



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 44/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2004/1360 INCOADO A TERRA NETWORKS ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE DICIEMBRE DE 2004.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a Terra Networks España, S.A.U. (en adelante, TERRA) por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 14 de diciembre de 2004 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones presentadas por las entidades inculpadas, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 44 /05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de diciembre de 2005, recaída en el expediente RO 2004/1360.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de julio de 2004, por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se aprobó la Resolución sobre la conveniencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas por WANADOO ESPAÑA S.L. con respecto a la promoción de verano del producto “ADSL HOME” lanzada por TERRA de 13 de julio a 13 de agosto de 2004, en el seno del expediente AEM 2004/1264.

En el Resuelve del mencionado Acuerdo se establece lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

***“Primero.** Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo se impide a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”.”*

SEGUNDO.- Por Acuerdo de 14 de diciembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar el expediente sancionador de referencia contra TERRA NETWORKS ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TERRA), como presunta responsable directa de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2004.

La imputación de la mencionada infracción se fundamentó en los siguientes hechos:

“A.- En cuanto a la fecha de la notificación y el momento en el que debe ser cumplida la citada Resolución.

De acuerdo con las afirmaciones de TERRA, dicho operador recibió la Resolución de 28 de julio de 2004 el 2 de agosto de 2004. Sin embargo, y tal como consta en los archivos de esta Comisión, la notificación de dicha Resolución tuvo fecha de registro de entrada en TERRA el 30 de julio de 2004.

En consecuencia, y dado que TERRA no aporta prueba alguna en contrario en cuanto al día de recepción de la Resolución, debe considerarse por tanto el 30 de julio de 2004 como la fecha de notificación a TERRA de dicha Resolución.

Tal y como la propia Resolución señala, el cese de la promoción debía producirse a partir del día siguiente en que se le haya notificado la misma, por lo que debe concluirse que TERRA debía haber cesado en las conductas señaladas en la Resolución el día 31 de julio de 2004.

Y ello, sin que el “malentendido” o errónea interpretación de la Resolución que TERRA alega pueda servir de excusa para el debido cumplimiento de la misma, ya que el tenor de la misma es suficientemente claro de la conducta que se pretende obtener de TERRA. En efecto, mediante dicha resolución se acuerda que:

***Primero.** Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo se impide a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”.

La Resolución de 28 de julio establece, en efecto, con claridad dos obligaciones:

- 1) cautelarmente, el cese de la promoción de ADSL Home vigente en aquel momento, así como en la comercialización del servicio ADSL en las condiciones de dicha promoción (alta y módem gratuitos y tres primeras cuotas mensuales a 27,9€);*
- 2) adicionalmente, se prohibía a TERRA regalar el MODEM y la cuota de alta y fijar la cuota mensual del servicio ADSL Home en 29,9€.*

Por tanto, es a partir del 31 de julio de 2004 cuando TERRA debió llevar a cabo las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas.

B.- Sobre las actuaciones de TERRA en relación con la promoción ADSL Home objeto de la Resolución de 28 de julio de 2004.

TERRA alega en su escrito que en un primer momento, una vez recibida la notificación, no fue hasta el 4 de agosto cuando llevó a cabo la modificación de las tres primeras cuotas mensuales (a 27,9€). Este reconocimiento del propio denunciado constituye un indicio de que:

- al menos entre el 31 de julio y el 4 de agosto, TERRA no estaría dando cumplimiento a la primera de las obligaciones establecidas por la Resolución (cese en la promoción y comercialización de la oferta ADSL Home consistente en alta y módem gratuitos y tres primeras cuotas mensuales a 27,9€);*
- TERRA no habría llevado a cabo, en dicho periodo, ninguna actuación destinada a dar cumplimiento a la segunda obligación establecida en la Resolución (prohibición de regalar el módem y la cuota de alta y fijar la cuota mensual del servicio ADSL Home en 29,9€).*

Asimismo, se ha constatado (impresión de la página web de TERRA aportada por WANADOO) que con fecha 4 de agosto de 2004 TERRA regalaba la cuota de alta y el MODEM y cobraba 29,9€ como cuota mensual.

Por otra parte, y de acuerdo con la información obtenida en este procedimiento, se ha constatado que al menos hasta el 19 de agosto de 2004, TERRA no modificó las condiciones de la promoción ADSL Home que se prohibieron en virtud de la segunda obligación establecida por la Resolución de 28 de julio de 2004, en particular las condiciones por las que se regalaba el alta y el módem y se establecía la cuota mensual en 29,9€.

Ello se deduce de las afirmaciones de la propia denunciada que viene a reconocer que es el 19 de agosto cuando dicho operador tiene los desarrollos informáticos necesarios para poder modificar las condiciones de la promoción ADSL Home y “se publica la nueva promoción vigente desde dicha fecha que no regalaba la cuota de alta”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, debe señalarse que, requerida TERRA a fin de que aportara medios de prueba de la publicación de una nueva promoción ADSL que si cumpliera con lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio, dicho operador sólo aporta en su escrito una captura de pantalla web en la que se advierten las características de la nueva promoción de ADSL Home implementada (en la que no se regala la cuota de alta, aunque sí el módem).

No obstante, y en cuanto a la fecha de captura de dicha pantalla, esta sólo se sustenta en declaraciones de TERRA, quien afirma que dicha pantalla corresponde al 19 de agosto de 2004.

No se aporta, en definitiva, ninguna otra constatación de la publicación por cualquier medio, con posterioridad al 19 de agosto, de una promoción nueva que cumpliera con la citada Resolución.

Asimismo, y según las comprobaciones realizadas por esta Comisión, la publicidad contenida en la web de TERRA sobre el servicio ADSL Home es confusa en cuanto al inicio de la nueva promoción en la que no se regala la cuota de alta. En efecto, en la consulta de dicha web realizada con fecha 28 de septiembre de 2004, aparece en una página (la general de servicios ADSL de TERRA) una nota al final de página que señala que la promoción ADSL Home en la que se regala el módem (pero no la cuota de alta) está vigente “desde el 7 de Septiembre hasta el 28 de septiembre de 2004”, mientras que en la consulta de la página web específica de ADSL Home, se indica en nota que esa misma promoción es “válida desde el 19 de agosto hasta el 28 de septiembre de 2004”.

Finalmente, debe tenerse presente asimismo que, de acuerdo con la información sobre altas remitida por TERRA, se constata en relación con el servicio ADSL Home que a partir de la fecha en que la Resolución de 28 de julio de 2004 debió hacerse efectiva (31 de julio de 2004):

- 1) se han seguido produciendo y tramitando solicitudes para la promoción consistente en alta y módem gratuitos y tres primeras cuotas mensuales a 27,9€ (hasta el 3 de agosto de 2004, incluido), y se han producido nuevas altas en dicha promoción (a lo largo del mes de agosto de 2004); y*
- 2) se han producido y tramitado solicitudes para la promoción consistente en el regalo de la cuota de alta y el módem y la cuota mensual a 29,9€ hasta el 18 de agosto de 2004, inclusive, y se han producido nuevas altas en dicha promoción (a lo largo del mes de agosto de 2004).*

De esta forma, puede concluirse que existen indicios suficientes no sólo de que TERRA no dio debidamente cumplimiento a la Resolución de 28 de julio respecto de las dos promociones señaladas, sino que además una de las promociones que dicha Resolución trató de impedir (alta y módem gratuitos y tres primeras cuotas mensuales a 27,9€), estando inicialmente prevista para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 13 de agosto de 2004, vio prolongada su comercialización durante todo el mes de agosto, al seguir realizando TERRA durante dicho periodo altas de ADSL Home en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dichas condiciones, por lo que el estrechamiento de márgenes para los competidores, al que la Resolución de 28 de julio trató de poner fin, habría seguido produciéndose con posterioridad.

C.- Sobre la dificultad de las medidas a implementar por parte de TERRA.

En su escrito de alegaciones, TERRA pone de manifiesto la supuesta dificultad que para dicho operador suponía implementar en periodo vacacional la Resolución de 28 de julio de 2004, debido principalmente a los mecanismos informáticos y de información que específicamente debían ser implementados a tal fin. En particular, la dificultad estribaba en la creación de un módulo u “objeto” correspondiente o específico para cuotas de altas del servicio ADSL 256Kb.

Según el operador, las actuaciones necesarias para implementar tales desarrollos se iniciaron a partir del 4 de agosto, aunque tales afirmaciones y explicaciones no se acreditan mediante soporte documental alguno (correos internos, correspondencia, etc.).

Alguna de las alegaciones, sin embargo, son irrelevantes de cara a la argumentación que pretende sostener TERRA, como ocurre en el apartado en el que describe la estructura de la oferta mayorista de ADSL, en el que no se entiende bien su trascendencia o como puede determinar el sistema informático de gestión de altas y clientes de TERRA.

Con independencia de que las dificultades alegadas por TERRA para la implantación de los desarrollos informáticos necesarios para poder dar cumplimiento a la Resolución de 28 de julio de 2004 pudieran o no verificarse, lo que si se ha constatado en el presente procedimiento son las siguientes actuaciones de TERRA:

- 1) publicidad realizada en Internet acerca de las condiciones de promoción de ADSL Home, que no fueron cambiadas, según TERRA, hasta que el procedimiento de imputación de los desarrollos informáticos fue concluido por completo, cuando podía al menos haber retirado puntualmente de la web dicha publicidad de forma que no se siguieran produciendo nuevas solicitudes de ADSL Home en las condiciones de las promociones cuyo cese ordenaba la citada Resolución;*
- 2) comercialización, por los distintos canales, y realización de altas e instalaciones del servicio ADSL Home en las condiciones que fueron prohibidas por la Resolución de 28 de julio, con posterioridad a ella.*

Dichas actuaciones se reconocen por el propio denunciado, al afirmar éste que las distintas modificaciones que eran necesarias para poder eliminar la gratuidad de la cuota de alta de ADSL Home, entre las que se incluyen las “modificaciones en la información canal online” o “en los argumentarios de actuación de soporte y de venta para todos los canales, preferentemente CAC, informando de los nuevos precios”, no se materializaron hasta que los distintos procedimientos internos fueron culminados el día 19 de agosto (paginas 16 y 17 del escrito de TERRA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. Conclusiones.

Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el periodo de información previa, antes señaladas, se desprende que hay elementos de juicio suficientes para estimar que concurren las circunstancias que justifican la iniciación de un procedimiento sancionador contra el operador TERRA por el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2004.”

TERCERO.- Por escrito de 14 de diciembre de 2004, el inicio del expediente sancionador fue notificado al Instructor del procedimiento.

Asimismo, el acuerdo de inicio fue notificado a TERRA y a Wanadoo España, S.L. (en adelante, Wanadoo) mediante escritos de fecha 14 de diciembre de 2004.

Mediante escrito de 12 de enero de 2005 que fue notificado al Instructor del procedimiento y a las entidades TERRA y Wanadoo, el Secretario de la CMT emitió Certificación de corrección de error material.

CUARTO.- Con fecha 14 de febrero de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por el representante legal de TERRA, en uso del trámite de un mes para alegaciones que confiere a los interesados el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, puesto en relación con el artículo 58 de la LGTel que previamente había sido ampliado por otros 15 días más mediante acuerdo de 25 de enero de 2005 adoptado y notificado a TERRA por el Instructor del procedimiento.

En el escrito presentado, TERRA realiza las siguientes alegaciones:

Primera.- TERRA alega el inexistente incumplimiento atribuido a TERRA por la CMT.

TERRA manifiesta que, contrariamente a lo que sostiene la CMT en su Resolución de 14 de diciembre de 2004, ha actuado con todo rigor, celeridad y diligencia para el exacto cumplimiento de la Resolución de 28 de julio de 2004 y que, además, siempre ha tenido ánimo y voluntad inequívoca de cumplir, tal y como ya expresó en el periodo de información previa del que trae causa este procedimiento.

Segunda.- TERRA alega que no hubo razón suficiente para adoptar la apertura de un procedimiento sancionador y, por el contrario, sí hay elementos suficientes para que la CMT acuerde su archivo, teniendo en cuenta los antecedentes de los que da cuenta la CMT en su Resolución de 14 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diciembre y las consideraciones sobre las que sustenta la iniciación de un procedimiento sancionador contra TERRA. En concreto, TERRA manifiesta lo siguiente:

a) Sobre el escrito de denuncia de Wanadoo

TERRA indica que son múltiples los escritos de denuncia de Wanadoo y, en concreto, mediante escrito de 5 de agosto de 2004, esta entidad denuncia que TERRA mantiene en el mercado una promoción ADSL HOME (cuota de alta gratis, cuota mensual de 29,9 €, kit autoinstalable ADSL USB gratis o en promoción, si se trata de inalámbrico).

TERRA señala que la Resolución de 28 de julio de 2004 imponía, como obligación de no hacer en sede cautelar, el cese de la promoción cuya vigencia era del 13 de julio al 13 de agosto de 2004 del producto ADSL HOME.

b) Sobre el trámite de información previa

Dentro del trámite de información previa TERRA indica que ya ha demostrado cómo cumplió lo establecido en la Resolución de 28 de julio de 2005. En concreto, cumplió con la Resolución tan pronto como le fue notificada puesto que:

- (i) TERRA, entendiendo que ésa era la obligación de no hacer que imponía la citada Resolución, abandonó la promoción vigente (como lo acredita la captación de pantalla de 4 de agosto aportada por Wanadoo) y lo informó por teléfono a la CMT y
- (ii) En la conversación telefónica mantenida con el personal de la CMT, éste le aclara a TERRA que la Resolución de 28 de julio incluye una segunda obligación de no hacer - obligación que para el personal de TERRA que recibió la explicación resultaba ser una nueva obligación que no había sido entendida a la vista del tenor literal de la Resolución - y TERRA procedió inmediatamente a dar las instrucciones oportunas conocedora de que su exacto cumplimiento era más complejo técnicamente.

La disparidad interpretativa es objetivamente razonable por cuanto la medida cautelar de 28 de julio fue adoptada inaudita parte y notificada el mismo día que el escrito de inicio del procedimiento. Además, se exige una lectura muy atenta y experta para llegar a la conclusión de que el objeto del procedimiento y la adopción de las medidas cautelares se extendía a ofertas no vigentes o no basadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en ellas, máxime tomando en consideración que TERRA no tenía otras ofertas distintas de la habitual desde el 10 de octubre de 2001.

- (iii) En los requerimientos practicados por la CMT, Wanadoo no ha presentado documentación adicional acreditativa del incumplimiento y, sin embargo, TERRA ha sustentado la imposibilidad material de implementar en un plazo de tiempo inferior al realmente empleado (debido a los sistemas de información que permitían desglosar la cuota de alta), y ha aportado información sobre la nueva promoción ADSL con fecha 19 de agosto de 2004 y sobre las altas.

Tercera.- TERRA invoca diversas razones para solicitar el archivo del expediente.

- a) TERRA ya ha aportado pruebas suficientes para acreditar que TERRA no pretendía incumplir la Resolución de la CMT sino que adoptó todas las medidas a su alcance (medios humanos y técnicos) en esos momentos para implementar las medidas necesarias para hacer efectivas las obligaciones de no hacer impuestas en la Resolución de 28 de julio de 2004.
- b) Notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004 el 30 de julio recepcionada por personal de seguridad de TERRA ya que la notificación se hizo fuera de la jornada laboral (8:00 a 15:00 horas). Esta recepción exige que la notificación debe surtir el mismo efecto que si se hubiera producido el sábado 31 de julio por la mañana o el domingo 1 de agosto. Por razones de interés público es recomendable que la Administración aplique un especial cuidado en el cumplimiento de los trámites formales verificando que la notificación haya devenido eficaz y efectiva, no sólo formalmente practicada. En este caso no lo ha llevado a cabo y la CMT no ha desplegado todos los medios a su alcance para facilitar el cumplimiento efectivo por parte de TERRA.

No puede exigirse plena eficacia y validez a una notificación hasta tanto su alcance y contenido sea advertido y comprendido por su totalidad. En el momento de la notificación de la Resolución de referencia no había en las dependencias de TERRA ningún empleado que conociese su contenido y alcance.

El artículo 57 de la LRJPAC plantea como causas de demora de la eficacia de los actos administrativos que éstos queden supeditados a su notificación, como es el presente caso por afectar a derechos de TERRA que son susceptibles de producir efectos perjudiciales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dudas interpretativas también surgen respecto del cómputo en días que recoge la Resolución como plazo de su cumplimiento por parte de TERRA.

c) Actuaciones de TERRA y cumplimiento con carácter inmediato de la Resolución.

- Respecto del ADSL Home, no es cierto que durante un mes TERRA estuviera incumpliendo la obligación de no comercializar esta oferta. A la vista de la impresión de 4 de agosto de 2004, TERRA ofrecía únicamente su oferta habitual desde inicio de octubre de 2001. La CMT reconoce que en las comprobaciones de 28 de septiembre de 2004 se observa que TERRA no regala la cuota de alta.
- Respecto de la prohibición de ofrecer cuota de alta gratis y regalo de módem, así como comercializar el producto a 29,9 €, TERRA: (i) el 2 de agosto de 2004 suspendió la publicación de la oferta correspondiente, (ii) los días 2 y 3 de agosto de 2004, la Dirección de Acceso y Desarrollo de TERRA dio las instrucciones concretas para proceder de inmediato a dar cumplimiento a lo ordenado por la CMT, (iii) en 13 días se puso en funcionamiento una nueva promoción que cumpliera las exigencias de la CMT. Se aportan Actas de Reunión de personal de TERRA y copia de correos electrónicos internos intercambiados entre el personal de TERRA.

d) Faltan los requisitos esenciales de la infracción administrativa (antijuridicidad y culpabilidad). Debe exonerarse a TERRA por imposibilidad de cumplimiento.

- Antijuridicidad: TERRA concluye que efectuando una comparativa con valoraciones judiciales respecto de incumplimientos contractuales civiles, sólo podría concurrir un elemento de juicio bastante para la apertura de un expediente sancionador si hubiera habido algún hecho obstativo de TERRA impeditivo o que tendiera a impedir de modo significativo su cumplimiento o cualquier indicio de una voluntad rebelde al cumplimiento. A su juicio, la duda razonable interpretativa sobre el verdadero alcance de la Resolución de 28 de julio de 2004 vacía este procedimiento del elemento antijurídico, resultando, por tanto, improcedente cualquier sanción.

- Culpabilidad: Según TERRA, todas las pruebas aportadas tienden a mostrar un propósito firme de cumplir y de realizar en lo posible todas las actuaciones que puedan asegurar el cumplimiento de la Resolución de 28 de julio y construir una nueva oferta comercial sustitutiva de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

retirada que cumpliera con lo dispuesto por la CMT. De la documentación no se aprecia ni siquiera una simple negligencia de TERRA.

- Exoneración por imposibilidad de cumplimiento: Todos los documentos aportados permiten configurar una situación de real imposibilidad de cumplimiento de las medidas cautelares antes del 2 de agosto de 2004 (fecha en la que se dejó sin efecto la promoción ADSL HOME) y del 18 de agosto de 2004 (fecha en que fue efectiva la nueva promoción).

No es proporcionado que la notificación de la medida cautelar se produzca el último fin de semana de julio porque dificultará su cumplimiento ni tampoco que se agrupen dos medidas cautelares distintas en un único apartado dispositivo.

Los competidores de TERRA difícilmente podrían reproducir la eficiencia acreditada por TERRA. Obtener un resultado en un plazo más corto sería objetiva, física y técnicamente imposible, por lo que resulta aplicable la exoneración de responsabilidad del artículo 1184 del Código Civil.

- Ausencia de tipo infractor: TERRA indica que sólo constituiría infracción administrativa si la resolución incumplida hubiera sido dictada en el ejercicio de las funciones de la CMT en materia de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, según TERRA, la obligación impuesta por la Resolución de 28 de julio de 2004 se sitúa fuera del ámbito de la competencia que tiene atribuida la CMT porque se impone una obligación de competencia o regulatoria de fijación de precios en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha. La intervención de la CMT representa una infracción del principio de constitucionalidad de legalidad de la actuación administrativa.

Por todo ello, TERRA solicita que la CMT acuerde el archivo del expediente sancionador, sin responsabilidad para TERRA.

Asimismo, TERRA solicita la práctica de prueba que habrá de versar sobre los documentos aportados por TERRA, otros obrantes en el expediente y otros que puedan ser aportados en el futuro.

Finalmente, TERRA solicita la declaración expresa de confidencialidad de los documentos aportados, al amparo del último párrafo del artículo 9.1 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Mediante escritos de 3 y 4 de noviembre, el Instructor ha solicitado la incorporación al expediente de la Declaración de ingresos brutos correspondientes al ejercicio 2004, así como la documentación obrante en el expediente AEM 2004/1264. Dicha incorporación no tuvo lugar.

SEXTO.- Vistas las actuaciones ya practicadas en el expediente sancionador de referencia, el Instructor rechaza la práctica de los medios de prueba propuestos por improcedentes, por lo que se deniega la apertura en el presente procedimiento de un periodo de prueba mediante Acuerdo denegatorio de fecha 4 de noviembre de 2005. Se intenta notificar a TERRA mediante escrito de 4 de noviembre y finalmente se notifica el día 8 de noviembre de 2005 (documentos núms. 29 y 34).

SÉPTIMO. Con fecha 7 de noviembre de 2005, el Instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (documento núm. 30):

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a Terra Networks España, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en su sesión de 28 de julio de 2004, adoptando medidas cautelares.

SEGUNDO. Que se imponga a Terra Networks España, S.A. una sanción por importe de doscientos sesenta y cuatro mil euros (264.000) Euros.”

Dicha propuesta de resolución se intentó notificar a TERRA el día 7 de noviembre de 2005, siendo rechazada dicha notificación en la recepción de TERRA. El Instructor ha extendido diligencia de rechazo de notificación que ha sido notificada a TERRA el día 8 de noviembre de 2005 (documentos núms. 31, 32 y 33).

OCTAVO. Con fecha 29 de noviembre de 2005, el Instructor del procedimiento sancionador trasladó al Consejo de la CMT una propuesta de ampliación del plazo máximo de Resolución. Con fecha 1 de diciembre de 2005 el Acuerdo de esta Comisión aprueba la ampliación del plazo máximo de resolución del presente expediente sancionador iniciado contra la entidades Terra Networks España, S.A.U. por presunto incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2004. Dicha Resolución fue notificada a TERRA el día 5 de diciembre de 2005. (documentos núms. 35, 36 y 37).

NOVENO. Con fecha 9 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones a la propuesta de resolución mencionada anteriormente presentado por el representante legal de Terra Networks



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

España, S.A.U. (documento núm. 38). En el citado escrito, TERRA somete a consideración las siguientes alegaciones:

Primera.- TERRA cumplió el mandato de la Resolución de 28 de julio de 2004 en todos sus términos y alcance materialmente posibles desde el momento de su notificación eficaz y efectiva.

TERRA se reafirma en su escrito de alegaciones de 14 de febrero de 2005, insistiendo en:

a) cumplimiento de la primera parte del mandato de la medida cautelar

- el 2 de agosto es cuando TERRA está en disposición de toma conciencia de la resolución
- el 2 de agosto se puso de inmediato a implementar el contenido de la resolución, ordenando la suspensión de la publicación de la oferta lo que se llevó a efecto en el mismo día 2 de agosto
- la CMT realiza una lectura incorrecta de los documentos probatorios, entresacando textos parciales y datos incompletos, para artificiosamente concluir que no hay cese de la promoción hasta el 4 de agosto
- aún cuando está obligada a hacerlo, la CMT no toma en consideración la existencia de una reunión celebrada el día 2 de agosto donde se adopta la decisión de retirar inmediatamente la promoción
- los correos electrónicos (i) contemplan únicamente actuaciones tendentes a una adaptación técnica de la medida adoptada que son incompatibles con la vigencia de la promoción, (ii) están englobados en la ejecución de la medida que materializa el cumplimiento y (ii) están siendo escritos cuando la obligación de no hacer está ejecutada
- no existe captura de pantalla ni prueba alguna de que durante el 3 de agosto estuviera vigente la promoción
- el día 4 de agosto no puede considerarse día de incumplimiento
- TERRA realizó un gran esfuerzo para dar diligente cumplimiento a la Resolución que implicó a numerosas áreas de actividad

b) cumplimiento de la segunda parte del mandato de la medida cautelar

- TERRA hizo todo lo humano y técnicamente posible para adaptar las promociones a las nuevas condiciones a futuro de las nuevas ofertas. Desde una perspectiva técnica y del uso eficiente de los recursos humanos de TERRA no cabe objetar falta o carencia alguna a la actuación diligente de TERRA
- La captura de la pantalla de 4 de agosto contiene la oferta habitual que se inició en octubre de 2001, nunca puesta en entredicho ni cuestionada por la CMT



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La prueba aportada por TERRA refleja actuaciones conducentes a la elaboración de una nueva oferta adaptada al segundo de los incisos de la Resolución que no puede traer consigo un incumplimiento de la suspensión de la promoción de 13 de julio a 13 de agosto

Segunda.- TERRA no es responsable de haber cometido una infracción administrativa por cuanto no se reúnen los requisitos del derecho administrativo sancionador: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la multa:

- a) en cuanto a la tipicidad, la jurisprudencia y la doctrina consideran que la tipicidad se compone de dos elementos:
 - (i) objetivo, respecto del cual TERRA niega que las resoluciones de paralización de las ofertas se hayan dictado en el respeto al ejercicio de las funciones que tiene atribuidas la CMT pues invaden las de los órganos de competencia
 - (ii) subjetivo (exigencia en la voluntad del supuesto infractor de un grado variable de intencionalidad en orden a la comisión de la conducta infractora), respecto del cual TERRA alega la falta de dolo (convirtiendo en desproporcionado el importe de la multa propuesto por el Instructor) y que TERRA ha procurado cumplir escrupulosamente las instrucciones de la CMT con la menor dilación posible. La CMT no puede basarse en mera negligencia o actitud imprudente, TERRA hizo cuanto estuvo en sus manos para dar fiel cumplimiento, con la mayor celeridad posible teniendo en cuenta el momento de la notificación, lo confuso de la literalidad de la Resolución y las dificultades de plantilla por el periodo estival. A juicio de TERRA, el tipo subjetivo vendría dado por un comportamiento abiertamente opuesto al cumplimiento de las medidas cautelares y, sin embargo, en este caso, *“Tal y como ha quedado acreditado, lo único que se puede observar en el comportamiento de mi representada es un retraso en el cumplimiento de las medidas cautelares impuestas. [...] El retraso de mi representada, en modo alguno puede calificarse, pues, como negligente; antes al contrario, tal como se colige de los hechos, su comportamiento persiguió, en todo momento, la más absoluta diligencia.”*. En cualquier caso, la CMT no puede aplicar una sanción sobre una conducta culposa por cuanto el artículo 53 de la LGTel no ha contemplado un tipo específico imprudente y sólo ha contemplado su manifestación dolosa. La intención de TERRA fue en todo momento dar cumplimiento a la Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) en cuanto a la antijuridicidad, TERRA reitera argumentos anteriores por no entenderlos rebatidos e insiste en que no existe ningún hecho obstativo o impeditivo de TERRA respecto al cumplimiento ni tampoco ningún indicio de una voluntad rebelde al cumplimiento.
- c) en cuanto a la culpabilidad, a juicio de TERRA, la ausencia de voluntariedad en el incumplimiento impide encontrar la concurrencia de la simple negligencia más estrictamente perseguida, por lo que la propuesta de Resolución se sitúa ya en el ámbito de la responsabilidad objetiva. Este ámbito es inadmisibles en el ordenamiento jurídico español.
- d) en cuanto a la proporcionalidad de la multa,
- TERRA estima que el juicio de razonabilidad que realiza la Instructora es insuficiente pues (i) no se aportan datos ni se razona sobre los perjuicios causados a la competencia, (ii) no se analizan los beneficios obtenidos por la infracción y (iii) no se analizan los beneficios brutos relacionados con la infracción supuestamente cometida
 - Los datos reportados por TERRA se refieren a solicitudes de alta y no a los clientes efectivamente dados de alta ya que existen rechazos por cobertura y problemas técnicos. Los datos reales de clientes dados de alta son [CONFIDENCIAL] clientes en la promoción y [CONFIDENCIAL] en el producto. La cuantía de la valoración de estos clientes de acceso obtenidos por TERRA asciende a [CONFIDENCIAL] Euros, siguiendo la valoración de la adquisición de la entidad Eresmas por Wanadoo; esta cifra es inferior a la sanción propuesta por la CMT.
 - TERRA captó con dicha promoción un 86% menos de la cuota de mercado que le correspondería en el periodo de 30 de julio al 18 de agosto de 2005. por tanto, la repercusión de la oferta en términos de competencia y libre mercado es despreciable o nula.

Tercera.- TERRA se opone a la ampliación del plazo para resolver el procedimiento por ser improcedente.

Según TERRA, no concurren ninguno de los requisitos del artículo 42.6 de la Ley 30/92 puesto que (i) ninguna de las circunstancias del procedimiento sancionador permite hablar de una necesidad excepcional de ampliar el plazo para resolver, (ii) el plazo de un año ya garantiza la suficiencia del respeto a las garantías y trámites procesales, (iii) el acuerdo de ampliación no indica nada acerca de que se hayan intentado agotar previamente todos los medios posibles para no tener que proceder a la ampliación del plazo de resolución, y (iv) el Consejo ya dispone de 5 días para alcanzar una resolución, tiempo más que suficiente dada la labor de estudio notablemente minuciosa realizada por la Instructora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su juicio, no es admisible que el administrado sufra dilaciones arbitrarias cuando la duración del procedimiento ha sido agotada en actuaciones que no le corresponden. Así, para TERRA aplica la regla de caducidad.

Por todo lo anterior, TERRA solicita a la CMT que modifique el contenido de la propuesta de resolución en el sentido de declarar la inexistencia de infracción imputable a TERRA y, eventualmente, si no fuera hecha esta declaración principal y por orden decreciente (i) que declare a TERRA no responsable de la infracción administrativa que se le imputa o que (ii) se reduzca la cuantía de la sanción, por ser manifiestamente desproporcionada.

DÉCIMO. Con fecha 12 de diciembre de 2005, el Instructor del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por Terra Networks España, S.A.U. (documento núm. 39).

II. HECHOS PROBADOS.

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

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

PRIMERO.- Que TERRA no ha cesado en la promoción y comercialización de la promoción “ADSL HOME” a partir del día siguiente en el que se practicó la notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004.

La conducta de TERRA según la cual no ha cesado en la promoción y comercialización de la promoción “ADSL HOME” a partir del día siguiente en el que se practicó la notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004, resulta probada por las siguientes circunstancias:

Por una parte, la notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004 se practicó el día 30 de julio de 2004 en las dependencias de la entidad TERRA según queda acreditado por el sello de recepción y fecha estampado en el oficio de notificación de la Resolución de referencia, por el albarán de la empresa de mensajería (documentos núms. 26 y 25), así como por el reconocimiento expreso de TERRA de que tal notificación se efectuó el día 30 de julio de 2004 (documentos núms. 4, 8 y 22).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, el día 31 de julio de 2004, TERRA debía cesar en la promoción del producto ADSL HOME.

Por otra parte, por manifestaciones vertidas por TERRA y Wanadoo (documentos núms. 1 y 7 y 4, 8 y 22, respectivamente), así como por la prueba documental aportada por TERRA, queda acreditado que hasta el día 4 de agosto de 2004 TERRA no cesó la promoción del producto “ADSL HOME”¹. En concreto, obran en el expediente correos electrónicos remitidos por Belén García (Área de CSP&ISP) a Silvia Fiz y Magdalena Ruiz, a Beatriz Ledesma y a Coordinación Portal y a Roberto Porras Menéndez e Iñigo Leguina remitidos el día 3 de agosto de 2004 a las 11:29, a las 12:40 y a las 15:21 horas, respectivamente (documentos núms. 22.3, 22.3.1, 22.4.1, 22.4.2 y 22.5), correo electrónico remitido por Magdalena Ruiz a Belén García el día 4 de agosto de 2004 a las 9:29 horas (documento núm. 22.6) y correo remitido por Belén García el día 4 de agosto de 2004 a las 9:59 horas (documento núm. 22.7).

En dichos correos los remitentes indican textualmente que:

“[...] Os envío la plantilla correspondiente a la oferta comercial para los paquetes ADSL 14 horas (excepto opción línea): Alta gratis + Dispositivo a PVP habitual. Por favor, si es posible, necesitamos que a partir de mañana 4/08/2004 ya entren las solicitudes con las nuevas promos. [...]” (correo del 3 de agosto de 2004, a las 11:29 horas). Documento 22.3.

“[...] Por motivos urgentes, tenemos que finalizar la promoción de ADSL Home. Por ello, os enviamos documentación con los cambios que hay que realizar. Por favor, si fuera posible, que estuvieran colgados a lo largo del día de hoy.[...]” (correo del 3 de agosto de 2004, a las 12:40 horas, adjuntando los cambios web). Documento 22.4.

“Para que estéis informados:

- *Los cambios en web ya se han colgado. Hay dos erratas en la portada que ya he enviado un mail a Contenidos para que las corrijan lo antes posible.*
- *En sistemas, me ha comentado Silvia que pondrán en producción la nueva oferta comercial mañana a primera hora. Estaré pendiente de actualizar las fechas en GCA. Las solicitudes que pudieran haber entrado hasta el momento del cambio de promos, serán regularizadas por Tecnología. [...]”* (correo del 3 de agosto de 2004, a las 15:21 horas). Documento 22.5.

¹ Promoción según la cual se ofrece al cliente:

ADSL HOME CON USB	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€, 3 primeros meses 27,9€	Kit USB gratis
ADSL HOME CON ROUTER	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€, 3 primeros meses 27,9€	Kit Router 60€
ADSL HOME CON WIFI	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€, 3 primeros meses 27,9€	Kit Wifi 135 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“[...] Ya estan en producción las nuevas promociones, por favor, verifica como siempre vía GCA la parametrización. Solamente había una solicitud del paquete 256DU14N que hemos tenido que actualizar el código a la nueva promoción.[...]”. (correo del 4 de agosto de 2004, a las 9:29 horas). Documento 22.6.

*“[...] Ya se ha puesto en producción la nueva oferta comercial para ADSL Home. Por tanto, a partir de hoy **04/08/2004** la promoción en vigor es la que os detallamos ayer:*

- ADSL Home con USB: Alta gratis + Kit USB gratis*
- ADSL Home con Router: Alta gratis + Kit Router 60€*
- ADSL Home con Wifi: Alta gratis + Kit Wifi 135€*

La cuota mensual desde el primer mes a 29,9€ [...]”. (correo del 4 de agosto 2004, a las 9:59 horas). Documento 22.7.

Asimismo, TERRA ha reconocido que con posterioridad al 30 de julio de 2004 y hasta el 4 de agosto ha gestionado altas de clientes, en concreto, ha gestionado [CONFIDENCIAL] altas de la campaña “Alta gratis más MODEM gratis más 27,9 € de cuota mensual durante los 3 primeros meses” (Documento núm.8).

Por tanto, desde la notificación a TERRA de la Resolución de 28 de julio de 2004 que tuvo lugar el día 30 del mismo mes y año, este operador no cesó en la promoción del producto ADSL HOME hasta el 4 de agosto de 2004, esto es, una vez transcurridos 4 días desde la notificación practicada.

SEGUNDO.- Que hasta el 19 de agosto de 2004 TERRA ha comercializado el producto “ADSL HOME” regalando el módem y la cuota de alta y fijando la cuota mensual en 29,9 €

Esta conducta de TERRA resulta probada por las siguientes circunstancias:

Por manifestaciones vertidas por TERRA y Wanadoo (documentos núms. 1 y 7 y 4, 8 y 22, respectivamente), así como por la prueba documental aportada por TERRA, queda acreditado que hasta las 10:30 horas del día 19 de agosto de 2004, TERRA no paralizó la promoción del producto “ADSL HOME”². En concreto, obran en el expediente los siguientes correos electrónicos:

² Producto según el cual se ofrece al cliente:

ADSL HOME CON USB	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€	Kit USB gratis
ADSL HOME CON ROUTER	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€	Kit Router 60€
ADSL HOME CON WIFI	Alta gratis	Cuota mensual 29,9€	Kit Wifi 135 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Remitente	Destinatarios	Fecha/Hora	Asunto	Doc. Nº.
Iñigo Leguina	Belén García	○ 6-8 / 14:32 ○ 6-8 / 14:37	Nuevas condiciones de la Oferta ADSL Home	22.8.1
Roberto Porras	Luis Ángel Prendes	○ 6-8 / 14:17	Decisión sobre las concretas nuevas condiciones de la Oferta ADSL Home	22.8.2
Pablo Berni	Roberto Porras	○ 9-8 / 10:05	Decisión sobre las concretas nuevas condiciones de la Oferta ADSL Home	22.8.2
Iñigo Leguina	Belén García y Ángel Martínez	○ 9-8 / 11:42	Decisión sobre las concretas nuevas condiciones de la Oferta ADSL Home	22.8.2
Belén García	Silvia Fiz y Magdalena Ruiz	○ 11-8 / 13:56 ○ 11-8 / 14:07	Comunicación de la Plantilla correspondiente a las Nuevas condiciones de la oferta comercial ADSL	22.9 y 22.9.1
Belén García	Ángel Martínez	○ 13-8 / 12:51	Comunicación de los cambios en la Web y pop-up de las condiciones legales de las nuevas condiciones de la oferta comercial ADSL	22.10, 22.10.1 y 22.10.2
Ángel Martínez	Marta Alcaniz	○ 18-8 / 14:12	Comunicación de los cambios en la Web y pop-up de las condiciones legales de las nuevas condiciones de la oferta comercial ADSL	22.11, 22.11.1 y 22.11.2
Ángel Martínez	Varios	○ 18-8 / 14:38	Informe de cambios en la promoción de las contrataciones de ADSL HOME	22.12
Ángel Martínez	Varios	○ 19-8 / 10:50	Informe de que a partir de las 10:30 horas del 19 de agosto está <i>on line</i> la nueva oferta de ADSL HOME.	22.13

En dichos correos los remitentes indican textualmente que:

“[...] Como te avanzábamos ayer, la CMT nos obliga a cambiar de nuevo la oferta de ADSL 256 (Home, Bono, Plus, y “a tu medida”) en los canales On line y CAC.

Finalmente, en cumplimiento del requerimiento de la CMT respecto a promociones de ADSL Home vamos a realizar el siguiente cambio:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Subvenciones 5% de la cuota de alta (1,9? Sobre 38,10)
2. Subvenciones 100% del módem. Los gastos de envío seguimos cobrándolos (18?).

Por favor, pide a Tecnología que implementen estas nuevas ofertas, coordina los cambios web en la Zona comercial, y confirma a Carmen cuándo estarán vigentes las nuevas tarifas, para que lo traslade a los operadores.[...].

[...] SOLO se debe cambiar la oferta al ADSL 256 en sus ofertas "Home" y "A tu medida 256 14h". El resto no cambia. [...]. (correos de 6 de agosto de 2004 a las 14:37 y a las 14:37 horas). Documento 22.8.1.

"[...] en cumplimiento del requerimiento de la CMT respecto a promociones de ADSL Home vamos a realizar el siguiente cambio:

.Subvencionamos 5% de la cuota de alta.

.Subvencionamos 100% del módem [...]. Vamos a pasar estas consideraciones a sistemas para implantarlas online y comunicar a CAC y resto de áreas.[...]." (correo de 6 de agosto de 2004 a las 14:17). Documento 22.8.2.

"[...] Lo del 5% de subvención en la cuota de alta no marca diferencia con pagar la cuota de alta y complica la ejecución más que favorecerla. Si es suficiente para la CMT, en ADSL Home, regalamos el módem y cobramos el 100% del alta. [...]." (correo de 9 de agosto de 2004 a las 10:05). Documento 22.8.2.

"Belen, la parametrización de la oferta después de la CMT es la que indica Pablo en el mail que remito. Por favor, comunica los cambios a todos.[...]" (correo de 9 de agosto de 2004 a las 11:42). Documento 22.8.2.

"Os enviamos plantilla correspondiente a la nueva oferta comercial de ADSL 14 horas. Básicamente, la cuota de alta dejará de ser gratis. [...]." (correo de 11 de agosto de 2004 a las 13:56). Documento 22.9.

"Te mando los cambios en web y el pop up de las Condiciones Legales. En los 2 documentos hay que incluir la fecha de inicio de las promociones, tanto en el ppt como en el word [...]." (correo de 13 de agosto de 2004 a las 12:51). Documento 22.10.

"[...] mando los cambios a realizar por una modificación en el site de ADSL, concretamente las promociones de ADSL Home. Estos cambios son provocados por una resolución de CMT, cuanto antes esten mejor (si es posible mañana)." (correo de 18 de agosto de 2004 a las 14:12). Documento 22.11.

"de forma inmediata vamos a sustituir la promoción actual que existe para las contrataciones de ADSL HOME a través de canales directos (WEB, CAC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *En estos momentos la promoción es Alta+MODEM USB Gratis, a partir del 19 de agosto la promoción será únicamente de MODEM USB Gratis, facturando el alta a los clientes que los soliciten a partir de mañana [...] Estos cambios son provocados por motivos jurídicos, ajenos a nuestra compañía.[...].* (correo de 18 de agosto de 2004 a las 14:38). Documento 22.12.

“A partir de las 10:30 de hoy, ya esta online la nueva oferta de ADSL Home, a todas las solicitudes recogidas hasta ahora se les aplicará promoción anterior de alta+MODEM para evitar incidencias posteriores [...]”.(correo de 19 de agosto de 2004 a las 10:50). Documento 22.13.

Asimismo, TERRA ha reconocido que desde el 4 de agosto hasta el 18 de agosto ha gestionado altas de clientes, en concreto, ha gestionado [CONFIDENCIAL] altas de la campaña “Alta gratis más MODEM gratis” (Documento núm.8).

Por tanto, desde la notificación a TERRA de la Resolución de 28 de julio de 2004 que tuvo lugar el día 30 del mismo mes y año, este operador no cesó en comercializar el producto ADSL HOME (con la caracterización prohibida por la CMT) hasta el 19 de agosto de 2004, esto es, una vez transcurridos 20 días desde la notificación practicada.

TERCERO. Que TERRA ha obtenido en el ejercicio de 2004 unos ingresos brutos de explotación anuales de [CONFIDENCIAL] euros.

Tal hecho probado resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por TERRA en el ejercicio de 2004, última presentada en esta Comisión. La declaración de los ingresos brutos correspondiente a la actividad de transmisión de Datos fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de TERRA mediante escrito de 22 de marzo de 2005 (documento núm. 25), que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA RESOLVER EL PRESENTE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El presente procedimiento sancionador se inicia ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

La infracción del artículo 53.r) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento de la parte resolutive de la Resolución de 28 de julio de 2004 de esta Comisión, dictada en el expediente AEM 2004/1264, adoptando medidas cautelares solicitadas por Wanadoo España, S.L. con respecto a la promoción de verano del producto “ADSL HOME “ lanzada por TERRA de 13 de julio a 13 de agosto.

La citada Resolución señalaba en su parte dispositiva lo siguiente:

*“**Primero.** Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo se impide a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”.*”

TERRA alega que el incumplimiento de la indicada Resolución únicamente podría ser constitutivo de tipo infractor si la CMT la hubiera dictado en el ejercicio de las funciones de la CMT en materia de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, ha de subrayarse que la Resolución incumplida sí es una Resolución aprobada por la CMT en el marco los servicios de comunicaciones electrónicas. La LGTel da a la Comisión competencias en relación con servicios de comunicaciones electrónicas y también, transitoriamente en los términos de su DT 8ª, en servicios audiovisuales. La prestación de servicios de transmisión de datos como es el caso de la provisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acceso a Internet a través de líneas ADSL – marco en el que se dicta la Resolución de 28 de julio - queda evidentemente englobada como un servicio de comunicaciones electrónicas, tal y como lo refrenda la definición 28 contenida en el Anexo II Definiciones de la propia LGTel.

Sentado lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC respecto del principio de tipicidad, y al objeto de determinar la tipificación de la actuación de TERRA, es necesario analizar si, de algunas de las actuaciones de dicha entidad que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de la referida Resolución. Esto es, ha de analizarse si los hechos probados constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones.

En la parte dispositiva de la Resolución de 28 de julio de 2004 se imponían a TERRA las dos siguientes obligaciones:

- cesar la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la Resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción.
- no regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual de 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”, a partir del día siguiente en que se le haya notificado la Resolución.

Esto es, se estaba obligando a TERRA, por una parte, a suprimir la promoción que tenía en marcha para el periodo de 13 de julio a 13 de agosto de 2004 y, además, a finalizar la comercialización del producto “ADSL HOME” en el que TERRA estaba regalando el módem y la cuota de alta y había fijado una cuota mensual de 29,9€.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en los HECHOS PROBADOS PRIMERO a SEGUNDO, TERRA ha incumplido la Resolución de 28 de julio de 2004 no habiendo procedido a cesar la promoción del producto “ADSL HOME” ni habiendo sustituido la configuración del propio producto “ADSL HOME” al día siguiente de que se le hubiera notificado la citada Resolución, esto es, el 31 de julio.

Por una parte, ha quedado acreditado que el día 30 de julio de 2004 TERRA recibió válidamente la notificación de la Resolución de 29 de julio de 2004 de adopción de medidas cautelares.

En concreto, así lo acreditan el reconocimiento expreso de TERRA de la recepción de la notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004, la copia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del oficio de notificación con el sello de TERRA y fecha de recepción y el albarán de la empresa de mensajería correspondiente a la citada entrega.

La notificación practicada el día 30 de julio de 2004 tiene plena validez y surte todos los efectos descritos en la propia parte dispositiva de la Resolución de 28 de julio. En efecto, contrariamente a lo que sostiene TERRA, esta notificación no está carente de virtualidad y, a partir de su fecha, ya comienza a correr el plazo para que TERRA cumpla con lo prescrito en la propia Resolución notificada. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la notificación se hubiera practicado un viernes por la tarde (entre las 16 y 17 horas) del mes de julio. En efecto, el día en el que se practicó la notificación es día hábil para la Administración y el administrado ha de ajustarse a ello. En modo alguno resulta admisible sostener lo contrario puesto que ello llevaría a dejar carentes de eficacia a todas las notificaciones practicadas en dependencias del notificado en hora y/o día que el propio interesado considerase inhábil en cada momento.

Asimismo, aún cuando en las dependencias de TERRA no permaneciera ningún empleado que pudiera estar al corriente de la existencia del procedimiento abierto ante la CMT, tampoco deviene la notificación practicada en ese momento en carente de eficacia por cuanto la misma ha sido efectuada a persona autorizada para ello, en las dependencias de TERRA que ha comunicado a la CMT. Así pues, no es requisito imprescindible que la notificación sea recibida por el Administrador de la sociedad, tal y como establece la Jurisprudencia en el caso de notificaciones a personas jurídicas.

Por otra parte, ha quedado acreditado que:

- TERRA ha continuado con la promoción del producto “ADSL HOME” en la página Web de la entidad hasta al menos a las 00:00 horas del día 4 de agosto de 2004, siendo a las 10:00 horas del mismo día cuando se comunica al CAC el cese de la referida promoción.

Y ello es así porque: (i) así lo reconoce TERRA en su escrito de alegaciones y (ii) en los correos electrónicos intercambiados por el personal de TERRA se confirma que hasta el día 4 de agosto de 2004 no está disponible la nueva oferta sustitutiva de la promoción “ADSL HOME” en la página Web de la entidad.

- TERRA ha continuado ofertando el producto “ADSL HOME” hasta el día 19 de agosto de 2004 a las 10:30 horas en la página Web de la entidad.

Y ello es así porque: (i) así lo reconoce TERRA en su escrito de alegaciones, (ii) en la impresión de la página Web del día 4 de agosto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2004 aportada por Wanadoo se observa la permanencia de la oferta del producto "ADSL HOME" y (iii) en los correos electrónicos intercambiados por el personal de TERRA se confirma que el día 19 de agosto de 2004 está disponible la nueva oferta sustitutiva del producto "ADSL HOME" en la página Web de la entidad.

Tales conductas de TERRA implican un incumplimiento de lo señalado en la parte dispositiva de la Resolución de 28 de julio de 2004, que obligaba a TERRA a cesar en la promoción del producto "ADSL HOME" y a no regalar el módem y la cuota de alta y a fijar la cuota mensual en 29,9€, todo ello en el día siguiente de que le fuera notificada tal Resolución de la CMT.

En atención a todo lo anterior, cabe concluir que TERRA con tal incumplimiento ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones consistente en el incumplimiento del Resuelve de la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2004, al no haber procedido a cesar en tiempo la promoción del producto "ADSL HOME" ni a modificar la configuración del producto "ADSL HOME".

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe señalarse que, contrariamente a lo que sostiene TERRA, del tenor literal de la Resolución de 28 de julio de 2004 y su lectura necesariamente se concluye que la parte dispositiva de la mencionada Resolución es clara e inequívoca, no resultando así necesario que la misma sea interpretada por ningún tercero para que TERRA pueda llevar a comprender las obligaciones y conductas que ésta le exige.

En efecto, el Acuerdo de la CMT de 28 de julio contiene un resuelve fácilmente comprensible, y muy especialmente para TERRA, quien, en el momento de dictarse la citada Resolución era perfectamente conocedora de la problemática que acometía la CMT respecto a las promociones "ADSL Home". Así, en concreto, ha de recordarse que la Resolución de 28 de julio de 2004 no era la primera ocasión en la que la CMT debía pronunciarse sobre los posibles prácticas contrarias a la competencia y, en concreto, sobre posibles pinzamientos de márgenes en los que podían incurrir distintas promociones del producto "ADSL Home". A título meramente enunciativo, baste señalar los siguientes procedimientos abiertos/resueltos al respecto en el momento de notificarse la Resolución de 28 de julio:

<i>Procedimiento</i>	<i>Producto</i>	<i>Resolución</i>
OM 2003/709	"ADSL HOME" (presuntas prácticas contrarias a la competencia de Telefónica en la comercialización del servicio	Resolución definitiva: 4 de diciembre de 2003



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	mayorista soporte del producto de TERRA).	
AEM 2003/1632	Promoción Navidad ADSL Home	Resolución definitiva: 24 de junio de 2004 Recurso de reposición: 2 de diciembre de 2004
AEM 2004/1024	ADSL Home Verano 2004 I	Adopción de medidas cautelares: 8 de julio de 2004 Recurso de reposición: 28 de octubre de 2004 Resolución definitiva: 11 de noviembre de 2004
MTZ 2004/609	Mecanismo para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica.	Resolución: 15 de julio de 2004
AEM 2004/314	ADSL Home Marzo'04 (11 de febrero a 15 marzo)	Resolución: 22 de julio de 2004

TERCERO. CULPABILIDAD DE TERRA EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.

Culpabilidad en la comisión de la infracción.

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

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

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

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. En este sentido, se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

Este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado a cabo TERRA y que se ha calificado como constitutiva de infracción muy grave:

Tal y como TERRA alega, no puede hablarse de una voluntariedad -en el sentido de dolo- de este operador de incumplir la Resolución de 28 de julio de 2004.

En efecto, los correos electrónicos aportados por este operador revelan el objetivo de dar cumplimiento a la Resolución infringida. Ahora bien, como antes se ha indicado, la culpabilidad en la comisión de una infracción es imputable al infractor no sólo a título de dolo sino también a título de negligencia. A este respecto, lo cierto es que es un hecho reconocido por el propio imputado que transcurrieron tres semanas desde la notificación de la Resolución el 30 de julio hasta su cumplimiento el 19 de agosto. El actuar que debería tener un operador diligente en el mercado de las comunicaciones electrónicas permite esperar que Resoluciones como la infringida sean cumplidas en un lapso cualitativamente inferior.

Con la adopción de la Resolución de 28 de julio, se trataba de cesar en la oferta comercial de la promoción y del producto ADSL HOME. Objetivamente esto puede ser realizado mediante una simple orden que se curse desde los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

departamentos centrales del operador hasta los departamentos encargados de la comercialización del producto. En todo caso, hay que indicar que en ningún momento TERRA ha justificado porqué necesitaba emplear todo el tiempo que efectivamente empleó para llevar a cabo la retirada de la oferta.

TERRA no podía vincular el cumplimiento de la Resolución al hecho de configurar los elementos de una nueva oferta. El hecho de que le convenga disponer una nueva oferta sustitutiva de la que se le prohíbe no puede ser una causa en la que justifique la falta de retirada de la oferta prohibida y exima a TERRA de la responsabilidad infractora.

De hecho, de los hechos probados resulta claramente que desde el momento en el que se dio orden de la retirada de la oferta, ésta pudo ejecutarse en menos de 24 horas.

A modo de conclusión, objetivamente se puede reprochar a TERRA el hecho de no haber dado mayor celeridad al cumplimiento de la Resolución.

Y ello así resulta, más aún cuando la medida que se adoptó era importante para garantizar las condiciones de competencia en el mercado, evitando la concurrencia de productos que conllevaran pinzamiento de márgenes. El cumplimiento oportuno de la misma era particularmente importante como revelaba el hecho de que resultó necesaria la adopción de las medidas inaudita parte, de lo que razonablemente se deriva la urgencia en su cumplimiento.

Abundando en ello, se ha comprobado durante la instrucción del presente procedimiento sancionador que TERRA en todo momento quiere hacer lo que hace y es consciente de que está incumpliendo la Resolución de 28 de julio, en tanto no procede a retirar la promoción y el producto ADSL HOME con las características reseñadas en la propia Resolución.

En definitiva, del relato de los hechos probados resulta la imputabilidad de la autoría de la infracción a TERRA pues ha quedado acreditada su culpa, aún a título de negligencia, de no haber cesado en la promoción y el producto ADSL HOME, en los términos señalados por la Resolución incumplida.

Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad de TERRA.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

CUARTO. CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES DE TERRA EN SU ESCRITO DE 7 DE DICIEMBRE DE 2005.

Son tres las alegaciones que presenta TERRA con fecha 9 de diciembre de 2005, respecto de las cuales debe indicarse lo siguiente:

1.- Sobre el alegado cumplimiento de TERRA del mandato que recoge la Resolución de 28 de julio de 2004.

Por una parte, en esta alegación TERRA indica que la suspensión de la publicación de la oferta se llevó a efecto el mismo día 2 de agosto y que es el Instructor quien realiza una lectura sesgada de la documentación aportada a esta Comisión.

Sin embargo, resulta sorprendente tal afirmación de TERRA por cuanto la misma contradice absolutamente (i) lo que la propia entidad indica en su escrito de 14 de febrero de 2005 reconociendo que la implementación de la decisión adoptada en reunión del 2 de agosto se lleva a cabo el día 4 de agosto a las 00:00 horas³, (ii) el contenido de los correos electrónicos intercambiados⁴ que

³ Entre otros párrafos, baste reproducir los siguientes “En esta línea de actuación, al día siguiente (3 de agosto de 2004), Belén García (responsable competente del Área de Acceso)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forman parte de la prueba documental aportada en el procedimiento y (iii) lo que indica TERRA más adelante en su propio escrito de alegaciones de 9 de diciembre de 2005⁵.

En definitiva, tomas de decisiones de retirada de la comercialización por sí solas no suponen un cumplimiento del mandato que exige la Resolución de 28 de julio. Así, evidentemente sólo puede entenderse que TERRA cumple el primer inciso de la cautelar adoptada el día 28 de julio cuando ya no resulta accesible al público la promoción del producto ADSL Home. En este sentido es patente que TERRA no ha cesado en la promoción del producto ADSL al menos hasta las 00:00 horas del día 4 de agosto de 2004.

Por otra parte, TERRA indica que hizo todo lo humana y técnicamente posible para adaptar las nuevas ofertas.

Al respecto ha de señalarse que tal circunstancia, que no ha sido probada por la alegante, no desvirtúa el relato de los hechos que han sido probados en este procedimiento.

Asimismo, contrariamente a lo que sostiene ahora TERRA, resulta evidente que el segundo mandato de la cautelar de 28 de julio de 2004 impide a TERRA mantener la configuración del producto ADSL que tenía vigente en aquel momento.

En efecto, la captura de pantalla del 4 de agosto de 2004 de la página web de TERRA que ha aportado Wanadoo, así como la documentación relativa a los correos electrónicos intercambiados por el personal de TERRA evidencian de forma indubitada que hasta el día 19 de agosto de 2004 TERRA mantuvo la comercialización del producto ADSL Home con la configuración prohibida por la Resolución de 28 de julio de 2004⁶.

en cumplimiento de las instrucciones recibidas, transmitió a los empleados destinados a efectuarlos, los pasos a seguir para dar cumplimiento fiel a dichas instrucciones, recibidas del Jefe del Departamento de Acceso...”; “TERRA nada puede hacer para evitar que se “cuele” algún alta, pues aunque se han dado todas las órdenes, los ordenadores centrales sólo reconocerán el cambio desde las 00:00 horas del día 4 en adelante.”

⁴ De los mismos se desprende una secuencia de actuaciones que no dejan lugar a duda alguna de que, con independencia de cuando hubiera producido la decisión, sin embargo la implementación de los cambios en la configuración del producto ADSL Home no ha tenido lugar antes de las 00:00 horas del día 4 de agosto de 2004. Asimismo, se constata que es el día 4 de agosto de 2004 a las 9:59 horas cuando se informa a todo el Centro de Atención al Cliente sobre la puesta en marcha de la nueva configuración del producto ADSL Home.

⁵ Baste transcribir el siguiente texto del escrito de alegaciones “*Tal y como ha quedado acreditado, lo único que se puede observar en el comportamiento de mi representada es un retraso en el cumplimiento de las medidas cautelares impuestas.*”

⁶ Regalar el módem y la cuota de alta y fijar la cuota mensual en 29,9 €.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, TERRA continuó comercializando el producto ADSL Home con la configuración prohibida hasta el 19 de agosto de 2004, fecha en la que modificó las características de este producto en la página web de la entidad iniciando la comercialización del producto con las nuevas condiciones⁷.

2.- Sobre la no concurrencia de los requisitos exigibles por la legislación sancionadora.

En concreto, TERRA alega que no concurren la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la multa.

En primer lugar, señala TERRA que la CMT no puede basarse en mera negligencia o actitud imprudente ya que únicamente el tipo subjetivo de la tipicidad vendría dado por una comportamiento opuesto al cumplimiento de la medida cautelar.

Ante todo, respecto del alcance que tiene el principio de tipicidad, debe significarse que la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, diferenciando el principio de tipicidad del de legalidad, han venido determinando el alcance que tiene el primero de estos principios. En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo han visto en *“el principio de legalidad una doble garantía: una de orden material y alcance absoluto que refleja la importancia de la seguridad jurídica en dichos campos limitativos de derechos y que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos («lex previa») que permitan predecir con suficiente grado de certeza («lex certa») aquellas conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; otra, de carácter formal, relativa a la exigencia de que exista una norma del suficiente rango que se identifica con el rango legal (por todas, STC 61/1990, de 29 de marzo [RTC 1990\61]). Si bien puede considerarse que, aunque relacionadas, se trata de dos garantías diferenciables, identificadas, en su concepción clásica, como principio de legalidad, en el sentido de «reserva de ley», y principio de tipicidad. Así, en Sentencias de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9640) y de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990\853), el Tribunal Supremo indicó que aunque los conceptos de legalidad y de tipicidad tengan su apoyo en el artículo 25 de la Constitución Española no se identifican sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero.”* [entre otras, STS 20-12-1999, RJ 1999\9630]

En concreto, necesariamente ha de sostenerse que la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, y que la tipicidad requiere únicamente la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio

⁷ Regalar el módem, fijar la cuota de alta de 38,10 € y la cuota mensual en 29,9 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una «lex previa», la de una «lex certa».

Es reiterada la jurisprudencia que indica que *“la función de garantía que está llamada a desempeñar el «tipo» de infracción se cumple, en términos generales, cuando la previsión normativa permite una predicción razonable del ilícito y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la conducta que la norma considera como ilícita; esto es, puede considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”* (entre otras, STS 5 de diciembre de 1990, RJ 1990\9910).

Por todo ello, en el presente caso, partiendo de la expresada doctrina y jurisprudencia, ha de considerarse que la infracción imputada por la CMT a TERRA resulta finalmente descrita y sancionada en los términos que se ha señalado con anterioridad en la presente Resolución. Así, el no cese en la promoción del producto ADSL MODEM a partir de la notificación de la Resolución de 28 de julio de 2004 así como el hecho de que TERRA haya comercializado a partir de dicha fecha el producto ADSL Home regalando el módem y la cuota de alta y fijando la cuota mensual de 29,9 €, constituyen un incumplimiento de lo prescrito por la CMT en la Resolución de 28 de julio. Ello en sí mismo ya supone una infracción prevista en el artículo 53.r) de la LGTel.

En definitiva, el tipo subjetivo que propugna TERRA como exigencia en la tipificación no tiene amparo alguno ni legal ni jurisprudencialmente. Además, en el presente caso, con la mera lectura del artículo 53.r) de la LGTel se observa que la tipificación de la infracción no excluye los supuestos de culpabilidad ni recoge límite alguno a manifestaciones dolosas.

En segundo lugar, indica TERRA que no existe ningún hecho obstativo o impeditivo de TERRA respecto al cumplimiento ni tampoco ningún indicio de voluntad rebelde al cumplimiento.

La antijuridicidad constituye uno de los elementos esenciales del ilícito administrativo y tal y como establece el Tribunal Supremo, requiere para su apreciación, en sentido material, que la acción del sujeto responsable transgreda una prescripción vinculante regulada en el Derecho Administrativo, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico que la Resolución administrativa quiere proteger, y, en sentido formal, presupone que la conducta se encuentre tipificada como infracción administrativa y no esté justificada por la concurrencia de algunas de las circunstancias que determinarían la inexigibilidad de responsabilidad.

Pues bien, la antijuridicidad de la conducta sancionada se aprecia en este supuesto en su sentido formal porque la acción de incumplimiento de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de la CMT de 28 de julio de 2004 constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel y también en su sentido material, porque consecuentemente esta conducta de TERRA lesiona los intereses generales vinculados a la ordenación del mercado de las telecomunicaciones y causa un perjuicio concreto a los operadores competidores, a la propia competencia del mercado afectado y a los consumidores y usuarios, intereses todos ellos que se pretendían proteger con la adopción de la medida cautelar incumplida.

En tercer lugar, indica TERRA que la ausencia de voluntariedad en el incumplimiento impide encontrar la concurrencia de la simple negligencia en el comportamiento de TERRA situando la infracción en el ámbito de la responsabilidad objetiva.

Al respecto, ha de señalarse que la responsabilidad derivada de la comisión de un ilícito administrativo, cual es, el incumplimiento de toda Resolución adoptada por la CMT ha de ser imputable y reprochable al autor de la conducta. De esta forma, ciertamente pueden ser sancionadas las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los hechos que constituyen la infracción aún a título de simple inobservancia. Sin embargo, ello no significa que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo. En efecto, basta con que se aprecie la concurrencia de falta de una debida y básica diligencia, salvo que el elemento intencional forme parte del elemento subjetivo del tipo.

En el presente caso, y contrariamente a lo que sostiene TERRA, por una parte debe advertirse que el artículo 53.r) de la LGTel no recoge el concurso del dolo dentro del tipo infractor y, por otra parte, ha de indicarse que TERRA es responsable del incumplimiento de lo prescrito por la Resolución de 28 de julio de 2004 aunque sea a título de simple inobservancia.

En efecto, TERRA ha incumplido la Resolución de referencia pues el cese en la comercialización de la promoción y del producto ADSL Home no se ha producido en los términos señalados en la parte dispositiva de la citada Resolución. Además, respecto al plazo en el que debía ejecutarse el mandato fijado por la CMT, debe sostenerse que tal ejecución debía producirse al día siguiente de haber sido notificada TERRA y ello no tuvo lugar. TERRA no puede ampararse en circunstancia alguna eximente de responsabilidad por cuanto el cese de la oferta del producto es exigible e imputable a TERRA y, además, tal cese razonablemente puede ser cumplido en un lapso de tiempo inferior al periodo utilizado por TERRA. No es admisible la existencia de impedimento técnico u organizativo alguno por parte de TERRA, y debe concluirse que objetivamente cualquier operador diligente es capaz de cesar en la oferta de un producto en un plazo inferior al que lo ha hecho TERRA. El cese en la comercialización de productos es una práctica comercial muy habitual en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores prestadores de servicios y productos y su ejecución debe tener una inmediatez que no se ha producido en el presente caso al haber sufrido dilaciones innecesarias.

En cuarto lugar, TERRA cuestiona la razonabilidad de la sanción propuesta por el Instructor y modifica los datos referidos a solicitudes de clientes que había aportado en la instrucción del procedimiento.

En el ejercicio de la potestad sancionadora uno de los principios rectores aplicables por la CMT que es sustancialmente semejante al que se recoge en el orden penal es el principio de proporcionalidad.

Este principio recoge la necesaria relación entre la infracción cometida y la sanción impuesta. En este caso, la CMT, en su condición de Administración actuante, tiene otorgado un margen de actuación en la imposición de la sanción. Ciertamente la discrecionalidad que tiene conferida esta Comisión no es arbitraria ni ilimitada sino que está limitada por el ejercicio de un examen de ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el presente caso.

El artículo 56.1.a) de la LGTel recoge los límites máximos y mínimos a los que ha de ajustarse esta Comisión y, en todo caso, la graduación de la sanción a imponer se gradúa atendiendo a los criterios establecidos con carácter general en el artículo 131.3 de la LRJPAC así como los previstos en el artículo 56.2 de la LGTel, en concreto: la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por TERRA, la repercusión social de la infracción cometida, el beneficio que haya reportado a TERRA el hecho objeto de la infracción y el daño causado por TERRA, la situación económica de TERRA (patrimonio, ingresos, etc...).

Así pues, en el presente caso, tomando en consideración los límites máximos y mínimos establecidos por la LGTel, así como el denominado principio de no beneficio según el cual TERRA no puede resultar más beneficiado que si hubiera cumplido con lo establecido en la Resolución de 28 de julio de 2004, esta Comisión ha de valorar las circunstancias que concurren con la finalidad de lograr un equilibrio entre la infracción cometida y la sanción impuesta.

En la presente Resolución, a la hora de fijar el importe pecuniario de la sanción, la CMT emite un juicio sobre la proporcionalidad de la sanción y, finalmente, justifica la cifra que impone. En este sentido no puede entenderse quebrantado el principio de proporcionalidad mientras no falte, en términos de desproporción, la adecuación entre los hechos cometidos por TERRA y la sanción aplicada a TERRA.

En este sentido, contrariamente a lo que sostiene TERRA, esta Comisión justifica suficientemente el importe de la sanción que fija identificando las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunstancias que toma en consideración, no olvidándose de aquellos factores que impulsan la acción infractora, aquellos otros que aún no exonerando de responsabilidad a TERRA, sin embargo pueden permitir atemperar el alcance de la sanción a imponer y finalmente aquellos que determinan la existencia de una infracción muy grave que supone el mantenimiento indebido de una oferta comercial minorista de ADSL durante un periodo excesivamente largo en perjuicio de los intereses generales que pretende proteger esta Comisión al adoptar unas concretas medidas cautelares necesarias y urgentes.

3.- Sobre la ampliación del plazo para resolver.

Según TERRA no concurren los requisitos que el artículo 42.6 de la LRJPAC recoge y, por ello, aplica la caducidad del presente procedimiento.

Ante todo, ha de significarse que la adopción de los acuerdos de ampliación de procedimiento es plenamente congruente con lo dispuesto de forma genérica en la LRJPAC, pues este precepto legal permite la ampliación del plazo general de resolver por causas justificadas. Así, en el caso que nos ocupa esta ampliación está prevista en la norma específica que regula esta materia (artículo 42.6 LRJPAC) y, además, encuentra su plena justificación en la necesidad de realizar los análisis pertinentes y en el tiempo que los mismos precisan para obtenerse e incorporarse a las actuaciones practicadas dentro del procedimiento.

En primer lugar, tal y como señalan diversos pronunciamientos jurisprudenciales, el acuerdo de ampliación del plazo es una cuestión de carácter interno de organización del expediente, y, por ello, si bien se exige la notificación como la de cualquier otro acto realizado en el expediente a los interesados, la misma no es presupuesto de eficacia del acto administrativo de ampliación del plazo, ya que no despliega sus efectos sobre la esfera jurídica de los interesados, sino sobre la ordenación y tramitación del expediente. Y ello es así, tal y como lo demuestra que el acuerdo de ampliación no es recurrible, lo que supone que queda fuera de la esfera jurídica del interesado, para incardinarse en el concepto de organización de la actividad administrativa.

En este sentido, respecto al presente procedimiento sancionador, esta Comisión consideró conveniente acordar la ampliación del plazo del expediente durante un mes más y así se llevó a cabo la decisión mediante Acuerdo de 1 de diciembre de 2005, motivándola suficientemente.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo viene estableciendo que la institución de la caducidad únicamente ha de acogerse en aquellos supuestos en los que la Administración, por inactividad o laxitud, deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas ilícitas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativas, o interrumpe el procedimiento de persecución de la falta durante un lapso de tiempo.

Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sentencia de 17 de septiembre de 1990 (RTC 1990\139), las dilaciones indebidas no se identifican con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que comporta un concepto jurídico indeterminado que ha de concretarse en cada caso, debiendo atenderse a la naturaleza del litigio y a su complejidad.

Así, en el caso que nos ocupa, haciendo referencia a cada una de las actuaciones practicadas, debe razonarse que la actividad llevada a cabo por la Administración no ha sido caprichosa o innecesaria, sino exigida por la normatividad aplicable al ordenamiento y, toda ella, tendente al esclarecimiento de las conductas de TERRA.

En tercer lugar, no existe limitación legal respecto a las circunstancias que han de concurrir. En efecto, este precepto (art. 42.6 de la LRJPAC) señala lo siguiente: *“Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.”*

Por tanto, la determinación de los supuestos en los que se puede acudir a esta ampliación se realiza en el inciso primero de este párrafo (*“Excepcionalmente”*), sin que conste una limitación que afecte a cierto tipo de razones, como pueda ser la necesidad de garantizar prudencialmente que se dispone de todo el tiempo necesario para analizar y valorar las alegaciones y documentación que presente TERRA en el trámite de audiencia.

De este modo, se pretende avalar la protección a los intereses del propio interesado en orden a garantizar el correcto análisis y valoración de todas las cuestiones planteadas y circunstancias concurrentes.

De ello debe deducirse necesariamente el carácter razonable de la ampliación del plazo efectuada mediante Resolución de 1 de diciembre de 2005, con amparo en el art. 42.6 de la LRJPAC, por un único mes adicional. Esta ampliación de un mes no es un lapso de tiempo largo que genere ningún tipo de perjuicio a TERRA, sino que, por el contrario, si tiene como finalidad garantizar que el órgano decisorio dispone del tiempo necesario para apreciar todas las circunstancias que concurren en el presente caso a la hora de adoptar la decisión que pusiera fin al presente procedimiento. Finalmente, debe señalarse que dicho acuerdo de 1 de diciembre razonó suficientemente la ampliación adoptada y para tal justificación no se han empleado fórmulas generales y estereotipadas que no se concretan en este caso, sino que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alegaron circunstancias concretas que concurrían y justificaban sobremanera la adopción de la decisión de ampliación del plazo para resolver.

En definitiva, aunque la LRJPAC precisa un plazo general, también permite su ampliación por causas justificadas y, en el presente caso, esa prórroga o ampliación está prevista en la norma específica que regula la materia y además encuentra su plena justificación, en la necesidad de realizar las averiguaciones pertinentes, y en el tiempo que las mismas precisen para finalmente llegar a adoptar el presente Acuerdo con las garantías necesarias y valoración de las alegaciones presentadas por TERRA a la propuesta del Instructor.

QUINTO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD INFRACTORA.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurre en el presente caso la siguiente circunstancia atenuante de la responsabilidad:

- Inexistencia de infracciones cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.

SEXTO. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA POR TERRA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a TERRA por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que por cuanto a los ingresos brutos obtenidos por TERRA en la rama de actividad afectada, esto es, en la transmisión de datos es de [CONFIDENCIAL] € (tal y como consta en la Declaración de Ingresos Brutos de Explotación presentados por esta entidad respecto del ejercicio 2004), resulta ser la cuantía máxima a imponer 20 millones de euros, según establece el artículo 56.1.a) de la LGTel.
- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la imposibilidad de calcular el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consiste la infracción.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción correspondiente.

Por lo que respecta a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, ha de considerarse la concurrencia de una circunstancia atenuante mencionada en el Fundamento de Derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habrá de fijarse de conformidad con la regla establecida en el artículo 66. 2ª del Código Penal, en atención a la aplicación de los principios del orden penal al procedimiento administrativo sancionador, como ya queda dicho en la presente Resolución. El citado precepto determina que:

"Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La sanción que se imponga a TERRA debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.

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

Tomando en consideración lo anterior, sucede que la posible sanción mínima a imponer sería de 0,01 euros y la posible sanción máxima, en principio, sería de 20 millones de euros, aunque, aplicando las reglas del Código Penal indicadas y dado que se aprecia la concurrencia de una atenuante, esta posible sanción máxima quedaría reducida a 10.000.000 euros.

Dentro de este margen que resulta de la aplicación de las reglas que contiene la Ley, han de valorarse las circunstancias puestas de manifiesto en el expediente y muy particularmente el hecho de que no debe reportarle al infractor mayor beneficio la comisión de las infracciones tipificadas que el cumplimiento de las normas infringida. Por ello, en atención a todo lo anterior, 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 en el artículo 56.2 de la LGTel, se considera que procede proponer imponer una sanción económica de doscientos sesenta y cuatro mil euros (264.000) euros. Dicho importe supone únicamente el 2,64% de la posible sanción máxima antes indicada, y así resulta de la razonable aplicación de los criterios de proporcionalidad a los que se ajusta esta Comisión.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Instructor de este procedimiento, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a Terra Networks España, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en su sesión de 28 de julio de 2004, adoptando medidas cautelares.

SEGUNDO. Imponer a Terra Networks España, S.A. una sanción por importe de doscientos sesenta y cuatro mil euros (264.000) Euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0182 2370 42 0011505747 abierta al efecto en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2, apartados a y b, del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer