas comenzaron a disminuir hasta que en junio empezaron a acercarse a sus niveles previos a la huelga, a diferencia de lo que ocurrió con los plazos de resolución de las averías mayoristas que, con carácter general, no se acercaron a sus niveles previos hasta el mes de agosto de 2015.

III. Conclusiones del Hecho Probado

El análisis de los parámetros relativos a tiempos medios totales de provisión y reparación de averías, su estudio comparado con los tiempos medios efectivos, y el resto de la información examinada sobre los sabotajes/averías sufridos en las instalaciones de Telefónica, los trabajadores en huelga de sus EECC, la información proporcionada a sus usuarios finales, así como sus propias alegaciones, prueban la existencia de una práctica discriminatoria intencionada por parte de Telefónica, sobre la prestación de los servicios mayoristas en relación con sus servicios minoristas equivalentes, que comenzó con el inicio de la huelga de los técnicos-instaladores, que sufrió esta operadora entre los meses de abril y junio de 2015, pero que continuó desarrollándose algunos meses después.

En particular, se constata la existencia de la intencionalidad de Telefónica en virtud de las anteriores pruebas que demuestran que ante una situación circunstancial –huelga de los técnicos de las EECC de Telefónica- que afectaba por igual a la provisión de servicios y resolución de incidencias de los servicios mayoristas y minoristas de Telefónica, ésta priorizó (i) la provisión de sus servicios minoristas FTTH en detrimento del servicio mayorista NEBA fibra, durante los meses de **abril a noviembre de 2015**, así como (ii) la resolución de sus averías minoristas (tanto en los servicios de banda ancha cobre y fibra como en STB), frente a las averías de los servicios mayoristas equivalentes de acceso compartido sin STB, NEBA fibra y acceso desagregado, durante los meses de **abril a agosto de 2015**.

Así, se observa de forma evidente, como consecuencia de lo anterior, que los servicios minoristas de Telefónica recuperaron los niveles de servicio anteriores

normalizado, justificando la recuperación de ganancias netas durante el mes de junio, a niveles similares a los registrados en meses anteriores.

Puede verse dicha comunicación a los accionistas en la página 24 y 25 del informe de resultados de enero a junio de 2015 en el siguiente enlace:

<https://www.telefonica.com/documents/153952/181244/%5BES%5D+Informe+de+resultados+de+Telef%C3%B3nica+S.A.+enero-junio+2015/e79f30d7-dda3-47f2-8b80-95ce212f7c95>

²⁴ http://economia.elpais.com/economia/2015/05/15/actualidad/1431708016_276126.html

Esta noticia fue aportada por Orange en su escrito de 7 de agosto de 2015.

a la huelga con más celeridad que los mencionados servicios mayoristas de los operadores, y en consecuencia, de sus clientes finales, lo que no se justifica por la huelga de instaladores, ya que, una vez finalizada la misma existían los mismos medios materiales y humanos para atender ambos tipos de servicios.

Además, el servicio mayorista más impactado por esta conducta ha sido el NEBA fibra, y en consecuencia, los servicios minoristas de los operadores alternativos basados en fibra óptica; mercado en el que están invirtiendo todos los operadores, incluida Telefónica, sustituyendo los servicios de acceso basados en tecnología xDSL o de cobre por los servicios basados en fibra óptica.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para resolver el presente procedimiento sancionador

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC, en adelante) señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones²⁵.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente para resolver la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 21.2 y 29 de la LCNMC.

La LRJPAC y Reglamento del Procedimiento Sancionador resultan de aplicación de acuerdo con lo establecido en el apartado a) de la disposición transitoria tercera de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

²⁵ La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ha sido derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que en su artículo 84, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, le atribuye a la CNMC la competencia sancionadora *“en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”*

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que, de acuerdo con el Antecedente Cuarto de la presente Resolución, el presente procedimiento se inició en fecha 10 de marzo de 2016.

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Telefónica infringió, durante los meses de abril y noviembre de 2015, la obligación de no discriminación en las condiciones de provisión del servicio mayorista NEBA fibra, entre los meses de abril y noviembre de 2015, así como en las condiciones de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA fibra, acceso desagregado y acceso compartido sin STB al bucle de abonado, entre los meses de abril y agosto de 2015. La obligación de no discriminación le fue impuesta a la citada entidad en la Resolución del Consejo de la CMT, de fecha 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercados 4 y 5 -actuales mercados 3.a), 3.b) y 4).

Los incumplimientos de los ANS por parte de Telefónica por motivo de la huelga, en concreto, el cumplimiento de los plazos regulados en la provisión y mantenimiento de servicios mayoristas y minoristas, no son objeto del presente procedimiento.

Telefónica alega que parte de la presunta infracción objeto del presente procedimiento -incumplimiento de la obligación de no discriminación respecto de la resolución de averías durante el tiempo transcurrido entre el 22 de julio y agosto de 2015-, ya fue analizada en el procedimiento sancionador tramitado bajo número de expediente SNC/DTSA/016/15. En respuesta a esta alegación hay que señalar que ese procedimiento sancionador analizaba hechos diferentes: en el presente procedimiento se está valorando la priorización, por parte de Telefónica, en la provisión de sus servicios minoristas en detrimento o en discriminación de los servicios mayoristas que presta sobre su red fija, con independencia del incumplimiento de los plazos regulados en las ofertas NEBA y OBA, mientras que el SNC/DTSA/016/15 (finalizado mediante resolución de esta Sala de 15 de diciembre de 2016) analizó la imputación indebida de “falsas averías”. Además, en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/016/15, al objeto de no contaminar los resultados de las averiguaciones, se excluyeron las averías del periodo relativo a la huelga.

TERCERO.- Tipificación del Hecho Probado

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía

administrativa adoptadas por la CNMC 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.

El artículo 70.2.a) de la LGTel de 2014, de forma análoga a como se preveía en la letra g) del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, atribuye a esta Comisión la competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En virtud de lo anterior, en fechas de 11 de mayo de 2006, 22 de enero de 2009 y 18 de noviembre de 2015 se aprobaron la primera, segunda y tercera revisión de la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor - actuales mercados 3 a), 3 b) y 4²⁶-, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En las citadas Resoluciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), tras definir y analizar los mercados de referencia, concluyó que estos no son competitivos e identificó a Telefónica como operador con PSM en los mismos, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre ella, de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas y de transparencia en la prestación de los citados servicios, que se concreta con la obligación de disponer de una oferta de referencia, como la de acceso al bucle de abonado (OBA) y el nuevo servicio Ethernet de banda ancha (NEBA), en virtud de lo dispuesto en el artículo 8²⁷ del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de mercados)²⁸.

A continuación se analiza la regulación a la que está sujeta Telefónica como operador declarado con PSM en los mercados 4 y 5 (actuales mercados 3.a, 3.b y 4), en relación con su obligación de no discriminación, y se valoran las alegaciones de Telefónica sobre la no tipicidad de su conducta.

²⁶ De conformidad con lo establecido en la Recomendación de la Comisión Europea, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante. Anteriormente, mercados 11 y 12 y 4 y 5, de conformidad con las Recomendaciones de 11 de febrero de 2003 y de 17 de diciembre de 2007, respectivamente.

²⁷ Trasposición del artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre.

²⁸ Este reglamento sigue en vigor, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

1. Obligación de no discriminación impuesta a Telefónica

El artículo 14 de la LGTel, referente a las obligaciones específicas aplicables a los operadores con PSM en mercados de referencia, establece, en su apartado 1, que la CNMC podrá imponer a los operadores con PSM, entre otras, obligaciones específicas en materia de no discriminación, que *“garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”*.

Este artículo transpone el artículo 10.2 de la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión -modificada por la Directiva 2009/140/CE- (en adelante, Directiva de Acceso), que está formulado en idénticos términos.

Por su parte, el artículo 8 del Reglamento de mercados, enmarcado en el Capítulo III de la citada norma, relativo a las *“Obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados al por mayor”*, especifica que la aplicación de *“las mismas condiciones”*, ha de ser, en particular, sobre:

- a) la calidad de los servicios,
- b) los plazos de entrega, y
- c) las condiciones de suministro.

En consecuencia, la no discriminación debe referirse tanto a la calidad del servicio como a los plazos de entrega y demás condiciones del suministro, con independencia de la ubicación física desde la que se solicita el acceso, en línea con lo establecido en los artículos 14 de la LGTel y 8 del Reglamento de mercados.

Esta obligación se incluía en los mismos términos en el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, norma bajo cuyo marco se dictó la Resolución de los mercados 4 y 5, que se analizará a continuación.

Conforme establece el marco comunitario y nacional descrito, la obligación de no discriminación, en relación con la prestación de servicios mayoristas y minoristas equivalentes, constituye una pieza clave para la garantía de la competencia efectiva en los mercados minoristas descendentes y su cumplimiento, en modo alguno, ha de verse restringida por actuaciones

adoptadas de forma unilateral en el mercado mayorista por el operador declarado con PSM²⁹.

La obligación de no discriminación tiene una relevancia fundamental en mercados donde el operador con PSM es un operador verticalmente integrado, con presencia tanto a nivel mayorista (como proveedor de los insumos o recursos (*inputs*) imprescindibles para la prestación de los servicios de banda ancha de los operadores alternativos en el mercado descendente³⁰) como minorista, en el que compete con estos últimos operadores.

Así lo puso de relieve la Comisión Europea en su Recomendación, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha³¹ (en adelante, Recomendación sobre la obligación de no discriminación), que en su considerando 12 se refiere a la necesidad de garantizar una estricta equivalencia de acceso, que permita una competencia en condiciones de igualdad entre el operador con PSM (Telefónica) y los terceros solicitantes del acceso. Además, esta Recomendación, en su Considerando (20), señala que, con independencia del concepto exacto de equivalencia que se imponga al operador con PSM, es fundamental garantizar que los operadores alternativos pueden replicar técnica y económicamente la oferta minorista del operador con PSM, *“sobre la base del insumo al por mayor regulado que reciben”*.

Por ello, en las resoluciones de aprobación de la definición y análisis de los diferentes mercados mayoristas de banda ancha, en concreto, de los mercados 4 y 5 aprobados mediante Resolución de 22 de enero de 2009, esta obligación se ha impuesto a Telefónica (operadora designada con PSM en dichos mercados), estando esta operadora obligada a aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes, y a proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales.

En concreto, con la finalidad de evitar los efectos anticompetitivos y de abuso de la posición de dominio en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas fijas, que se originan como consecuencia de las posibles conductas discriminatorias que pueda realizar el operador designado con PSM (Telefónica), la citada Resolución, de 22 de enero de 2009³², impuso a esta operadora la obligación de no discriminación, para los servicios de acceso

²⁹ Con prácticas variadas tales como tácticas dilatorias, el uso privilegiado de información o discriminación de calidad y precios o subvenciones cruzadas.

³⁰ En línea con lo dispuesto en el considerando 17 de la Directiva de Acceso.

³¹ Recomendación núm. 2013/466/UE, publicada en el DOUE no. L 251/13 de 21 de septiembre de 2013.

³² Resolución firme en vía administrativa, tras la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2014 (recurso de Casación núm. 6540/2011), que desestimó el recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de 15 de octubre de 2011 (recurso número 353/2009).

compartido y desagregado y de banda ancha, en los siguientes términos establecidos en sus Anexos I y III:

➤ **Para los servicios de acceso compartido y desagregado al bucle de abonado (Anexo I)**

“TESAU implantará en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

A los efectos de controlar el cumplimiento de esta obligación:

(...)

- *Con carácter mensual, TESAU deberá remitir a la CMT y publicar los parámetros de calidad de los servicios de desagregación al bucle que presta a terceros y los servicios equivalentes que se presta a sí misma y a otras empresas del Grupo Telefónica para sus servicios minoristas.*
- *Hasta el momento de su modificación por la CMT, el formato y el grado de detalle de la citada información serán los actualmente vigentes (establecidos por la resolución de revisión de la oferta de referencia de fecha 14 de septiembre de 2006 y su anexo II), sin perjuicio de la facultad de la CMT de requerir de TESAU toda información adicional necesaria para garantizar el cumplimiento de la obligación de no discriminación.*
- *TESAU deberá formalizar en forma de protocolos las condiciones técnicas, económicas y de suministro de información (incluida la relativa a la planificación de las actuaciones en las instalaciones soporte), relativas a la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle y los servicios internos equivalentes entre la división operativa, que gestiona las redes para la prestación de los servicios de banda ancha, y la división minorista y/o filial perteneciente al Grupo Telefónica que comercializa los servicios de banda ancha. Asimismo, TESAU deberá suministrar información suficiente sobre la planificación y ejecución de dichos servicios internos equivalentes.*

A estos efectos, TESAU deberá atender en particular a lo dispuesto en la oferta de referencia vigente y en la Resolución de 22 de mayo de 2008 sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades de autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la oferta de acceso al bucle de abonado, y sin perjuicio de la competencia de la CMT para introducir cambios mediante la correspondiente resolución.”

➤ **Para los servicios de acceso en las condiciones de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha**

“TESAU implantará los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista de banda ancha, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona

a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

a) Obligación de comunicación de parámetros de calidad respecto a la provisión de los servicios de referencia

TESAU estará obligada a comunicar a la CMT determinados parámetros respecto a la provisión de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha con el fin de supervisar el correcto cumplimiento de las obligaciones de no discriminación impuestas en virtud del punto anterior.

En concreto, se mantendrán en vigor las obligaciones de comunicación de parámetros de calidad relativos al acceso indirecto al bucle de abonado que actualmente tiene impuestas TESAU en virtud de la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, establecidos por la resolución de revisión de la oferta de referencia de fecha 14 de septiembre de 2006 y su anexo II. Todo ello sin perjuicio de la facultad de la CMT de requerir de TESAU toda información adicional necesaria para garantizar el cumplimiento de la obligación de no discriminación”.

De esta manera, en la Resolución analizada se obliga a Telefónica a aplicar a terceros condiciones semejantes a las ofrecidas a empresas filiales o a sus propios servicios, a fin de que los operadores alternativos puedan competir con las ofertas de Telefónica en el mercado minorista, y dicho análisis se llevará a cabo, como la propia Resolución señala, a través de los indicadores clave de rendimiento (KPI³³) y de la comparación con los procesos minoristas de Telefónica.

Los indicadores clave de rendimiento son esenciales para poder llevar a cabo una correcta supervisión del cumplimiento de la obligación de no discriminación. Como la Recomendación sobre la obligación de no discriminación señala (Considerando 23), “[l]os indicadores clave de rendimiento son las herramientas más adecuadas para detectar comportamientos potencialmente discriminatorios y mejorar la transparencia en el suministro y la calidad de los productos de acceso al por mayor regulado del operador con PSM en los mercados pertinentes”.

En consecuencia, las obligaciones en materia de no discriminación reguladas en la Resolución de 22 de enero de 2009 se configuran como medidas concretas y perfectamente definidas y conocidas por Telefónica. Más aun, Telefónica es plenamente consciente de la relevancia que adquiere el cumplimiento de esta obligación, principalmente, en el entorno de los servicios mayoristas basados en redes NGA y del cambio de la regulación mayorista, en la que no se imponen precios de acceso al por mayor regulados a la red NGA de Telefónica sino una obligación de replicabilidad económica³⁴.

³³ Key Performance Indicators

³⁴ Ver la Resolución de la CNMC, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la tercera revisión de los mercados de banda ancha (actuales mercados 3a, 3b y 4) (expediente con núm.

Además, cabe tener en cuenta que no es la primera vez que Telefónica ha sido sancionada por el incumplimiento de su obligación de no discriminación. A este respecto, cabe mencionar la Resolución, de 30 de abril de 2003³⁵, por la que se sancionó a Telefónica por importe de 2.000.000 euros, como consecuencia del incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por la que se adoptaron medidas cautelares con respecto a la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para locutorios” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, en el seno del expediente OM 2002/6634, en particular, por el incumplimiento de la obligación que se impuso a Telefónica de eliminar cualquier tipo de discriminación que pudiera estar realizando respecto de las empresas de telefonía de uso público.

Pues bien, en el caso presente se ha determinado (Hecho probado único) que Telefónica estuvo priorizando de manera continuada³⁶, no solo la provisión de sus servicios minoristas FTTH en detrimento del servicio mayorista NEBA fibra, durante los meses de abril a noviembre de 2015, sino también la resolución de sus averías minoristas (tanto en servicios de banda ancha cobre y fibra como en STB), frente a las averías de los servicios mayoristas NEBA fibra, accesos desagregados y compartidos sin STB, durante los meses de abril a agosto de 2015. Esta conducta supone un incumplimiento no generalizado de la referida Resolución de 22 de enero de 2009, sino específico de la obligación de no

de referencia ANME/D TSA/2154/14). Véanse, asimismo, los apartados 48 y siguientes de la Recomendación sobre la obligación de no discriminación.

³⁵ AJ 2002/7101. Mediante sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2008 (recurso 7144/2005), se ordenó revisar la sanción impuesta a Telefónica, debido a que la LGTel de 2003 era más favorable a efectos del cálculo de la sanción que la LGTel de 1998. En ejecución de dicha sentencia, el 15 de enero de 2009 la Comisión dictó resolución por la que, una vez aplicados los criterios legales de cálculo de la sanción establecidos en la LGTel de 2003, se redujo el importe de la sanción a Telefónica a 933.151,59 euros.

³⁶ En cuanto al carácter continuado de las infracciones, debe señalarse que se trata de un concepto importado del derecho penal, por lo que su adecuación al procedimiento sancionador administrativo debe realizarse con las debidas cautelas. Frente al concurso real de ilícitos, que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, a la infracción continuada se refiere el artículo 4.6, párrafo 2º, del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto que establece que *“... será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*. Es decir, tendrá consideración de infracción continuada cuando concurren los siguientes requisitos: i) identidad de sujeto infractor, ii) identidad de medios e iii) Identidad de objeto y finalidad.

En el presente caso, se ha calificado como infracción continuada por la concurrencia de los citados requisitos: identidad de sujeto infractor –Telefónica, identidad de medios –minimizar los efectos perjudiciales que la huelga podría generar a la provisión a los clientes minoristas de Telefónica- e identidad de objeto y finalidad – favorecer o priorizar la prestación de servicios minoristas sobre la prestación de servicios mayoristas equivalentes-,

discriminación impuesta en la referida Resolución y, por tanto, la comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014.

2. Alegaciones de Telefónica sobre tipicidad

Telefónica presenta las siguientes alegaciones:

2.1. Sobre la equivalencia de los servicios mayoristas y minoristas

Tanto en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento como en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia del órgano instructor, Telefónica alega que *«la obligación de no discriminación exige una aplicación directa, como así ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Supremo en su sentencia (en adelante STS), de 2 de julio de 2014 (rec.3020/2011). En esa misma STS, en su FJ Tercero se dispone que: “la prohibición genérica de no discriminación se concreta en principio en las obligaciones específicas de la OBA, tal y como sostiene TESAU y, como aplicación directa, requiere una estricta equivalencia entre los servicios sometidos a la comparación”»*.

Telefónica considera que cualquier comparativa entre servicios, a efectos de valorar un supuesto incumplimiento de su obligación de no discriminación, debe partir de un elemento de equivalencia entre los servicios sometidos a comparación, para evitar incurrir en error en la apreciación de situaciones equiparables cuando no lo son³⁷. Según esta operadora, esta complejidad ya se puso de manifiesto en la Resolución, de 22 de mayo de 2008³⁸, en la que se reconoce que la prestación de servicios mayoristas se ve acusada de una marcada diversidad, por lo que se hace necesario analizar cuáles son las tareas equivalentes que han de ser objeto de análisis para su confrontación.

Pues bien, procede rechazar esta alegación de la inculpada en base a los siguientes argumentos:

Por una parte cabe matizar que, tal y como antes se ha señalado, en la Resolución de 22 de mayo de 2008, que impone la obligación de no discriminación, se detalla la relación de equivalencia existente entre los servicios minoristas autoprestados por Telefónica y los servicios mayoristas que este operador debe poner a disposición de terceros.

³⁷ Según Telefónica no basta con el análisis de los datos que se le han venido requiriendo sobre los KPI de los servicios regulados, sino que es necesario realizar un análisis exhaustivo de todos los servicios y tareas asociadas a los mismos para su confrontación.

³⁸ Resolución dictada por la CMT, sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades de autoprestación de Telefónica y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la oferta de acceso al bucle de abonado.

En concreto, en esta resolución se analizaron de forma pormenorizada las tareas que efectivamente se llevan a cabo durante la provisión de los servicios equivalentes minoristas y mayoristas, así como la información aportada por esta operadora a este respecto, y en particular, sobre los procedimientos internos seguidos para sus servicios de autoprestación, a los efectos de revisar con mayor detalle -a nivel proceso y subproceso- la equivalencia de servicios minoristas y mayoristas ya definida en la OBA³⁹, de fijar de nuevo estas equivalencias y de incluir en dicha oferta (posteriormente se incorporó en la oferta NEBA) un indicador de tiempos medios de provisión, sin descontar los días transcurridos durante las paradas de reloj –tiempos totales- (que pueden afectar tanto a las solicitudes minoristas de Telefónica como a las de los operadores)⁴⁰, con la finalidad de no distorsionar la comparativa entre servicios mayoristas y minoristas equivalentes definidos en dicha resolución, en el entorno productivo real de Telefónica⁴¹.

En este sentido, la citada resolución señaló: *“En definitiva, debe instarse a Telefónica a introducir y definir en la OBA el concepto de tiempo medio de provisión, imponiéndose al operador la obligación de proveer los servicios mayoristas en plazos medios que **no resulten superiores a los plazos en que se autopresta equivalentes**, y entendiéndose que su incumplimiento evidencia comportamientos discriminatorios por parte del operador”*.

Es más, en dicha resolución se puso de manifiesto que debido a que la propia *“Telefónica no dispone de la información que posibilitaría la realización de estudios comparativos relativos a los plazos máximos de ejecución de las actividades en autoprestación y los servicios mayoristas análogos, puede concluirse que la identificación de posibles comportamientos discriminatorios por parte del operador únicamente podrá efectuarse mediante el análisis del registro histórico de plazos correspondientes a las actuaciones que se vayan desarrollando en el futuro, que quedarán registrados tanto en los sistemas de Telefónica como en SICOPA, tal como se sintetiza en el apartado 2.2”*.

³⁹ Véase la página 12 de la Resolución de 22 de mayo de 2008: *“No obstante las citadas equivalencias establecidas en la OBA, en el presente procedimiento se revisarán con mayor detalle los matices característicos de estos servicios y actividades, desglosando su proceso de provisión en tareas secuenciales al objeto de establecer comparativas funcionales y de plazos entre las tareas que han podido constatar como totalmente equivalentes por abarcar actuaciones similares”*.

⁴⁰ Véase la página 42 de la citada Resolución.

⁴¹ Véase la página 39 de la referida Resolución: *“al objeto de garantizar unas condiciones de neutralidad y objetividad dirigidas a dotar de la máxima fiabilidad posible a las comparativas de plazos, no se descontarán del citado cómputo incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza, lo que será de aplicación tanto en el cálculo de plazos medios de provisión de servicios mayoristas como de actividades en autoprestación”*.

El Resuelve Tercero de la referida resolución ya obligaba a Telefónica a notificar cualquier comunicación que previera, entre otras, en relación con el desarrollo de sus actividades de autoprestación y los plazos máximos establecidos para la provisión de las mismas, así como cualquier factor que alterase las referencias establecidas para la realización de comparativas de plazos de provisión, con antelación suficiente para evitar discontinuidades en los procesos de registro y comparativa de plazos.

Por tanto, si Telefónica considera que los servicios comparados en el presente expediente con el fin de analizar su conducta discriminatoria no son equivalentes debido a posibles modificaciones realizadas en el desarrollo de sus actividades minoristas, debería haberlo comunicado con suficiente antelación a esta Comisión, de lo cual no se tiene constancia, puesto que de ser así, los KPI que envía a la CNMC en cumplimiento de su obligación de no discriminación habrían perdido su eficacia, resultando un trabajo inútil para Telefónica.

Por consiguiente, conforme a lo dispuesto en dicha resolución, durante la instrucción de este procedimiento se ha realizado el análisis de los datos aportados por Telefónica sobre los plazos medios totales, además de tener en cuenta también los tiempos efectivos, de provisión y mantenimiento de los servicios equivalentes comparados (en concreto, el STB vs. el acceso desagregado, la banda ancha sobre cobre vs. el acceso compartido sin STB y los servicios minoristas de voz + banda ancha sobre FTTH vs. el servicio de acceso NEBA fibra) junto con el resto de información obrante en el expediente relativa a la huelga y los sabotajes sufridos, al objeto de determinar el comportamiento discriminatorio de Telefónica, concluido en el Hecho probado único.

Además, cabe mencionar que dicha comparativa de plazos medios totales y efectivos de provisión y de resolución de averías se ha realizado en beneficio de la imputada, al no tomar en cuenta que el servicio mayorista constituye solo una parte del proceso de provisión del servicio final al cliente de un operador alternativo, por lo que, en consecuencia, el plazo de provisión mayorista debería ser no solo similar sino, generalmente, menor al plazo total del servicio minorista equivalente de Telefónica, a los efectos de garantizar una competencia efectiva y, por tanto, un trato equivalente entre usuarios finales.

Sin embargo, tal y como se ha demostrado, los plazos medios totales minoristas de provisión y mantenimiento de los servicios FTTH, banda ancha cobre y STB no han sido ni iguales, ni siquiera parecidos, a los plazos medios totales registrados para los servicios mayoristas de provisión NEBA fibra, durante los meses de abril a noviembre de 2015, y de resolución de averías para los servicios de acceso compartido sin STB y desagregado al bucle de abonado y NEBA fibra, desde abril hasta agosto de 2015.

Es más, incluso se ha demostrado que los plazos medios totales de los citados servicios minoristas (sin descontar los días de la paradas de reloj), han sido en algunos meses menores a los plazos medios efectivos (descontados los días de las paradas de reloj) registrados para la provisión de dichos servicios mayoristas comparables.

Asimismo, Telefónica alega contra la equiparación de servicios comparados porque tampoco se han tenido en cuenta las tareas y los procesos propios de cada servicio, considerando las circunstancias excepcionales acontecidas (huelga de instaladores) ni tampoco se han tenido en cuenta los servicios desregulados, como el acceso indirecto que no es de ámbito nacional.

Conforme indica la Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia de las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes, los KPI regulados a Telefónica están relacionados con las actividades esenciales del ciclo del suministro de los servicios mayorista y minoristas y cubren todas sus fases, incluidas las tareas y gestiones a realizar en cada pedido, y la calidad del servicio, entre otros.

Además, como se indicó en la propuesta de Resolución, dicha comparativa de plazos medios totales y efectivos de provisión y de resolución de averías se ha realizado en beneficio de la imputada. Telefónica se refiere a tareas adicionales en los procesos minoristas, pero a la postre ha de tenerse en cuenta que el servicio mayorista constituye solo una parte del proceso de provisión del servicio final al cliente de un operador alternativo –que, al plazo mayorista, ha de añadir su propia gestión comercial de captación anterior a la solicitud del servicio mayorista y posterior para la provisión del servicio minorista. En consecuencia, el plazo de provisión mayorista debería ser no similar sino, generalmente, menor al plazo total del servicio minorista equivalente de Telefónica, a los efectos de garantizar una competencia efectiva y, por tanto, un trato equivalente a los usuarios finales.

Precisamente, Telefónica reconoce este hecho cuando alega, en su escrito de 21 de noviembre de 2016, que el STB tiene un proceso de asignación y activación que el mayorista no tiene, por lo que si los servicios minoristas requieren de más actuaciones lo lógico es que su tiempo de provisión sea mayor, y en todo caso nunca menor, al mayorista equivalente.

En cuanto a que no se ha tenido en cuenta los servicios desregulados, no se entiende a qué se refiere Telefónica ya que los servicios mayoristas que se han analizado y sobre los que se le imputa haber tenido una actitud discriminatoria en su provisión se encuentran en la actualidad regulados (y por ello objeto de este expediente).

2.2. Sobre la comparativa realizada entre los tiempos de provisión y mantenimiento de los diferentes servicios

Telefónica discrepa en la comparación de los tiempos regulados para la provisión y el mantenimiento de averías ya que se han hecho comparaciones sesgadas en base a tiempos totales, en los que se suman los tiempos atribuidos a las paradas de reloj no imputables a Telefónica. Sin embargo, no demuestra que éstas hayan existido. Además, tomando en cuenta el tiempo medio anual -y no mensual, tal y como se realizó en la propuesta de resolución- trata de justificar que los tiempos de resolución de averías en los servicios mayoristas han sido mejores que los registrados en el minorista.

Si bien es verdad que para medir el cumplimiento de los ANS el parámetro que se toma en consideración es el tiempo medio efectivo, para analizar la existencia de prácticas discriminatorias resulta más adecuado comparar los tiempos medios totales, teniendo en cuenta que Telefónica es tan susceptible de sufrir paradas de reloj motivadas por sus clientes como el resto de operadores, ya que sus clientes no tienen por qué ser más diligentes que los de los otros operadores.

Es importante recordar que en las ofertas de referencia de Telefónica (apartado A1 de la OBA y Anexo 4 del NEBA) se establece literalmente que, a efectos de analizar posibles prácticas discriminatorias, se utilizará el tiempo medio de provisión de los servicios mayoristas y de los equivalentes minoristas en autoprestación de Telefónica, sin descontar incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza, es decir, tiempos medios totales.

Además, cabe señalar que Telefónica no tiene en cuenta que la comparativa de tiempos totales se está realizando considerando su actuación previa y posterior a la huelga, donde también existían paradas de reloj no imputables a Telefónica y, sin embargo, fuera del periodo imputado en cada servicio, éstas no parecen que influyeran en los tiempos de provisión y de resolución de averías de servicios mayoristas ya que éstos eran inferiores a los registrados en los servicios minoristas equivalentes. Si Telefónica pretende justificar los elevados tiempos medios totales de provisión y de resolución de averías respecto de los servicios objeto de su conducta discriminatoria, en base a que existió durante la huelga un mayor volumen de paradas de reloj imputables particularmente a los operadores y a sus clientes, cabe oponer que dicha afirmación no viene provista de sustento probatorio alguno.

Por último, como se pudo comprobar en la propuesta de resolución, a través de todas las gráficas que ahí constan junto a las que en esta resolución se añaden, los análisis se han realizado teniendo en cuenta no solo los tiempos totales sino también los efectivos, tanto a nivel nacional como de

CCAA. Y si en algunos servicios se han comparado tiempos totales con efectivos es porque la propia Telefónica, en algunos servicios minoristas, no pudo aportar tiempos medios efectivos (ej. provisión en STB y banda ancha y mantenimiento en STB), ya que a efectos internos solo utilizan el parámetro tiempos medios totales (ver folios 487 a 491).

2.3. Sobre la no aplicabilidad de la STS de 2 de julio de 2014

Telefónica hace suyas las conclusiones de la STS de 2 de julio de 2014 (RC 3020/2011) para afirmar que siempre ha actuado conforme a lo dispuesto en las ofertas de referencia y que un incumplimiento ocasionado por una causa ajena (huelga), excluye su consideración como incumplimiento de sus obligaciones, más aún, cuando nos encontramos en el ámbito del derecho sancionador, donde los tipos infractores deben interpretarse restrictivamente.

Pues bien, cabe recordar a Telefónica que el Tribunal Supremo, en su referida sentencia, se pronunció sobre la no tipicidad de la conducta de discriminación que se le imputó, por considerar que se habían cumplido los plazos mayoristas establecidos en la OBA. No obstante, de conformidad con lo establecido en el Hecho probado único, la conducta de Telefónica que se está valorando en el presente procedimiento sancionador, a efectos del análisis sobre su tipicidad, no es el cumplimiento o no de las concretas obligaciones de calidad establecidas en las ofertas de referencia OBA o NEBA (plazos de provisión y resolución de averías regulados), sino la correcta observancia de la obligación de no discriminación -independiente de la obligación de publicar una oferta de referencia (obligación de transparencia)-, perfectamente definida en la Resolución de 22 de enero de 2009, tolerando o tomándose en cuenta de este modo la situación excepcional de partida con la que se encontró Telefónica (huelga de técnicos-instaladores y sabotajes) para el cumplimiento de dichos plazos regulados en la OBA o NEBA.

2.4 Sobre la semejanza de las circunstancias concurrentes en el servicio FTTH NEBA

Telefónica alega que la huelga no la han tenido que soportar los alternativos. Al respecto, debe señalarse que este extremo no afecta al análisis llevado a cabo -los demás operadores no están sometidos a regulación ex ante y la huelga ya se tiene en cuenta al no exigírsele a Telefónica el cumplimiento de los ANS o plazos regulados-.

Por otra parte, Telefónica señala que la situación no ha sido semejante en todos sus servicios, siendo más acusada en NEBA y recurre, no solo a la existencia de una causa de fuerza mayor, sino también al exceso, sobre lo

previsto por Orange, en el número de solicitudes de provisión de servicios NEBA fibra lanzadas por este operador⁴², a lo largo de los dos semestres del año 2015, que comunicó a Telefónica mediante una carta de fecha 1 de octubre de 2014.

	Primer semestre	Segundo semestre
Previsiones Orange	[CONFIDENCIAL	
Provisiones reales]
DIFERENCIAL	43,8%	51,4%

Sobre esta alegación ha de considerarse que, tal y como alega Telefónica en su escrito, Orange era el “único usuario del servicio FTTH NEBA en ese momento”. Por tanto, Telefónica no debería tener problemas para asumir la demanda del servicio mayorista por parte de Orange, a pesar que ésta se excediera respecto de sus estimaciones en octubre de 2014; estimaciones que al menos sirvieron a Telefónica para planificarse.

Si bien Orange pudo exceder su demanda del servicio NEBA fibra sobre lo previsto y comunicado a Telefónica, este exceso lo fue a lo largo de todo el año. Sin embargo, con anterioridad a la huelga de instaladores, la provisión de las solicitudes de Orange sobre este servicio no supusieron ningún problema para Telefónica y estuvieron siendo provisionadas en tiempos incluso inferiores a los registrados para sus servicios minoristas de banda ancha sobre fibra, cuyo volumen mensual es de media 4 veces más elevado a lo largo de todo el año, incluidos los meses que duró la huelga, que el volumen de solicitudes de provisión del servicio NEBA fibra demandado en la práctica por Orange.

Por ello, con una demanda de Orange por semestre que se corresponde con el 3.75% del volumen de actividad de líneas de fibra minoristas de Telefónica durante todo el ejercicio, no puede ser considerado como justificación para discriminar en tiempos de provisión.

Finalmente, cabe mencionar a este respecto que la oferta NEBA permite a Telefónica que cuando considere que la petición de uno o varios operadores excede de sus capacidades, de acuerdo con la evolución anterior de la demanda, de modo que pueda impedirle el cumplimiento de los plazos de provisión garantizados -al igual que en el supuesto de que concurra una causa de fuerza mayor-, esta operadora puede solicitar a la CNMC que le reconozca tal circunstancia, a los efectos de eximirla del pago de penalizaciones que puedan reclamarle el resto de operadores por

⁴² Orange es el operador que en mayor medida demanda este servicio mayorista.

no cumplir con los niveles de calidad (ver cláusula 11.5 del contrato tipo de la Oferta NEBA). Pues bien, a esta Comisión no le consta que a lo largo de todo el año 2015 Telefónica haya comunicado tal situación a este organismo.

Además, Telefónica argumenta este motivo sin aportar prueba alguna sobre su imposibilidad técnica para atender las solicitudes de Orange, precisamente por haberse excedido sobre sus previsiones de volumen de demanda.

2.5. Sobre el carácter del incumplimiento

Telefónica considera que, en virtud de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de octubre de 2014 (recurso de casación 2319/2011)⁴³, no puede equipararse o identificarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una concreta obligación con un incumplimiento continuado y generalizado. No obstante, considera que si aun así se probara que su actuación ha resultado antijurídica, dada la excepcionalidad de la situación y al haberse concentrado la conducta en un periodo muy concreto, el presunto incumplimiento se asemejaría a una inobservancia de las obligaciones en materia de calidad del servicio, previsto como infracción leve en el artículo 78.12 de la LGTel.

A esta alegación hay que responder, en primer lugar, señalando que en el presente expediente no se está imputando a Telefónica un incumplimiento defectuoso generalizado de la Resolución de 22 de enero de 2009, sino el incumplimiento continuado de una de las obligaciones impuestas en dicha resolución durante un tiempo determinado. En concreto, la no observancia de la concreta obligación de no discriminación establecida de forma clara en la propia Resolución, como consecuencia de haber provisionado y resuelto las averías de los servicios mayoristas ya precitados en condiciones manifiestamente peores a las aplicadas sobre sus servicios minoristas equivalentes, coincidiendo el inicio de su conducta con la huelga de los técnicos-instaladores de sus EECC y continuando algunos meses después, una vez de terminada dicha huelga.

Y en segundo lugar, las obligaciones en materia de calidad, a las que hace referencia el tipo recogido en el artículo 78.12 de la LGTel, son las recogidas en el artículo 50 de la LGTel, obligaciones de carácter público relativas al cumplimiento de los requisitos que fije el MINETUR mediante

⁴³ Recurso interpuesto por Telefónica contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de 28 de febrero de 2011, en el recurso contencioso-administrativo no. 1/2009, sobre la sanción por incumplimiento de resoluciones de la CMT (expte. RO 2007/1435).

Orden⁴⁴, para evitar la degradación del servicio y obstaculización o ralentización del tráfico en las redes de los operadores –de forma que se refiere a condiciones de calidad frente al público en general y nada tienen que ver con la referida obligación mayorista de no discriminación impuesta por esta Comisión a Telefónica, dada su condición de operador con PSM-.

2.6. Alegaciones de Telefónica sobre la falta de prueba

Telefónica insiste en que no existen pruebas de las afirmaciones realizadas en la propuesta de resolución. Además, alega con carácter genérico que se ha limitado su derecho de defensa por denegar la prueba testifical propuesta (testimonio del Director de Operaciones y PV Empresas de la compañía), ya que podría haber aportado documentación adicional sobre la misma.

Sobre la proposición de prueba, tal y como ya se explicó en el acuerdo de denegación, Telefónica ni motivaba su pertinencia ni la relevancia o conexión de la prueba que proponía con los hechos que pretende acreditar o el valor adicional que podría aportar el testimonio (de parte) del citado Director sobre la documentación ya incorporada en el procedimiento. Asimismo, se le indicaba que esta denegación no obstaba para que la interesada pudiera continuar ejerciendo su derecho a proponer otros medios de prueba de entre los admisibles en Derecho, así como a aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase oportunos.

Después de dicho acuerdo, Telefónica, durante toda la instrucción del expediente ha tenido ocasión de realizar alegaciones y de aportar documentación y datos en las diferentes fases del procedimiento, así como en el trámite de audiencia. Sin embargo solo se ha limitado a contestar los requerimientos de información que se le formulaban, sin aportar alegación adicional o prueba al respecto. Por tanto, no se comparte que se le haya producido limitación alguna de su derecho de defensa.

3. Conclusión

Una vez analizada la conducta infractora llevada a cabo por Telefónica, acreditada a través de los antecedentes y el hecho probado y concretada en el presente fundamento jurídico material, se concluye que Telefónica ha incumplido la Resolución de 22 de enero de 2009, en concreto, la obligación de no discriminación impuesta a través de esta Resolución, para los servicios de acceso compartido y desagregado así como de acceso a servicios de banda ancha basados en fibra óptica.

⁴⁴ Actualmente recogidas en la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Este incumplimiento se ha cometido por Telefónica como consecuencia de haber priorizado en plazos medios: (i) la provisión de sus servicios minoristas sobre fibra en detrimento del servicio mayorista NEBA fibra, durante los meses de abril a noviembre de 2015, así como (ii) la resolución de las averías de sus servicios minoristas (tanto de banda ancha cobre, FTTH y STB), frente a las averías de los servicios mayoristas equivalentes de acceso compartido sin STB, NEBA fibra y acceso desagregado, durante los meses de abril a agosto de 2015.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁴⁵, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una 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).

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.”* En efecto, en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

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, mientras que 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.

⁴⁵ Por todas, STS de 22 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo no. 174/2002).

1. Alegaciones de Telefónica sobre culpabilidad

Telefónica alega en su escrito, de 1 de junio de 2016, que en su conducta no se aprecia el elemento subjetivo de la culpabilidad por los siguientes motivos:

- Cumple con las ofertas de referencia y publica los datos de calidad exigidos.
- Nos encontramos ante una situación excepcional de fuerza mayor, prevista en las ofertas mayoristas, en la que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1105 del Código Civil y por la doctrina jurisprudencial: imprevisibilidad, excepcionalidad y circunstancias ajenas a Telefónica.
- Ha provisionado y mantenido los servicios en cumplimiento de sus obligaciones regulatorias, sin denegación alguna.
- Se ha informado puntualmente a los operadores, priorizando sus solicitudes más críticas, intentando mantener la gestión de los servicios, tomando en cuenta la antigüedad de las peticiones y flexibilizando las mismas a requerimiento de los operadores.
- No concurre intención deliberada de incumplir, ya que los desajustes en plazos de provisión y mantenimiento comenzaron con el inicio de la huelga.

Y en sus escritos de alegaciones de 21 de noviembre de 2016 y de 23 de febrero de 2017, Telefónica insiste en la ausencia de culpabilidad en su conducta sobre los siguientes motivos:

- La priorización en la gestión de las averías respecto de nuevos clientes se ha realizado respetando la voluntad de los operadores.
- Telefónica siempre ha mantenido la voluntad de subsanar la situación de degradación de tiempo provocada por la huelga de EECC dando cumplimiento a las obligaciones impuestas en unas circunstancias excepcionales.
- Telefónica insiste en que la huelga se produjo por personal ajeno a su responsabilidad.
- La situación excepcional generada por la huelga de EECC de Telefónica, le exime del elemento intelectual y volitivo que exige la culpa a título de dolo.

1.1 Sobre la situación excepcional de fuerza mayor

Sobre la situación excepcional de fuerza mayor a la que alude Telefónica con motivo de la huelga, cabe señalar que la cuestión sobre si, con carácter general, las huelgas han de ser consideradas como una causa de fuerza mayor, al convertirse en una situación definida por el aforismo jurídico “ad impossibilia nemo tenetur” (nadie está obligado a realizar lo imposible), ha sido tratada tanto por el Tribunal Supremo (TS) como por los Tribunales Superiores de Justicia⁴⁶, existiendo reiterada jurisprudencia al respecto, de la cual se extrae que no siempre la concurrencia de una huelga permite considerar que ésta sea una causa de fuerza mayor. Únicamente lo podrán ser aquellas huelgas que escapen de la esfera de control e influencia del deudor.

Las sentencias del TS citadas reconocen que: (i) “(...) ni la huelga, en principio y salvo casos excepcionales, constituye ciertamente, aún en supuestos de ilegalidad, un caso de fuerza mayor, al constituir un evento con el que todo contratista o empresario ha de contar, por constituir un hecho nada insólito en la dinámica social, (...)” y que (ii) “(...) al respecto conviene recordar que esta Sala, en Sentencia de 7 de mayo de 1995 (RJ 1995/2357) define la fuerza mayor como un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que a la vez sea imprevisible, y que para la Sentencia de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995/4139), la fuerza mayor, es un concepto jurídico indeterminado que comprende (...), sino a cualquier otra [causa] que dimane de un hecho externo ajeno a la esfera de actividad del empresario”.

En el periodo de información previa a este procedimiento sancionador, la CNMC requirió a Telefónica que informara sobre los niveles de subcontratación que tenía acordados con cada entidad colaboradora y si éstos eran diferentes según se tratara de tareas relacionadas con servicios basados en fibra óptica o cobre y minorista o mayorista. En su escrito de 23 de septiembre de 2015, Telefónica contestó que en los contratos no se limitaba el porcentaje de actuación a subcontratar por las entidades colaboradoras. Sin embargo, en la cláusula del contrato que adjuntaba en su escrito, aunque se observa que, efectivamente, la subcontratación no se limita, ésta ha de estar previamente autorizada por Telefónica.

En el citado escrito, Telefónica no aportó la información sobre los niveles de subcontratación autorizados. Por ello, se le volvió a requerir dicha información, instándole a recabarla en su caso de las propias EECC, pero en su escrito de 22 de octubre de 2015 esta operadora siguió sin aportar

⁴⁶ Ver, entre otras, SSTs de 3 de junio de 1985, 7 de marzo de 1995 (recurso de casación 2482/1992), 3 de marzo de 1998 (recurso de apelación 7023/1992) y 14 de marzo de 2001 (recurso de casación 545/1996).

los niveles de contratación autorizados a sus EECC. A cambio remitió la información facilitada por las diez (10) EECC que tiene contratadas **[CONFIDENCIAL]** para la prestación de servicios minoristas, mayoristas o ambos tipos de servicios, sobre el listado completo de empresas y autónomos subcontratados por cada una de éstas (entre 77 y 611).

Por tanto, a la vista de los datos expuestos y de los criterios fijados por la Jurisprudencia, no se dispone de pruebas suficientes en este expediente que permitan concluir que Telefónica fuera totalmente ajena a los motivos alegados por los técnicos instaladores para convocar la huelga, o que no hubiera tenido ninguna capacidad de influencia para evitar tal suceso.

Además, de lo que no cabe ninguna duda es de que es responsabilidad de Telefónica controlar la subcontratación que hagan sus contratistas para la prestación de servicios mayoristas, siendo por regla general responsabilidad de un empresario principal la actividad que lleven a cabo tanto sus propios trabajadores como los subcontratados para la ejecución de una prestación, tal y como señalan, entre otras, las SSTS de 25 de octubre de 2005 (RC 8014/2002) y de 8 de febrero de 2016 (RC 2907/2013).

Por último, cabe señalar que es cierto que la OBA y la Oferta NEBA prevén que haya situaciones de fuerza mayor. Sin embargo, también estas ofertas establecen que ha de ser la CNMC quien reconozca a Telefónica, previa su solicitud, si una determinada situación podría ser considerada con tal carácter, dada la imposibilidad de prestar sus servicios en condiciones reguladas, a los efectos de eximirla del pago de penalizaciones que puedan reclamarle el resto de operadores por no cumplir con los niveles de calidad (ver cláusulas 3 y 8 del contrato tipo de la OBA y cláusula 11.5 del contrato tipo de la Oferta NEBA).

Pues bien, cabe señalar que aunque Telefónica informó a la CNMC de manera informal de la existencia de la huelga y de sus intentos de desbloquearla, a esta Comisión no le consta que dicha operadora solicitara formalmente que se considerara la huelga como una causa de fuerza mayor, en el ámbito de sus obligaciones regulatorias. Sin embargo, en línea con lo manifestado por Telefónica para exculpar su conducta, esta operadora decidió unilateralmente considerar la situación de huelga de instaladores con tal naturaleza⁴⁷.

⁴⁷ Según lo manifestado y acreditado por Orange en su escrito de 7 de agosto de 2015, a través de diversos correos intercambiados entre técnicos de Orange y Telefónica, al menos entre el 14 y el 21 de abril de 2015 Telefónica le denegó solicitudes de provisión y mantenimiento de servicios NEBA fibra y Naked en la CCAA de Madrid por motivos de fuerza mayor.

En todo caso, el hecho de considerar la huelga como una causa de fuerza mayor podría ser considerada como una eximente de responsabilidad o una atenuante si se estuviera sancionado por no cumplir con los niveles de calidad de prestación de los servicios. Sin embargo, lo que aquí se está enjuiciando es la conducta discriminatoria por parte de Telefónica durante el período de huelga y pasados unos meses desde su finalización, es decir, obviando el incumplimiento de los niveles de calidad de prestación de servicios por parte de Telefónica con motivo de la huelga.

1.2 Sobre la priorización de las solicitudes minoristas

Resulta evidente que la huelga afectó el cumplimiento de los niveles de calidad de prestación de los servicios.

No obstante, dicha afectación debería haber sido similar tanto para los servicios minoristas como mayoristas y entre los servicios basados en cobre y fibra, ya que, según alegaciones de Telefónica, los sabotajes afectaron a elementos de red externos de la planta de abonado, fundamentalmente de cobre -aunque también afectó a los servicios basados en fibra-, y el porcentaje medio de personal en huelga, que trabajaba para servicios de cobre, fibra o indistintamente para ambos tipos de tecnologías, de conformidad con los datos aportados por la referida operadora en su escrito de 23 de septiembre de 2015, fue muy similar (entre un 16% y 19%). A este respecto, lo que se desprende claramente de la instrucción es que ha habido una diferencia de tratamiento de las solicitudes minoristas y mayoristas atendidas por las mismas subcontratas, que no se justifica en la referida situación de la huelga.

Además, cabe tener en cuenta que, no solo durante el tiempo que duró la huelga sino una vez pasada ésta, se ha demostrado que Telefónica continuó priorizando el suministro de sus servicios minoristas, incluso ya iniciado el expediente de información previa al presente procedimiento sancionador (notificado a Telefónica el 6 de julio de 2015), como consecuencia de la denuncia comunicada a este organismo por parte de Vodafone. Dicha priorización se ve en especial en la provisión del servicio mayorista NEBA fibra que, como ya se ha señalado en el Hecho probado único, los operadores están utilizando para proporcionar servicios basados en FTTH y continuar compitiendo en el mercado de banda ancha, en el que el operador declarado dominante es Telefónica.

1.3 Sobre la diligencia en la información facilitada a los operadores

Por lo que respecta a la información proporcionada a los operadores sobre el estado de la huelga y sus efectos para la correcta prestación de los servicios, los operadores Vodafone, Orange y Jazztel, durante el periodo de diligencias previas destacaron, a diferencia de lo que alega Telefónica en este procedimiento, la falta de información reportada por esta operadora

sobre la situación provocada por la huelga de sus contratistas de modo proactivo, ni al comienzo, ni durante, ni a la finalización de la misma.

En concreto, Vodafone manifestó, en su escrito de 31 de julio de 2015, que Telefónica no había actuado con la transparencia y diligencia necesarias, ya que en ningún momento le había informado de manera preventiva y anticipada, y si alguna vez había dado alguna información lo había hecho previo su requerimiento sobre las actuaciones adoptadas durante la huelga.

Jazztel, por su parte, alegó que tan solo a través de un correo electrónico, de 25 de junio de 2015, Telefónica envió una actualización sobre el estado de la huelga y sus intenciones de priorizar la reparación de averías y la provisión de servicios.

En este mismo sentido, Orange apuntó que, tras el envío a Telefónica de dos cartas de fechas 17 de abril y 28 de mayo de 2015, en las que le comunicó la existencia de una situación insostenible e incierta, debido a la falta de información, así como la necesidad de que aplicara a los operadores el mismo plan de choque que Telefónica anunció en prensa para sus clientes, Orange recibió contestación sobre la primera de las cartas.

A través de una carta, de 27 de mayo de 2015, Telefónica le informó de la existencia de una causa de fuerza mayor que le exoneraba de responsabilidad -tal y como ha argumentado en el seno de este procedimiento-, aunque también le comunicó que los sindicatos estaban llegando a un acuerdo para poner fin al conflicto, lo cual ya estaba teniendo un efecto positivo en la resolución de averías. Telefónica también le indicó que en dos semanas esperaba tener normalizada la situación en provisión, a pesar de que el conflicto seguía activo en Madrid, Barcelona, Guipúzcoa, La Coruña y en algunas otras provincias.

El 25 de junio de 2015 Telefónica le envió a Orange, al igual que a Jazztel, un correo electrónico en el que le *“anunciaba el fin de la huelga y su intención de priorizar la gestión de las averías”*. En este sentido, Orange alegó que a partir del 19 de junio se había visto una leve mejoría en la bolsa de averías y se había reducido también, pero en menor manera, la bolsa de solicitudes de provisión pendientes.

De las copias de los correos aportados tanto por Telefónica como por el resto de operadores⁴⁸, se comprueba que fueron los operadores y no

⁴⁸ Vodafone: cartas de 27 de abril, 19 de mayo -Telefónica solo respondió a la segunda carta el 27 de mayo de 2015- y 8 de junio de 2015 y correos electrónicos de 26 de marzo, 1, 8 y 10 de abril de 2015; BT: correos electrónicos de fechas 30 de marzo y 7 de abril de 2015; Orange: carta que envió a Telefónica el 17 de abril de 2015 y que Telefónica contestó un mes más tarde, el 27 de mayo de 2015, a raíz de que Orange le envió otra carta el 20 de mayo de 2015

Telefónica quienes tomaron la iniciativa de ponerse en contacto con ésta, mediante personal de diferentes niveles organizativos, para obtener información sobre los servicios impactados y las medidas de contingencia previstas, a la vista de los retrasos acumulados en la provisión de los servicios y el conocimiento de la convocatoria de la huelga de técnicos instaladores a Telefónica. Es más, como se ha visto en los casos de Vodafone y Orange, Telefónica solo procedió a contestar a sus cartas tras su insistencia en la petición de información.

Asimismo, de la información aportada por todos los operadores se desprende que Telefónica comenzó a ser más proactiva a partir de que la huelga se desconvocó definitivamente el 22 de junio de 2015, comunicándoles información sobre sus planes de prestación de los servicios y manteniendo reuniones con ellos.

A los efectos del presente procedimiento, se tienen en cuenta los contactos producidos a nivel operativo y a partir de mediados de abril de 2015, entre los técnicos de Telefónica y los del resto de los operadores, para la gestión de las incidencias a priorizar según el retraso acumulado y el tipo de cliente, tal y como se deduce de las copias de los correos aportados por todos los operadores en el expediente IFP/DTSA/982/15. No obstante, a la vista de la documentación presentada, se confirma que estos contactos se produjeron, con carácter general, a iniciativa de los operadores alternativos, tal y como éstos alegaron.

En definitiva, se concluye que Telefónica, ante la citada situación excepcional, no proporcionó a los operadores “*motu proprio*” información periódica y suficiente sobre las circunstancias que estaban limitando la provisión de los servicios solicitados, las incidencias que los sabotajes estaban provocando sobre las líneas de los clientes de éstos⁴⁹, su planificación general para resolverlas y las medidas adoptadas para ello (plan de contingencia). Esta información era esencial para que los operadores pudieran planificar sus solicitudes de provisión y proporcionar una atención adecuada a sus clientes, ante los significativos retrasos en la provisión de servicios o en la resolución de la incidencias que estaban sufriendo en sus líneas, tal y como sí pudo hacer Telefónica.

2. Conclusión

En consecuencia, en virtud de todo lo expuesto tanto en el Hecho probado como en este Fundamento jurídico material, se desprende:

ante la no respuesta de Telefónica a la primera carta enviada; Jazztel: correo de 16 de abril de 2015.

⁴⁹ A tales efectos ver el siguiente enlace: <http://www.stcvodafone.es/vodafone-y-orange-urgente-telefonica-a-solventar-los-efectos-de-la-huelga-de-instaladores/>

(i) una diferencia considerable entre los plazos de provisión y mantenimiento mayoristas y minoristas durante y con posterioridad al periodo de huelga, que se alargó incluso durante el periodo de investigación previa al presente procedimiento –para los servicios y con el detalle anteriormente analizados, y;

(ii) una clara falta de diligencia mostrada por Telefónica a la hora de informar a los operadores sobre las medidas que estaba adoptando para paliar los problemas derivados a sus clientes por los efectos de la huelga de sus técnicos-instaladores (plan de contingencia), a diferencia de las medidas adoptadas de cara a sus clientes minoristas (plan de choque anunciado en prensa), a pesar de las diversas comunicaciones enviadas por dichos operadores.

Por todo ello, se concluye que Telefónica, dada la eventualidad ocasionada por la huelga de sus técnicos-instaladores, decidió voluntariamente priorizar la entrega y mantenimiento de sus servicios minoristas a costa de retrasar en mayor medida -e incluso denegar en un primer momento algunas peticiones de Orange- la entrega y mantenimiento de los servicios mayoristas de acceso desagregado y compartido sin STB al bucle de abonado y NEBA fibra, siendo plenamente consciente de que estaba llevando a cabo una actuación discriminatoria que suponía un incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 22 de enero de 2009.

En definitiva, a la luz de los actos de instrucción llevados a cabo, se concluye que la conducta tipificada como infracción es imputable a Telefónica, al concurrir el elemento de culpabilidad a título de dolo. Por consiguiente, se concluye que existe un incumplimiento por parte de esta operadora de la Resolución de 22 de enero de 2009.

QUINTO.- Criterios de graduación de la sanción

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel de 2014 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 80 de la LGTel de 2014 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 daño causado y su reparación.*
- d) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.

2. Para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus posibles 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”.*

Con la correcta aplicación de los anteriores criterios se cumple con el principio de proporcionalidad, que prevé el artículo 131 de la LRJPAC, exigible a la potestad sancionadora, conforme lo expresa nuestro Tribunal Supremo cuando señala que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; recurso de casación 4007/1995). Entiende el alto tribunal que se cumple este principio cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción (...), habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de los citados 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 la necesaria disuasión que debe guiar el ejercicio de esta potestad⁵⁰.

Si bien en el Fundamento de Derecho relativo a la culpabilidad se concluyó que Telefónica había incurrido en el tipo infractor a título de dolo y que en la propuesta de resolución notificada a Telefónica por el órgano instructor no se propuso graduar la sanción aplicando el criterio de la intencionalidad, una vez analizado el expediente y, especialmente, el Hecho Probado Único y los Fundamentos de Derecho relativos a la tipicidad y culpabilidad, esta Sala ha

⁵⁰ Véase a este respecto el Fundamento Tercero de la STS de 8 de octubre de 2001 (recurso de casación núm. 60/1995).

observado una intencionalidad especialmente intensa o voluntad deliberada con entidad suficiente por parte de Telefónica que justifica la agravación de la sanción propuesta. En efecto, se considera acreditado un plus de intencionalidad por parte de Telefónica de priorizar la provisión de sus servicios minoristas y la resolución de las averías relacionadas con sus servicios minoristas en detrimento de los servicios mayoristas que está obligada a prestar al objeto de romper la equivalencia de acceso necesaria para garantizar una competencia efectiva en condiciones de igualdad que predica la Recomendación sobre la obligación de no discriminación, por los motivos que se exponen a continuación:

- a) Telefónica aprovechó intencionadamente la afectación generalizada provocada por la huelga para realizar prácticas discriminatorias consistentes en tramitar para sí misma las solicitudes de provisión de servicios minoristas y resolución de averías para este tipo de servicios en tiempos sensiblemente inferiores a los empleados para tramitar sus equivalentes mayoristas de provisión del servicio mayorista NEBA fibra y de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA fibra, acceso desagregado y acceso compartido sin STB al bucle de abonado. Una vez finalizada la huelga, en junio de 2015, las incidencias internas abiertas –respecto de sus servicios minoristas- a causa de los sabotajes producidos durante la huelga, se encontraban cerradas prácticamente en su totalidad y, sin embargo, un elevado número de solicitudes de provisión de servicios mayoristas y de resolución de averías cursadas durante los meses de la huelga continuaban en estado de pendientes, situación que se extendió hasta noviembre y agosto de 2015. Es decir, las prácticas discriminatorias realizadas por Telefónica se extendieron más allá del periodo durante el cual se produjo la huelga y sobre la que justificó la afectación en la prestación de los servicios mayoristas. A pesar de que Telefónica tenía pleno conocimiento de su obligación de no discriminación y de que contaba con los medios técnicos suficientes, no actuó con la misma diligencia para resolver las incidencias producidas respecto de las solicitudes de provisión y resolución de averías a los operadores alternativos que para resolver las incidencias producidas respecto de sus servicios minoristas equivalentes.
- b) En segundo lugar, si bien la obligación de no discriminación exige que se apliquen condiciones equivalentes en circunstancias semejantes, esta obligación también comprende que se deben proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones. Ha quedado acreditado que Telefónica no aportó información suficiente a los operadores alternativos sobre las circunstancias que estaban limitando la provisión de los servicios solicitados, las incidencias que los sabotajes estaban provocando sobre las líneas de los clientes de éstos, su planificación general para resolverlas y las medidas adoptadas para ello (plan de contingencia). Esta información era esencial para que los operadores pudieran planificar sus solicitudes de provisión y proporcionar

una atención adecuada a sus clientes. Únicamente aportó información a los operadores alternativos una vez que esta información le había sido requerida por éstos de forma reiterada. Además, esta falta de información contrasta con la información proporcionada por Telefónica respecto de sus propios clientes minoristas (plan de choque anunciado en prensa). En definitiva, a pesar de que Telefónica contaba con los medios para poder informar en los términos previstos, incumplió deliberadamente con su obligación.

- c) En tercer lugar, teniendo en cuenta que la obligación de no discriminación tiene una relevancia fundamental en mercados donde el operador con PSM tiene presencia tanto a nivel mayorista como minorista, tal y como sucede en los mercados 4 y 5 definidos y analizados en la Resolución de 22 de enero de 2009, el servicio mayorista más impactado por la conducta discriminatoria de Telefónica ha sido el servicio NEBA fibra. Este servicio mayorista regulado es precisamente sobre el que varios operadores alternativos están centrando sus inversiones para ofrecer servicios minoristas de fibra óptica (en sustitución de otros servicios minoristas de acceso basados en tecnología xDSL o de cobre) y poder así continuar operando en condiciones de competencia efectiva en el mercado minorista de acceso a banda ancha basado en fibra. Las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por Telefónica en la prestación del mencionado servicio no solo tienen una especial afectación negativa en la imagen de sus competidores, sino que también son susceptibles de afectar a la competencia efectiva en el mercado y la consecución de objetivos que fija la Agenda Digital⁵¹ para Europa.

Por todo lo anterior, esta Sala considera proporcionado y necesario apreciar la existencia de intencionalidad como criterio para graduar la sanción.

- **Alegaciones de Telefónica sobre graduación de la sanción**

En su escrito de alegaciones, Telefónica señala, por una parte, que el elemento subjetivo de la intencionalidad ya se tuvo en consideración como elemento integrante de la infracción por lo que carece de fundamento que se vuelva a tomar en consideración como causa agravante de la sanción y, por otra parte, que el efecto de la huelga no ha provocado un deterioro competitivo al resto de operadores con entidad como para lesionar la existencia de una competencia efectiva en el mercado durante el año 2015; manteniéndose la dinámica competitiva como en los meses anteriores a la huelga y en ningún caso reforzándose la posición de Telefónica en términos de cuota de mercado.

⁵¹ En cumplimiento además de los objetivos que fija la. Dos de los principales objetivos de la Agenda Digital para Europa son: (i) que en 2020 todos los ciudadanos accedan a velocidades de descarga de al menos 30 Mbps y (ii) que el 50% de los hogares tengan velocidades superiores a 100Mbps. Para más información, véase:

<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/our-goals/pillar-iv-fast-and-ultra-fast-internet-access>

En efecto, tal y como alega Telefónica, la intencionalidad como elemento subjetivo de la infracción ya se tuvo en cuenta en el Fundamento de Derecho relativo a la culpabilidad. No obstante, debe recordarse que al analizar el expediente esta Sala ha observado un dolo especialmente intenso por parte de Telefónica en priorizar sus servicios minoristas sobre los servicios mayoristas equivalentes que justifica la agravación de la sanción.

En relación con el deterioro competitivo ocasionado por la huelga, la operadora alega que durante el año 2015 el mercado de banda ancha ha continuado siendo dinámico, y los operadores han continuado creciendo en conexiones, tanto de fibra como de cobre, tal y como se muestra en los datos recogidos en CNMC Data⁵². Telefónica cita como ejemplo a Orange, en cuanto mayor demandante de servicios mayoristas, que tras la compra de Jazztel ha presentado sus resultados del año 2015, incidiendo en el buen comportamiento de Orange. Por todo ello, Telefónica concluye que *“los operadores no se han debilitado o ralentizado en su evolución comercial o financiera y Telefónica no ha salido reforzada ni durante ni después de la huelga”*.

A este respecto, cabe indicar que es cierto que los operadores no han perdido fuerza competitiva en 2015 y han continuado creciendo en cuanto al volumen de líneas de banda ancha contratadas, especialmente, en líneas FTTH. Sin embargo, Telefónica parece obviar que operadores como Vodafone y Orange no solo dependen de los servicios mayoristas de acceso a su red para prestar servicios de banda ancha a los usuarios finales, sino que, al igual que esta operadora, los operadores alternativos están acometiendo un esfuerzo inversor para desplegar sus propias redes NGA⁵³ (fibra o HFC –cable-) de acceso a los abonados, y beneficiándose de las fusiones que en 2014 y 2015 han llevado a cabo con ONO (anterior Cableuropa, S.A.U.)⁵⁴ y Jazztel⁵⁵, respectivamente. Esto es, los resultados de los operadores alternativos no se pueden atribuir exclusivamente al funcionamiento de los servicios mayoristas regulados.

Así se puso de manifiesto en la Resolución de la CNMC, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprobó la tercera revisión de los mercados de banda ancha (actuales mercados 3a, 3b y 4): *“Conviene destacar asimismo que los operadores que actualmente están prestando sus servicios minoristas de banda ancha a partir del acceso desagregado al bucle han anunciado importantes coberturas de sus propias redes de fibra, acometiendo ya en la actualidad despliegues relevantes de redes NGA. En la siguiente tabla se*

⁵² Telefónica aporta una tabla donde se reflejan las variaciones trimestrales de líneas de banda ancha de los operadores Orange, Vodafone y la propia Telefónica, hasta octubre de 2015.

⁵³ Next Generation Access

⁵⁴ La citada operación fue autorizada mediante Decisión de la Comisión Europea de 2 de julio de 2014, asunto M. 7231, Vodafone/Ono.

⁵⁵ La citada operación fue autorizada mediante Decisión de la Comisión Europea de 19 de mayo de 2015, asunto M. 7421, Orange/Jazztel.

muestra la cobertura actual, a junio de 2015, y la cobertura prevista en 2017 de acuerdo a los planes anunciados públicamente por los operadores.

Tabla 1: Cobertura en red NGA por operador alcanzada (junio 2015) y prevista (2017)

Operador	Unidades inmobiliarias pasadas (millones)	Cobertura	Unidades inmobiliarias pasadas previstas (millones)	Cobertura prevista
Telefónica	12,5	48%	20	77%
Vodafone-ONO	8,6	33%	11	42%
Orange-Jazztel	5	19%	10	38%
Operadores de cable regionales	2,5	10%	2,5	10%

Fuente: CNMC. Informes trimestrales.

Además, de los citados informes trimestrales elaborados por esta Comisión y publicados en CNMC Data, en concreto, sobre las líneas de banda ancha fija por tecnología y operador, también se colige que Telefónica no resultó afectada por los efectos de la huelga de instaladores, ya que continuó creciendo en número de líneas minoristas de banda ancha sobre fibra óptica, incluso en mayor medida que el resto de operadores en su conjunto, durante los meses de abril a julio de 2015⁵⁶.

3. BANDA ANCHA FIJA MINORISTA - b) Datos por operador

14. Líneas de banda ancha fija por tecnología y por operador

	Feb-2015	Mar-2015	Abr-2015	May-2015	Jun-2015	Jul-2015	Ago-2015	Sep-2015	Oct-2015	Nov-2015	Dic-2015
DSL	8.787.508	8.667.365	8.554.576	8.450.722	8.352.431	8.250.275	8.158.403	8.056.158	7.915.320	7.776.277	7.644.354
Movistar	4.299.360	4.228.715	4.155.573	4.064.655	3.997.667	3.928.867	3.869.303	3.809.477	3.735.405	3.656.848	3.588.792
Otros	4.488.148	4.438.650	4.399.003	4.386.067	4.354.764	4.321.408	4.289.100	4.246.681	4.179.915	4.119.429	4.055.562
HFC	2.199.355	2.228.964	2.259.205	2.290.499	2.305.820	2.304.674	2.307.476	2.344.983	2.381.254	2.402.080	2.420.099
FTTH	1.806.851	1.933.336	2.007.156	2.095.666	2.201.896	2.317.653	2.425.247	2.580.059	2.769.614	2.948.105	3.113.580
Movistar	1.477.579	1.559.286	1.596.243	1.648.227	1.719.402	1.796.355	1.861.083	1.949.273	2.043.842	2.135.588	2.221.315
Otros	329.272	374.050	410.913	447.439	482.494	521.298	564.164	630.786	725.772	812.517	892.265
Total	12.793.714	12.829.665	12.820.937	12.836.887	12.860.147	12.872.602	12.891.126	12.981.200	13.066.188	13.126.462	13.178.033

A partir de enero de 2014, la serie de banda ancha fija con tecnología DSL de otros operadores distintos de Movistar se obtiene a partir de los datos aportados por los principales

⁵⁶ Como se desprende de la tabla, durante esos meses Telefónica estuvo creciendo en términos de líneas FTTH al siguiente ritmo: 51.984, entre abril y mayo, 71.175, entre mayo y junio y, 76.953, entre junio y julio, mientras que el ritmo de crecimiento del resto de operadores en su conjunto en este tipo de líneas fue de 36.526, entre abril y mayo, 35.055, entre mayo y junio y, 38.804, entre junio y julio.

Cuestión distinta ocurre con la evolución de las líneas de banda ancha xDSL en la que, si bien todos los operadores del mercado han disminuido su volumen, como consecuencia de la migración de accesos desagregados a FTTH que el mercado en general está llevando a cabo, dicha disminución fue mayor para Telefónica, lo que explicaría los datos sobre las variaciones trimestrales a las que alude esta operadora.

En fin, se concluye que no se ha apreciado una incidencia clara o medible de la conducta infractora examinada en la evolución de los operadores alternativos (como tampoco se ha acreditado una incidencia clara de la huelga en los resultados de Telefónica). Sin embargo, ha de ponerse de manifiesto la relevancia del cumplimiento de la regulación ex ante, que precisamente trata de evitar ex ante –o anteriormente- que se produzcan conductas que afecten de forma indeseada a la competencia.

Así, se indica que, precisamente por la falta de datos cuantificables sobre los daños a los competidores, no se ha entendido como procedente apreciar la concurrencia del criterio de graduación de la sanción relativo al daño causado al mercado o a los operadores (letra c) del artículo 80.1 de la LGTel), pero dicha circunstancia no elimina la gravedad de la conducta infractora cometida por Telefónica, que afectó a la imagen de los operadores alternativos y les obligó a emplear esfuerzos en la coordinación con Telefónica y de cara a sus clientes, debido al significativo retraso en la provisión y mantenimiento de sus servicios y a la falta de información.

- **Situación económica del infractor**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LGTel, a efectos de fijar la sanción a imponer se ha de tener en cuenta la situación económica de Telefónica.

De acuerdo con los datos aportados por Telefónica, los ingresos obtenidos por esta operadora en el mercado minorista de banda ancha y telefonía fija durante el año 2015 fueron de **[CONFIDENCIAL]**.

Además, por lo que respecta a los ingresos mayoristas obtenidos de los servicios afectados por su conducta infractora (acceso desagregado, compartido sin STB y NEBA fibra), Telefónica ingresó en 2015 **[CONFIDENCIAL]**.

SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción

1. Límite legal

La LGTel de 2014 fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte

también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 79 del citado texto legal:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras 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, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

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

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

El beneficio bruto directo obtenido por Telefónica como consecuencia de la práctica discriminatoria, en términos de plazos de provisión y mantenimiento de averías de los servicios mayoristas de acceso desagregado y compartido sin STB al bucle de abonado y NEBA fibra, durante los periodos determinados en el Hecho probado, es difícilmente cuantificable, ya que su conducta va encaminada principalmente a retrasar la prestación de sus servicios mayoristas, lo que habría afectado a la capacidad competitiva de los operadores alternativos.

Por lo que respecta a los beneficios indirectos, cabría pensar que la prestación de los servicios minoristas de Telefónica en plazos inferiores a los que los operadores alternativos podían prestar sus servicios a los usuarios finales, ha podido conllevarle beneficios indirectos (ej. como consecuencia de los posibles daños provocados en la imagen de los operadores ante sus clientes). Sin embargo éstos no son cuantificables.

En consecuencia, al no poderse determinar los beneficios brutos obtenidos por la comisión de la infracción, de conformidad con el 79.1.a) de la LGTel de 2014, se debe concluir que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 20 millones de euros.

3. Determinación de la sanción

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- La conducta infractora de Telefónica se ha cometido a título de dolo. Concorre en el infractor un plus de intencionalidad en la comisión de la conducta infractora.
- No ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por Telefónica de la comisión de la infracción cometida. Por tanto, la cifra de 20 millones de euros fijada por el artículo 79.1.a) de la LGTel, es la que ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- En cuanto a la situación económica de Telefónica, que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la sanción, se ha determinado que esta operadora obtuvo de ingresos, solo en el mercado minorista de telefonía fija y banda ancha durante el 2015, **[CONFIDENCIAL]**.
- Asimismo, 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.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 79 de la LGTel de 2014, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de tres millones de euros (3.000.000 €) por el incumplimiento de las Resoluciones 22 de enero de 2009, por 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, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Vistos los anteriores antecedentes, hecho probado y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

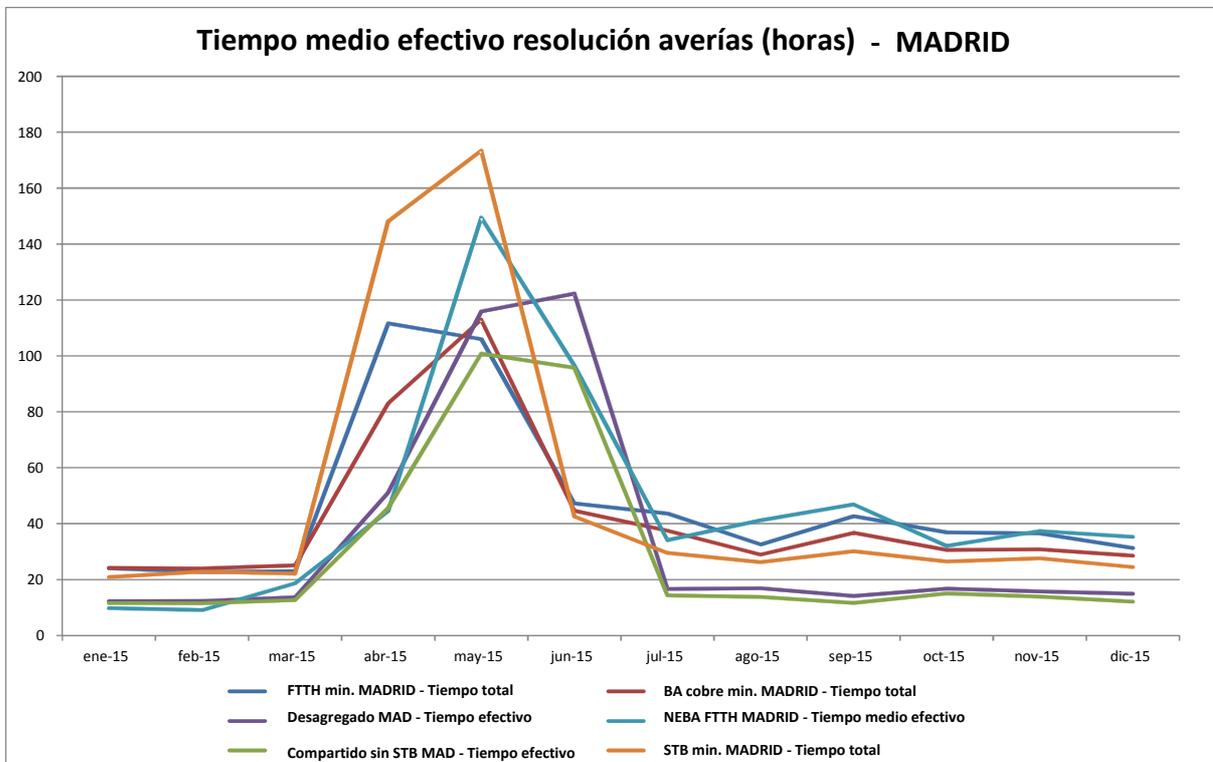
PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso

(físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

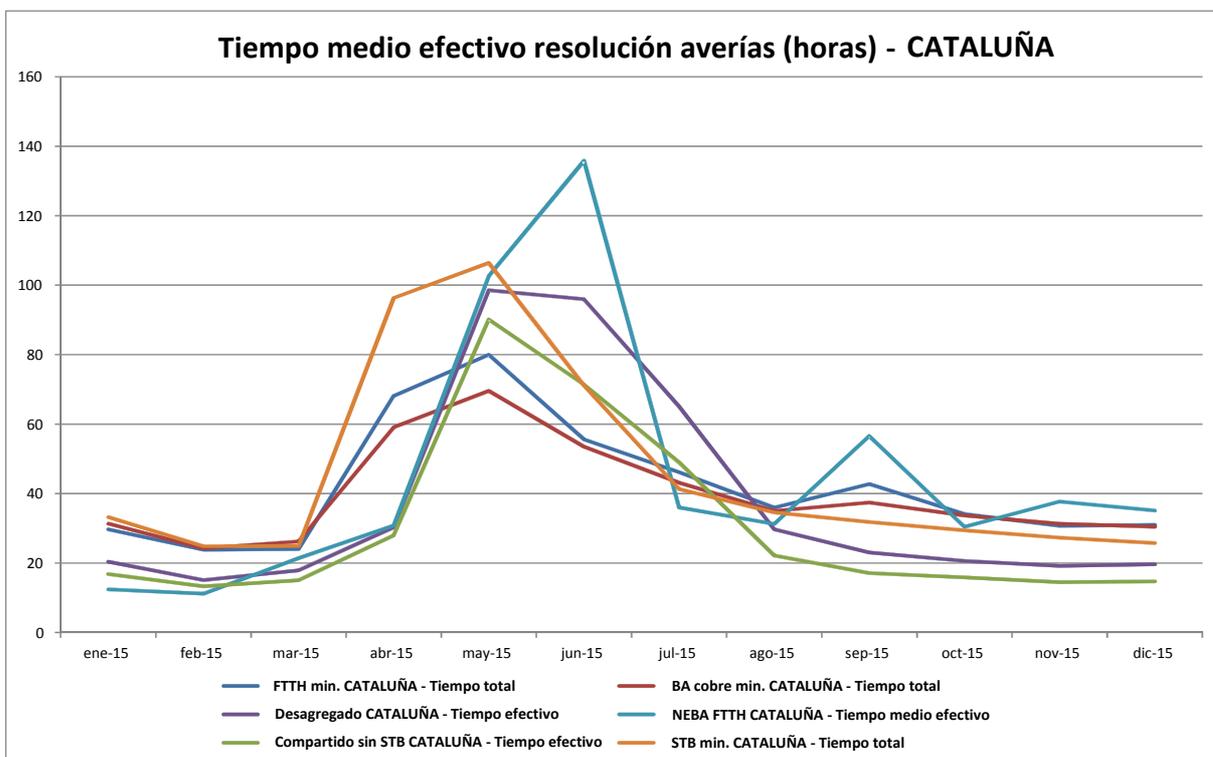
SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de tres millones de euros (3.000.000 €) por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.

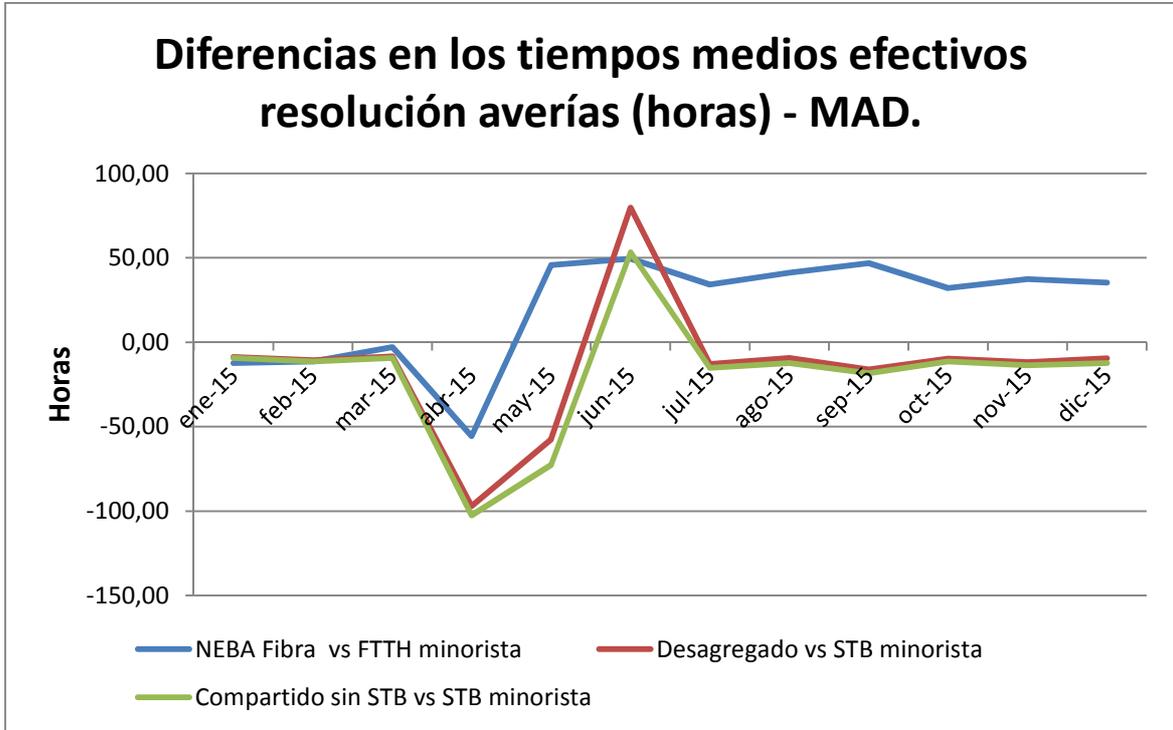
ANEXO: TIEMPOS MEDIOS EFECTIVOS MANTENIMIENTO MAYORISTAS Y MINORISTAS DE MADRID Y CATALUÑA



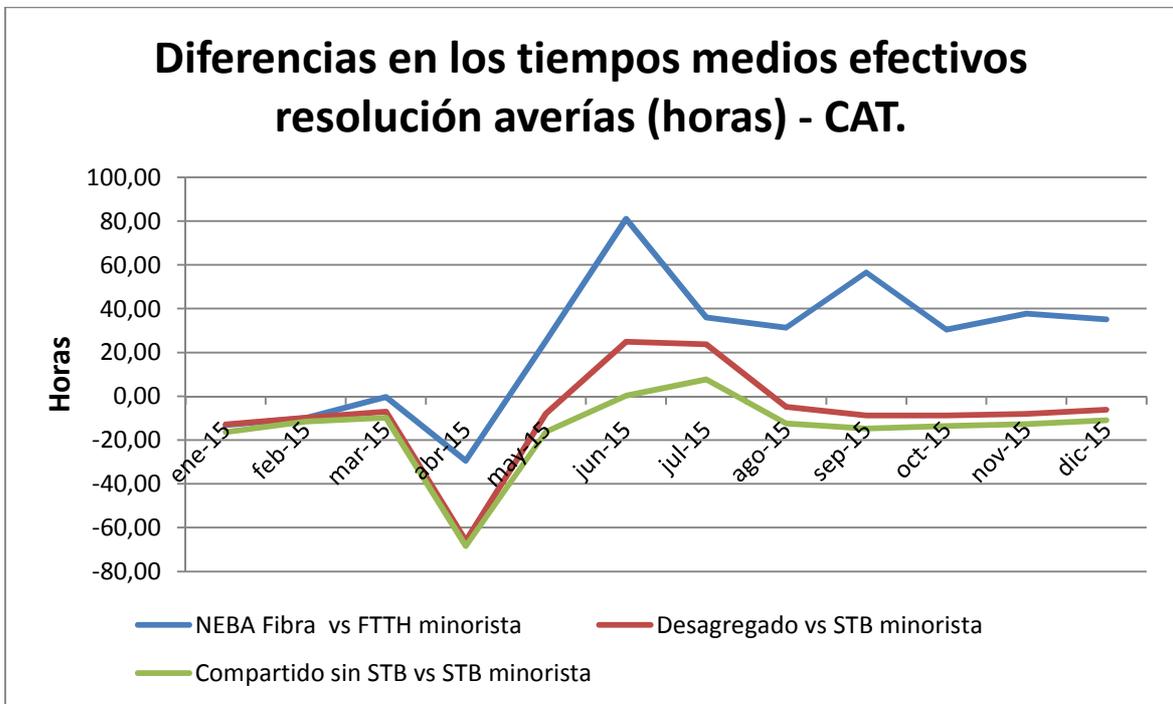
Gráfica 17 Tiempos medios efectivos mantenimiento Madrid



Gráfica 18 Tiempos medios efectivos mantenimiento Cataluña



Gráfica 19. Diferencias en los tiempos medios efectivos de resolución averías Madrid



Gráfica 20. Diferencias en los tiempos medios efectivos de resolución averías Cataluña