

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 24 DE FEBRERO DE 2016 POR LA QUE SE APROBÓ LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS 3a, 3b Y 4, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACION

SNC/DTSA/121/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 22 de octubre de 2019

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Periodo de actuaciones previas núm. IFP/DTSA/050/17

En el marco de la labor de supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas sometidos a regulación *ex ante* y, en particular, de los mercados mayoristas de banda ancha, a través del análisis comparativo de los KPI (indicadores clave de rendimiento) comunicados por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) periódicamente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) detectó la posible existencia de un empeoramiento de los tiempos de provisión y de resolución de averías a nivel mayorista en algunos de los servicios NEBA cobre y fibra, con respecto a los servicios minoristas

equiparables o comparables de Telefónica¹ (autoprestación), durante los meses comprendidos entre junio y octubre de 2017.

Mediante escrito de 18 de diciembre de 2017, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) comunicó a Telefónica la apertura de un período de información previa con el fin de analizar los hechos referidos y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador (expediente IFP/DTSA/050/17) (folios 17-28 del expediente administrativo).

En dicho escrito también se le requirió cierta información adicional sobre los plazos de provisión y de resolución de averías de varios servicios mayoristas que Telefónica no proporciona a través de la publicación de los KPI -como los datos desagregados por operador, en concreto, de Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) y Orange Espagne, S.A.U. (Orange), para los servicios NEBA cobre y fibra-, para el periodo comprendido entre enero y noviembre de 2017, así como explicaciones sobre las causas que pudieran estar motivando el presunto empeoramiento de algunos KPI.

El 17 de enero de 2018 Telefónica remitió un escrito en el que formulaba sus observaciones en relación con la apertura por parte de la CNMC del periodo de información previa citado y contestaba al referido requerimiento de información (folios 37-47).

El 19 de febrero de 2018 se realizó un requerimiento de información a los operadores Orange y Vodafone, con el objetivo de que contrastaran los datos aportados por Telefónica (folios 57-69 y 70-82). Mediante sendos escritos de 8 y 14 de marzo de 2018 estos dos operadores contestaron, respectivamente, a los citados requerimientos de información (folios 100-138 y 139-184).

Con fecha 17 de mayo de 2018 se requirió a Telefónica que aclarara unos datos aportados en su escrito presentado el 17 de enero de 2018, así como otros comunicados por Orange en su escrito de 8 de marzo de 2018 (folios 185-193). Además, se le solicitó que actualizara, hasta el mes de marzo de 2018, la información sobre los KPI aportados en su referido escrito de contestación al primer requerimiento de información.

Telefónica, tras solicitar el acceso al referido expediente de actuaciones previas el 29 de mayo de 2018 -de las que se le dio traslado el 13 de junio de 2018- (folios 194-199 y 226-229), contestó al citado requerimiento de información, mediante escrito de 18 de junio de 2018 (folios 234-247).

¹ De conformidad con lo dispuesto en la Resolución de fecha 22 de mayo de 2008, sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades de autoprestación de Telefónica y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA (DT 2006/1586).

Orange, por su parte, tras solicitar también el acceso al expediente el 31 de mayo de 2018 -al que se le dio también acceso el 13 de junio de 2018- (folios 222-225 y 231-233), presentó, el 25 de junio de 2018, un escrito mediante el que subsanaba algunos datos aportados en su escrito anterior de 8 de marzo, relativos a los tiempos mayoristas de provisión del servicio NEBA fibra, correspondientes a la marca Jazztel (folios 273-277).

Por último, el 21 de junio de 2018 Telefónica presentó a este organismo una copia de la comunicación enviada al Ministerio de Economía y Empresa, sobre la convocatoria de huelga de trabajadores de la unidad “Centro Servicio Banda Ancha 1” de la provincia de Vizcaya, de fecha 19 de junio de 2018, que duraría entre el 30 de junio y el 16 de julio de 2018. En concreto, este operador indica en dicho escrito que la citada huelga de trabajadores consistiría en hacer paros de 6 horas diarias, entre las 8:00 y las 14:00 horas. Junto a dicho escrito, Telefónica aportaba asimismo cierta documentación² (folios 248-272).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento

El 10 de octubre de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar a Telefónica el presente procedimiento sancionador debido a que del análisis llevado a cabo durante el periodo de información previa IFP/DTSA/050/17 se hallaron suficientes indicios de posible incumplimiento por parte de Telefónica de la obligación de no discriminación, en relación con los plazos de provisión y de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, durante el periodo comprendido entre enero de 2017 y marzo de 2018 (folios 1-10).

En concreto, en el Resuelve Primero del acuerdo dictado, la Sala de Supervisión Regulatoria decidió:

“Incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el posible incumplimiento de la Resolución, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor”.

Este acuerdo fue notificado tanto a Telefónica como a la instructora del procedimiento el 15 de octubre de 2018, otorgándole a dicho operador el plazo de un mes para tomar vista del expediente, proponer la práctica de pruebas que

² Copias de las comunicaciones enviadas a la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Vizcaya, copia de la Orden Ministerial de 25 de mayo de 2018, sobre los servicios mínimos a garantizar para la prestación de los elementos que se incluyen en el servicio universal (servicios calificados como esenciales), así como una copia del acta de desacuerdo alcanzado con el Comité de Huelga y Telefónica, el 20 de junio de 2018, sobre la fijación de los servicios mínimos.

estimase adecuadas para su defensa y presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes que considerase convenientes (folios 13-16 y 11 y12).

TERCERO.- Acceso al expediente solicitado por Telefónica

El 17 de octubre de 2018 Telefónica solicitó el acceso a los documentos que obraban en el expediente hasta el momento, así como un índice de éstos (folios 293-297). Mediante escrito de 19 de octubre de 2018, la instructora de este procedimiento dio traslado a Telefónica de las copias de los documentos incorporados hasta el momento en el expediente, así como un índice desglosado de estos (folios 298-302).

CUARTO.- Escrito de alegaciones iniciales de Telefónica

El 15 de noviembre de 2018 Telefónica presentó ante la CNMC su escrito de alegaciones iniciales sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, en el que, con carácter general, manifestaba la falta de: (i) tipicidad de la conducta imputada, por no existir equivalencia entre los servicios mayoristas y minoristas analizados, y (i) culpabilidad, por considerar cumplida, con carácter general, las obligaciones de no discriminación establecidas en la Resolución de los mercados 3a, 3b y 4 (folios 303-316).

QUINTO.- Solicitud de información a las Entidades Colaboradoras de Telefónica

El 12 de diciembre de 2018 la instructora del expediente realizó una solicitud de información a diez (10) entidades colaboradoras (EECC) de Telefónica, para conocer los procedimientos que esta operadora fija a estas empresas para la instalación y mantenimiento de sus servicios minoristas y mayoristas (folios 322-382).

Entre el 3 enero y el 4 de febrero de 2019 estas empresas presentaron sus escritos de contestación a la citada solicitud de información (folios 447-7185, 7213-8332 y 8356- 9150).

SEXTO.- Requerimiento de información a Telefónica, Vodafone y Orange

Mediante sendos escritos de fecha 22 de enero de 2019 se requirió a Telefónica, Orange y Vodafone determinada información sobre los plazos de provisión y resolución de averías de determinados servicios mayoristas (NEBA fibra y cobre y ADSL-IP), durante el periodo comprendido entre abril y diciembre de 2018, al objeto de completar y contrastar la información obtenida durante el periodo de actuaciones previas (Antecedente Primero) y conocer cómo Telefónica estuvo prestando los citados servicios mayoristas y minoristas durante los años 2017 y 2018 (folios 7186-7192, 7193-7198 y 7199-7204).

Estos operadores respondieron al citado requerimiento mediante escritos de fechas 13 y 14 de febrero de 2019 (folios 9164-9213, 9214-9226, 9227-9279, 2980-9302 y 9303-9315).

SÉPTIMO.- Solicitud de acceso al expediente de Telefónica

El 7 de febrero de 2019 Telefónica presentó una solicitud de acceso a la documentación que obraba hasta ese momento en el expediente, así como un índice de éstos (folios 9160-9163).

El 6 de marzo de 2019 la instructora de este procedimiento dio traslado a Telefónica de las copias de los documentos incorporados hasta el momento en el expediente, así como un índice desglosado de estos (folios 9407-9411).

OCTAVO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 18 y 21 de febrero de 2019, se declaró la confidencialidad de determinada información aportada en los citados escritos y documentación adjunta presentados por las entidades colaboradoras de Telefónica, así como por esta operadora, Orange y Vodafone (folios 9369-9377, 9378-9384 y 9385-9392).

NOVENO.- Segundo requerimiento de información a Telefónica

El 3 de abril de 2019 se requirió a Telefónica determinada información relativa a los ingresos obtenidos durante los años 2017 y 2018 por la prestación de los servicios minoristas de telefonía y banda ancha fija, desglosados por meses, y por determinados servicios mayoristas, así como la aclaración de determinados datos aportados sobre sus servicios minoristas (folios 9430-9435).

Con fecha 26 de abril de 2019 Telefónica presentó su escrito de contestación al citado requerimiento de información (folios 9446-9454).

DÉCIMO.- Incorporación de documentación

El 13 de mayo de 2019 se incorporaron al presente expediente varios pantallazos web relativos a noticias de prensa emitidas por Telefónica sobre la mejora en la provisión y resolución de averías de sus servicios minoristas y comunicados de paradas o huelgas puntuales de los sindicatos de trabajadores instaladores de las EECC (folios 9455-9502).

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

El 23 de mayo de 2019, se declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Telefónica el 26 de abril de 2019 (folios 9503-9509).

DUODÉCIMO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 6 de junio de 2019 (folio 9658) fue notificada a Telefónica la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 9575 a 9655), concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

En la propuesta de resolución, la instructora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.12 y 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), califica las conductas descritas, respectivamente, como una infracción continuada muy grave por haber incumplido la Resolución, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (mercados 3a, 3b y 4), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y como una infracción continuada grave por haber incumplido la Resolución de 10 de marzo de 2016, que revisó la Oferta de Referencia del Nuevo Servicio Ethernet de Banda Ancha.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se proponía la imposición de una sanción por importe diez millones (10.000.000) de euros por la primera de las conductas y una sanción por importe un millón (1.000.000) de euros por la segunda de ellas.

DÉCIMOTERCERO.- Solicitud de acceso al expediente de Telefónica

El 11 de junio de 2019 Telefónica presentó una nueva solicitud de acceso a la documentación que obra en el expediente desde el último acceso que se le concedió a la solicitante (folios 9664-9668). Mediante escrito de 13 de junio de 2019, la instructora de este procedimiento dio traslado de todos los documentos solicitados, así como un listado de estos (folios 9669-9676).

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

Por medio de escrito de fecha 12 de junio de 2019, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado. (folio 9677).

DÉCIMOQUINTO.- Alegaciones al trámite de audiencia

El día 15 de julio de 2019 Telefónica, y tras la ampliación del plazo para verificar el trámite, ha presentado un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 9685 a 9785) en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- El carácter no comparable de los servicios mayoristas y minoristas analizados por la CNMC y las diferentes circunstancias en que se presta cada servicio objeto de comparación.
- Que el análisis de la CNMC es sesgado, pues toma en consideración servicios con escasa representatividad.
- Que los plazos considerados por la CNMC no se corresponden con los tiempos regulados.
- En cuanto al incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016, Telefónica alega que esta tiene un alcance global, mientras que la propuesta de resolución incluye zonas no reguladas o excepcionalmente muy reducidas.
- Que no se ha acreditado durante la instrucción que exista diferencia entre los tiempos totales y los tiempos efectivos en la resolución de averías de los servicios mayoristas.

Además, Telefónica considera que la sanción es desproporcionada y que el expediente ha caducado, pues el plazo de un año para resolverlo debería comenzar con el inicio de las actuaciones previas.

Finalmente, de forma subsidiaria considera que se ha producido un concurso medial entre ambas infracciones, de manera que la infracción grave imputada sería un medio necesario para la comisión de la infracción que consiste en el incumplimiento de la resolución de 24 de febrero de 2016. También alega que la infracción ha sido incorrectamente tipificada, pues lo que se produce en realidad es un incumplimiento defectuoso de la resolución.

En virtud de las anteriores alegaciones, Telefónica solicita el archivo del procedimiento sin la imposición de sanción alguna y, subsidiariamente, la reducción de la sanción.

DÉCIMOSEXTO.- Actuaciones complementarias

Por medio de una acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 12 de septiembre de 2019, se acordó la realización de unas actuaciones complementarias de las previstas en el artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), *“consistentes en requerir a Telefónica de España, S.A.U, para que aporte los datos desglosados de cada mes del tiempo de parada de reloj que corresponde a actuaciones del operador para la resolución de averías para los servicios mayoristas “NEBA Cobre” (desglosados para “NEBA cobre sin STB” y “NEBA cobre sin STB”) y “NEBA Fibra”, para que aporte la anterior información en el plazo de 10 días calculado desde la notificación del acuerdo, plazo durante el cual quedó suspendido el plazo para resolver el*

procedimiento. Este acuerdo fue notificado a TESAÚ el día 17 de septiembre de 2019. (folios 9786-9795).

DÉCIMOSÉPTIMO.- Contestación de Telefónica al requerimiento de información realizado en el marco de las actuaciones complementarias

El día 2 de octubre de 2019 Telefónica ha presentado un escrito, junto a dos anexos, por el que da contestación al requerimiento de información al que se refiere el anterior antecedente aportando (folios 9796-9808).

DÉCIMO OCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia

La Sala de Competencia ha emitido informe en el presente expediente al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos.

PRIMERO.- Telefónica ha incurrido en diversas prácticas discriminatorias en los tiempos de provisión y de resolución de averías y en las condiciones de calidad de los circuitos provistos en los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, respecto del tratamiento dado a sus servicios minoristas equivalentes y entre operadores distintos, durante los meses de enero de 2017 y diciembre de 2018, tanto a nivel nacional como de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Pontevedra

En el periodo de investigación previa IFP/DTSA/050/17 se hallaron suficientes indicios sobre el posible incumplimiento por parte de Telefónica de su obligación de no discriminación en relación con los plazos de provisión y de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra solicitados por los operadores alternativos. Estos incumplimientos fueron especialmente relevantes en algunas provincias, como Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife. El incumplimiento se produjo en distintos periodos de tiempo (entre enero de 2017 y abril de 2018), según se desprendió de los KPI de provisión y mantenimiento analizados.

Durante la instrucción se recabó información complementaria a los efectos de determinar el alcance de los citados indicios descubiertos en el periodo de información previa.

Con carácter previo, es de interés señalar que los KPI de provisión regulados en las ofertas de referencia analizados miden tiempos totales de provisión, es decir, desde que se acepta la solicitud por parte de Telefónica hasta la comunicación de entrega del servicio al operador solicitante. Los indicadores registrados por Telefónica en sus servicios minoristas miden el tiempo desde la solicitud del cliente final hasta la entrega del servicio a este.

Por tanto, por regla general, los tiempos de provisión minoristas deberían ser mayores a los plazos registrados para la provisión de los servicios mayoristas, en caso de que ambos servicios sean equiparables, al no contabilizar el KPI de provisión de los servicios mayoristas las tareas adicionales a desarrollar por los operadores alternativos para provisionar de forma efectiva los servicios a sus usuarios finales (a partir del momento en el que tienen disponible el servicio mayorista), a diferencia del KPI de provisión del servicio minorista de Telefónica, que sí incluye la realización de estas tareas adicionales.

Pues bien, atendiendo a los indicios descubiertos durante la fase de diligencias previas, los KPI y la información aportada por Vodafone, Orange y Telefónica, en sus escritos de 17 de enero, 8 y 14 de marzo de 2018 y 13 y 14 de febrero de 2019, y los KPI comunicados por Telefónica en cumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas en los mercados 3a, 3b y 4³, dada su condición de operador con PSM en estos mercados, se ha podido analizar la evolución de los plazos de provisión y resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra entre los meses de enero de 2017 y diciembre de 2018. De ese análisis se han obtenido los siguientes datos de interés y conclusiones, que conducen a la constatación de los indicios descubiertos en el periodo de actuaciones previas.

1. Servicio mayorista NEBA cobre con y sin STB⁴

➤ Plazos de provisión

En lo que se refiere a los KPI relativos al servicio mayorista NEBA cobre sin STB, que es el servicio donde se descubrieron indicios de posible infracción durante el expediente de diligencias previas, se ha llevado a cabo el análisis de dos tipos de KPI de provisión de este servicio (Desgloses 1 y 2), que aporta periódicamente Telefónica, para su comparación con el servicio minorista ADSL de Telefónica. Estos dos KPI varían en función de la situación en la que puede encontrarse el par de cobre que llega al usuario final y sobre el que se presta el referido servicio mayorista.

³ Con el fin de supervisar el correcto cumplimiento de la obligación de no discriminación que tiene impuesta, en virtud de lo dispuesto en los mercados 3a, 3b y 4, Telefónica ha de comunicar a este Organismo los parámetros de calidad respecto de los servicios de banda ancha y de desagregación del bucle que le solicitan los operadores, así como respecto de sus servicios minoristas.

⁴ Servicio Telefónico Básico.

Así, en primer lugar, las gráficas siguientes muestran la evolución existente del tiempo medio total de provisión (que incluye el tiempo de las paradas de reloj) en el Desglose 1 del servicio mayorista NEBA cobre sin STB y del servicio minorista ADSL de Telefónica, desde enero 2017 hasta diciembre de 2018.

El Desglose 1 toma en cuenta: i) la provisión sobre pares vacantes sin ningún servicio, por lo que la situación de partida es la misma tanto para el minorista de Telefónica como para el mayorista, al tener que acudir a casa del cliente para provisionar el servicio en ambos casos⁵ con la misma probabilidad, y ii) la provisión sobre pares que tienen contratado el servicio minorista STB, en cuyo caso en ambas situaciones las actuaciones son parecidas, aunque en el servicio mayorista se deberá realizar una actuación adicional como es la desconexión del cable del STB del domicilio del cliente -aunque el tiempo accesorio a emplear es mínimo-.

Gráfica 1: Desglose 1 del servicio NEBA cobre sin STB [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Como se puede observar en esta gráfica, los tiempos medios de provisión tanto mayoristas como minoristas fueron empeorando y su evolución fue similar a lo largo del tiempo. Sin embargo, el incremento de los tiempos medios de provisión del servicio mayorista fue significativamente más elevado durante los dos años analizados (2017 y 2018). Dicha diferencia de plazos parece persistir, al menos, durante los primeros meses de 2019, a la vista de los elevados plazos registrados aún en diciembre de 2018.

Por otra parte, se han analizado los mismos KPI del tiempo medio total de provisión también para el servicio mayorista NEBA cobre sin STB y para el servicio minorista ADSL, en su Desglose 2. Este desglose solo toma en consideración los pares que están desagregados anteriormente por un operador alternativo, lo que afecta por igual a los dos servicios examinados (mayorista y minorista), porque Telefónica también tiene que recuperar el par para darle el servicio a su nuevo abonado.

A partir de este análisis se muestra que también ha existido un incremento de los tiempos de provisión significativamente mayores en el servicio mayorista que en el minorista, como puede verse en la siguiente gráfica:

Gráfica 2: Desglose 2 del servicio NEBA cobre sin STB [CONFIDENCIAL TERCEROS]

⁵ De hecho, cabe tener en cuenta que el servicio minorista de Telefónica usualmente tiene asociado tanto el servicio de banda ancha como el telefónico, mientras que el servicio mayorista NEBA sin STB solo necesita provisionar la línea de banda ancha, por lo que el tiempo de provisión debería ser menor para el servicio mayorista que el necesario para activar el servicio minorista de Telefónica.

Tal y como se observa, en septiembre de 2017 el tiempo de provisión del servicio mayorista NEBA cobre sin STB comenzó a ser superior e inestable en comparación con el registrado a nivel minorista por Telefónica, que no varió notablemente a lo largo de los dos años analizados. Es más, esta diferencia de plazos también ha podido continuar más allá de diciembre de 2018.

Estos datos se confirman mediante la comparación de otro KPI que aporta Telefónica a esta Comisión, como es el grado de cumplimiento de los plazos regulados para la provisión sin incidencias del servicio NEBA cobre sin STB en su desglose 1 y 2, con el mismo indicador registrado para la entrega de su servicio minorista ADSL:

Gráfica 3: Porcentaje de entregas en plazo sin incidencias del servicio NEBA cobre sin STB en su Desglose 1 [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Gráfica 4: Porcentaje de entregas en plazo sin incidencias del servicio NEBA cobre sin STB en su Desglose 2 [CONFIDENCIAL TERCEROS]

De estas gráficas se desprende que, efectivamente, Telefónica ha estado provisionando sus servicios minoristas equivalentes en mejores plazos a los registrados en el mercado mayorista durante los años 2017 y 2018, lo que se agrava exponencialmente a partir de septiembre de 2017 hasta diciembre de 2018, mes en el que solo registró un porcentaje de un 13% de entregas sin incidencias dentro del plazo regulado, mientras que los porcentajes de entrega de sus servicios minoristas son estables a lo largo de los dos años.

Finalmente, si se examinan los valores globales de los KPI del servicio mayorista NEBA cobre tanto sin STB como con STB⁶ (sin analizar su desglose según el estado previo del par), esto es, del tiempo medio total de provisión tanto para el servicio minorista de Telefónica como para el servicio mayorista NEBA cobre se confirman los hechos descubiertos en las dos gráficas anteriores.

Gráfica 5: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA cobre con y sin STB [CONFIDENCIAL TERCEROS]

⁶ Las gráficas para tiempos globales presentan ambas modalidades de NEBA cobre, sin y con STB. La modalidad con STB no aparece para Desglose 1 y 2 al provisionarse solo sobre el par con STB de Telefónica activo.

Así es, de estos datos se confirma que, a pesar de que el servicio mayorista NEBA cobre sin STB debió tener tiempos de provisión similares o inferiores al servicio minorista ADSL, **desde enero de 2017 los tiempos medios de provisión del servicio mayorista NEBA cobre sin STB fueron algo más elevados que los registrados para el servicio minorista de Telefónica. A partir de julio de ese mismo año dichas diferencias de plazos empeoraron notablemente y esta situación se agravó durante toda la segunda mitad de 2017 y de 2018.**

En cambio, la provisión del servicio mayorista NEBA cobre con STB se provisionó por Telefónica, durante los dos años examinados, en menores tiempos que los registrados para sus servicios minoristas. Ello se debió a que este servicio mayorista se provisiona siempre sobre un par ya utilizado por Telefónica para dar el STB y, por tanto, no requiere que haya ningún desplazamiento a domicilio del cliente, por lo que es lógico que en comparación con los tiempos medios de provisión globales de los servicios minoristas (algunos requieren desplazamientos a domicilio, otros no), los tiempos mayoristas sean más bajos.

En todos los requerimientos de información realizados a Telefónica, tanto en sede de diligencias previas como en el marco de este procedimiento, se le solicitó información desglosada para los operadores Orange y Vodafone. A este respecto, se han tenido en cuenta los tiempos medios totales de provisión del servicio mayorista NEBA cobre con y sin STB registrados por Telefónica para estos operadores, y los tiempos medios totales en los que se han descontado las paradas de reloj motivadas por el operador -proporcionados por Telefónica-, al ser estas paradas no imputables a Telefónica y permitir una mejor comparativa con su tiempo total minorista. A partir de estos datos, se obtiene la siguiente gráfica:

Gráfica 6: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA cobre con y sin STB globales y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

De ella se observa que los tiempos de provisión de Orange coincidieron con los registrados para el servicio mayorista de NEBA cobre con STB. En este servicio, como ya se ha indicado, el alta de la línea se realiza siempre sobre un par ya activo con servicio STB de Telefónica, por lo que requiere de un número menor de actuaciones, o tareas menos complejas o rápidas que las empleadas para la provisión de los servicios minoristas ADSL o mayorista NEBA cobre sin STB, al no ser necesario desplazarse hasta el domicilio del cliente.

En cambio, los tiempos medios de provisión para Vodafone son muy parecidos a los registrados para el servicio mayorista NEBA cobre sin STB. En este servicio, dado que la situación del par de la línea puede estar vacante u ocupado por servicios STB de Telefónica (Desglose 1) u ocupado por un operador

alternativo (Desglose 2) los tiempos medios de provisión son siempre superiores a los requeridos para el suministro del NEBA cobre con STB.

Como se muestra en la gráfica anterior, el tiempo medio de provisión del servicio minorista ADSL de Telefónica fue en general peor que el registrado para Orange o para el servicio NEBA cobre con STB. En cambio, si se observa a Vodafone, que haría un uso más intensivo del servicio NEBA cobre sin STB, desde enero de 2017 y hasta más allá de diciembre de 2018, sus tiempos de provisión mayoristas fueron muy superiores a los registrados a nivel minorista en cualquiera de sus desgloses (línea azul), incluso descontando el tiempo de las paradas de reloj de operador (líneas discontinuas), cuando en ambas situaciones el plazo de provisión minorista global debería ser siempre superior o, al menos, similar.

Por consiguiente, se confirma la conclusión antes obtenida a la vista de los datos agregados mostrados en las primeras tres gráficas, y es que los plazos medios de provisión del **servicio mayorista NEBA cobre sin STB, particularmente los registrados por Vodafone, fueron superiores a los registrados para el servicio minorista ADSL de Telefónica, entre enero de 2017 y diciembre de 2018, agravándose dicho empeoramiento durante toda la segunda mitad de 2017 y el año 2018.**

➤ Plazos de resolución de averías

Los KPI sobre tiempos de resolución de averías para los servicios minoristas y mayoristas de los que dispone esta Comisión no son directamente comparables ya que, mientras que en el servicio minorista de Telefónica se toman en cuenta los tiempos medios de reparación totales -sin descontar las posibles paradas de reloj acontecidas-, de conformidad con los datos aportados por esta operadora en cumplimiento de sus obligaciones regulatorias, para el servicio mayorista se dispone de los tiempos medios efectivos de resolución, es decir, descontadas todas las paradas de reloj, tanto debidas al cliente como al operador⁷.

Pues bien, habiéndose requerido expresamente a Telefónica los tiempos medios totales de reparación de averías del servicio mayorista (sin descontar ninguna parada de reloj⁸), datos que durante la instrucción alegó no disponer (folio 9451), la siguiente gráfica permite comparar los tiempos medios totales de resolución de averías totales que se registraron en el servicio mayorista NEBA cobre (con y sin STB) y en el minorista ADSL:

⁷ En consecuencia, los tiempos medios efectivos de resolución de averías de los servicios NEBA sin STB deberían ser siempre menores que los tiempos medios totales del servicio minorista ADSL de Telefónica.

⁸ La comparación de los tiempos totales mayoristas con los minoristas es adecuada ya que la casuística y la problemática de concretar las citas con los usuarios finales, para realizar la reparación en su domicilio, afecta por igual en los plazos de reparación de los servicios minoristas y mayoristas. Además, no se tiene constancia ni se ha acreditado que existan paradas de reloj imputables al operador alternativo, que podrían afectar en exclusiva a los procesos mayoristas.

Gráfica 7: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA cobre con y sin STB [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Por otra parte, a la vista de la información aportada durante las actuaciones complementarias relativos a los tiempos medios de resolución de averías mensuales, descontando los tiempos de parada debidos a los operadores, bien por franqueo, o bien por la reapertura de averías, se obtiene la siguiente gráfica con los tiempos medios de reparación de averías descontando las paradas debidas a los operadores (línea discontinua):

De esta gráfica se observa que, si bien los tiempos medios totales de resolución de averías registrados para el servicio mayorista entre febrero y agosto de 2017 estuvieron por encima de los tiempos de mantenimiento minoristas, una vez descontadas las paradas de reloj debidas a los operadores, solo en el mes de julio de 2017 estuvo por encima cuando tuvo un pico importante que no sufrió el servicio minorista.

Al igual que se ha indicado en el punto anterior, se requirió a Telefónica la información de tiempos medios de reparación de averías desglosados respecto de los operadores Orange y Vodafone. De los datos aportados se ha obtenido la siguiente gráfica:

Gráfica 8: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA cobre con y sin STB globales y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

En este caso también, de acuerdo con la información aportada por Telefónica en las actuaciones complementarias antes referidas, se obtiene la siguiente gráfica con los tiempos medios de reparación de averías desglosados por operador descontando las paradas debidas a los operadores (línea discontinua):

Atendiendo los nuevos plazos medios (descontando las paradas de reloj del operador en el caso de los mayoristas), se comprueba que los tiempos de reparación medios de Orange fueron inferiores al minorista, mientras que en el caso de Vodafone (línea roja) sus tiempos medios de reparación fueron mayores al registrado para el minorista de Telefónica en los meses de marzo, abril y especialmente julio de 2017, y respecto a los de Orange, fueron superiores la mayor parte de los meses de dicho 2017 mientras que a partir de diciembre de 2017 y principios de 2018, hasta abril los tiempos de reparación de Orange son superiores.

➤ **Otros indicadores de calidad sobre la prestación de servicios**

Adicionalmente a los indicadores analizados sobre la provisión y la resolución de averías de los servicios equivalentes mayorista NEBA cobre y minorista ADSL, resulta de interés mostrar los datos descubiertos a través de otros dos indicadores, que demuestran que ha habido diferencias importantes entre las condiciones de calidad de los circuitos prestados en ambos servicios:

- El número de averías de mantenimiento resueltas por cada 100 líneas, y
- El número de incidencias en provisión por cada 100 circuitos solicitados

La siguiente gráfica compara los valores del indicador “número de averías de mantenimiento por 100 líneas” para el servicio minorista ADSL de Telefónica, para el servicio mayorista NEBA cobre y para el servicio NEBA cobre de Vodafone, según los datos aportados por este operador solo referentes a 2017. De estos datos se demuestra como para Vodafone la aplicación de dicho indicador sobre sus solicitudes llegó a ser 14 veces superior al registrado en el servicio minorista durante el 2017. Las diferencias incluso son más acusadas que las que se observan en el servicio mayorista “NEBA cobre” durante los dos años analizados.

Gráfica 9: Número de averías por cada 100 circuitos [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Además, si se analiza el indicador “número de incidencias de provisión por cada 100 circuitos”, la siguiente gráfica muestra también que hubo importantes diferencias entre las tasas de incidencias registradas en el servicio minorista de Telefónica y el mayorista “NEBA cobre”, fundamentalmente a partir de la segunda mitad de 2017 y hasta diciembre de 2018, donde dicha tasa llegó a ser 17 veces mayor a la minorista.

Gráfica 10: Número de incidencias en provisión por cada 100 circuitos [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Además, es de interés resaltar que mientras que los valores mayoristas se dispararon en determinados meses de 2017 y 2018, los minoristas fueron estables durante esos dos años.

En conclusión, de los datos expuestos se demuestra que, **durante los años 2017 y 2018, Telefónica estuvo prestando sus servicios minoristas ADSL en mejores condiciones de calidad a las proporcionadas a los operadores alternativos, principalmente a Vodafone, para la prestación del servicio mayorista NEBA cobre**, sin que existiera causa alguna que motivara dichas diferencias en la calidad de los circuitos provisionados por Telefónica para ambos servicios.

2. Servicio mayorista NEBA fibra

➤ Plazos de provisión

Por lo que respecta a los servicios de banda ancha basados en fibra óptica, se muestran a continuación los hechos descubiertos tras el análisis de los KPI proporcionados por Telefónica. En particular, las siguientes gráficas comparan, respectivamente, el tiempo medio total de provisión, a nivel nacional y desagregado por operador, del servicio mayorista NEBA fibra con el del servicio minorista FTTH.

Gráfica 11: Tiempos medios provisión del servicio NEBA fibra [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Gráfica 12: Tiempos medios provisión del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

De ambas gráficas se desprende que **entre enero y octubre de 2017 y entre diciembre de 2017 y enero de 2018 los tiempos totales medios de provisión del servicio mayorista NEBA fibra fueron mayores a los registrados para el servicio minorista de Telefónica, a pesar de que los tiempos medios del servicio minorista comienzan también a subir a partir del mes de julio de 2017**. No obstante, no es hasta febrero de 2018 cuando los tiempos minoristas comenzaron a ser parecidos e incluso algo peores a los mayoristas, los cuales pese a empezar a bajar en enero de 2018 volvieron a subir en el mes de mayo de ese mismo año a los niveles registrados en el tercer trimestre de 2017.

➤ Plazos de resolución de averías

Al igual que se ha indicado para los servicios basados en cobre, los KPI de los que dispone esta Comisión a priori sobre los tiempos de resolución de averías de los servicios de banda ancha mayorista y minorista basados en fibra óptica no son directamente comparables. Mientras que para el servicio minorista FTTH los tiempos de reparación son totales, es decir, sin descontar los tiempos de las paradas de reloj, los tiempos de reparación del servicio mayorista NEBA fibra que se suministran a la CNMC son efectivos (descontando paradas de reloj).

No obstante, durante la instrucción del presente expediente se han requerido a Telefónica los tiempos medios totales de reparación de averías del servicio mayorista (sin descontar ninguna parada de reloj), y, a continuación, se muestra la gráfica relativa a los tiempos medios totales de reparación de averías para el servicio mayorista NEBA fibra y minorista FTTH de Telefónica:

Gráfica 13: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA fibra [CONFIDENCIAL TERCEROS]

De nuevo, de acuerdo con la información aportada por Telefónica en las actuaciones complementarias antes referidas, se obtiene la siguiente gráfica con los tiempos medios de reparación de averías de NEBA fibra descontando las paradas debidas a los operadores (línea discontinua):

En la nueva gráfica, si bien las diferencias con el minorista han disminuido, se sigue apreciando claramente como, durante 2017, los tiempos de reparación del servicio mayorista tuvieron picos mucho mayores que los registrados para el minorista, existiendo para la fibra diferencias mucho más relevantes respecto a las que se observaron en los accesos de cobre. A partir de febrero de 2018 hubo una mejora en los tiempos mayoristas, eliminándose las citadas diferencias existentes en todo 2017, no solo para los tiempos de reparación descontando las paradas del operador sino incluso entre los tiempos medios totales de reparación de averías de los servicios minorista FTTH y mayorista NEBA fibra.

Tras realizar este mismo análisis de tiempos de reparación de los servicios de fibra, pero desglosados por operador (Vodafone y Orange) con los indicadores proporcionados por Telefónica tanto durante las diligencias previas como en respuesta a los requerimientos efectuados en el marco de la instrucción de este procedimiento, se obtiene la siguiente gráfica:

Gráfica 14: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Aquí también, de acuerdo con la información aportada por Telefónica en las actuaciones complementarias antes referidas, se obtiene la siguiente gráfica con dichos tiempos medios de reparación de averías descontando las paradas debidas a los operadores desglosados por operador (línea discontinua):

En cualquier caso, tanto si se analizan los tiempos medios efectivos descontando todas las paradas de reloj como los tiempos medios descontando solo las paradas debidas a operador, se aprecia que hubo diferencias a favor del servicio minorista, así como en los tiempos entre ambos operadores.

En la primera gráfica se aprecia como, de forma puntual (febrero, julio y diciembre de 2017 y enero de 2018), los tiempos efectivos de reparación del servicio mayorista (línea discontinua) superaron los tiempos medios totales del servicio minorista de Telefónica, cuando la situación normal es que sean siempre menores -al descontarse en aquellos todas las paradas de reloj-.

Asimismo, si en lugar de comparar los tiempos del servicio minorista de Telefónica con los tiempos efectivos descontadas todas las paradas de reloj, se comparan con los tiempos medios registrados por Vodafone y Orange descontando solo las paradas de responsabilidad de dichos operadores según Telefónica (segunda gráfica), se observa que las diferencias son más importantes durante todo el año 2017, para Vodafone hasta agosto, y para Orange se extienden más allá hasta febrero de 2018.

En términos generales, los tiempos de reparación de los servicios de Orange estuvieron siempre por encima de los de Vodafone y el mercado nacional (ver gráfica 13). Por lo que se podría decir que el tratamiento dado por Telefónica a este operador en relación con la reparación de averías del servicio NEBA fibra fue más desfavorable que el dado al resto del mercado.

➤ **Otros indicadores de calidad sobre la prestación de servicios**

Igual que se analizó para el servicio mayorista NEBA cobre, también se han examinado los dos indicadores relativos al número de averías por cada 100 circuitos y al número de incidencias de provisión por cada 100 circuitos, al objeto de conocer otros indicadores que permiten comparar la calidad de los servicios provisionados por Telefónica a nivel minorista y mayorista.

De dicho examen se demuestra que, al igual que ha ocurrido para el servicio NEBA cobre, han existido unas diferencias ostensibles entre el número de averías registradas en los circuitos del servicio mayorista NEBA fibra y del servicio minorista FTTH equivalente de Telefónica durante los dos años analizados. Esta conclusión se alcanza más aún si se añaden los valores disponibles sobre Vodafone relativos a sus servicios mayoristas NEBA fibra, como se puede observar en la siguiente figura:

Gráfica 15: Número de averías por cada 100 circuitos⁹ [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Respecto al indicador “número de incidencias de provisión por cada 100 circuitos”, la siguiente gráfica muestra que las diferencias que existieron entre el servicio minorista de Telefónica y el servicio mayorista NEBA fibra se dispararon a partir de julio de 2017 hasta diciembre de 2018. Si bien se observa que hubo una disminución de dicho indicador hasta casi igualarse al minorista en el mes de noviembre de 2017, al mes siguiente (diciembre de 2017) volvió a dispararse la tasa de incidencias en provisión para el servicio mayorista NEBA fibra manteniéndose más elevados que la registrada para el servicio minorista hasta diciembre de 2018.

Gráfica 16: Número de incidencias en provisión por cada 100 circuitos [CONFIDENCIAL TERCEROS]

⁹ Solo se dispone de datos desagregados de Vodafone referentes al año 2017

En concreto, existieron picos muy elevados entre diciembre de 2017 y febrero de 2018 y entre septiembre y noviembre de 2018, no sufridos por Telefónica, ya que su tasa de incidencias en provisión ha sido baja y estable durante los dos años examinados.

Por consiguiente, de todos los datos expuestos se prueba que **Telefónica, al igual que se ha demostrado en el servicio NEBA cobre sin STB, estuvo prestando sus servicios minoristas FTTH en mejores condiciones de calidad a las proporcionadas a los operadores alternativos para el servicio mayorista NEBA fibra**, sin que exista causa alguna que motive dichas diferencias en la calidad de los circuitos provisionados por Telefónica a nivel mayorista.

3. KPI de resolución de averías de los servicios NEBA cobre y NEBA fibra para las provincias de Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife

Como ya se indicó en el acuerdo de incoación del presente procedimiento, se han analizado los KPI registrados por Telefónica para la provisión y resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra y de sus servicios minoristas comparables en las provincias de Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife, debido a que tanto Vodafone como Orange coincidieron en indicar, en el periodo de diligencias previas, que estas dos áreas geográficas habían sido algunas de las más afectadas por el empeoramiento de los plazos registrados por Telefónica.

En concreto, en el citado acuerdo de incoación se señaló que podría haber existido una práctica discriminatoria por parte de Telefónica en relación con los plazos de resolución de averías registrados en ambas provincias para los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, durante todo 2017 y hasta abril de 2018.

Durante la instrucción de este expediente se han recabado los KPI de provisión y de resolución de averías registrados hasta el mes de diciembre de 2018 en estas dos provincias, a los efectos de confirmar los indicios descubiertos sobre la indicada práctica discriminatoria de Telefónica. A continuación, se muestran los hechos probados en las provincias de Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife:

➤ Pontevedra

• Plazos de provisión en servicios NEBA cobre y NEBA fibra

Como se observa en las siguientes dos gráficas los tiempos medios de provisión en la provincia de Pontevedra para ambos servicios mayoristas, NEBA cobre y NEBA fibra, en comparación con los minoristas equivalentes de Telefónica no presentaron un comportamiento que permita determinar que ha existido un tratamiento discriminatorio uniforme durante el intervalo de los dos años examinados, fundamentalmente si nos fijamos en los servicios de

fibra.(excluyendo el pequeño pico que hubo en los tiempos registrados en el servicio NEBA fibra entre julio y agosto de 2017).

Gráfica 17: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA cobre global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Gráfica 18: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

No obstante lo anterior, no es posible obviar que, durante los meses de febrero y marzo y junio y julio de 2018, los tiempos de provisión del servicio NEBA cobre de Vodafone experimentaron un pico muy superior a los sufridos durante 2017 y a los registrados por el servicio minorista de Telefónica durante esos meses.

Estos tiempos demuestran que Telefónica trató a Vodafone de forma más desfavorable o discriminatoria, no solo respecto de ella misma sino también respecto del resto del mercado (incluido particularmente Orange).

- **Plazos de resolución de averías en servicios NEBA cobre y NEBA fibra**

La siguiente gráfica muestra los tiempos medios -efectivos (descontado el tiempo de todas las paradas de reloj) y totales- de resolución de averías para los servicios minoristas ADSL de Telefónica y mayorista NEBA cobre.

Gráfica 19: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA cobre global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Si en lugar de los tiempos totales (sin descontar ninguna parada) se representan los tiempos aportados por Telefónica en las actuaciones complementarias referidas en el antecedente de hecho decimosexto en los que se descuentan los tiempos de parada debidos a los operadores, bien por franqueo o bien por la reapertura de averías, se obtiene la siguiente gráfica con los tiempos medios de reparación de averías de NEBA cobre desglosados por operador descontando las paradas debidas a los operadores (línea discontinua):

Nota: Los datos aportados por Telefónica contienen un 0 como tiempo de resolución de averías para Orange en el mes de octubre de 2017. A falta de un valor adecuado de momento se ha tomado 42,64 horas, igual que el tiempo total sin descontar paradas. Asimismo, en junio de 2018, el tiempo descontando paradas de reloj de operador para Orange aportado por Telefónica es de 56,96 horas, que debe ser considerado también erróneo al ser incluso menor que las 58,17 horas indicadas como tiempo efectivo descontando todas las paradas de operador.

En línea con lo indicado en el acuerdo de apertura de este apreciamiento, de esta gráfica se observa que los tiempos de resolución de averías para el servicio mayorista NEBA cobre de Vodafone y de Orange, descontando las paradas de su responsabilidad, tuvieron importantes picos por encima de los tiempos de resolución de averías del servicio minorista de Telefónica, siendo el mayor incremento experimentado a partir de octubre de 2017 y hasta abril de 2018 (llegando los tiempos de resolución a alcanzar las 256 y 285 horas, esto es entre 10 y 12 días, mientras que Telefónica resolvía las averías de sus servicios minoristas en 8 días como máximo). Además, en el caso de Orange se puede observar que sus tiempos volvieron a sufrir un incremento, aunque más pequeño, en el mes de noviembre de 2018, que no sufrieron ni Telefónica ni Vodafone.

El servicio minorista de Telefónica también ha tenido un pico muy importante entre los meses de diciembre de 2017 y febrero de 2018, si bien ha sido menor que los registrados por los operadores mayoristas.

En cuanto a los tiempos medios de reparación de averías para el servicio mayorista NEBA fibra (tanto global como desglosado por operador) y el minorista FTTH de Telefónica también en la provincia de Pontevedra, cabe observar la siguiente gráfica.

Gráfica 20: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

De nuevo, si en vez de los tiempos totales (sin descontar paradas de reloj) se representan los tiempos descontando las paradas de reloj responsabilidad de los operadores, bien por franqueo, o bien por la reapertura de averías, aportados por Telefónica, se obtiene la siguiente gráfica con los tiempos medios de reparación de averías de NEBA fibra desglosados por operador descontando las paradas debidas a los operadores (línea discontinua):

De estas gráfica se aprecia cómo los tiempos medios efectivos de reparación de averías del servicio mayorista NEBA fibra, es decir, descontado el tiempo de todas las paradas de reloj (líneas discontinuas de la primera gráfica), estuvieron en muchos casos por encima del tiempo total del servicio minorista de Telefónica, prácticamente durante todo 2017 y parte de 2018. Se observa también que entre diciembre 2017 y febrero 2018 se produjo un incremento importante del tiempo medio de reparación de averías en el servicio mayorista.

Además, si se atiende a los tiempos descontando solo las paradas de operador aplicados en el servicio mayorista NEBA fibra, estos fueron mucho mayores que los registrados para el servicio minorista de Telefónica, que se mantuvieron

estables durante los dos años examinados. Se observa también igual que en los tiempos efectivos que ya desde octubre de 2017 hasta abril de 2018 se produjo un incremento muy importante del tiempo medio de reparación de averías en el servicio mayorista tanto para Vodafone como Orange (sobre todo en el caso de Orange que llegó a registrar hasta 413 horas descontando las paradas de reloj de su responsabilidad, esto es, por encima de 17 días, para la resolución de averías), que no se produjo en el servicio minorista de Telefónica (siendo su plazo de resolución en el mes de enero de 2018 de 73 horas -3 días-) Finalmente, se puede apreciar también que, en general, los tiempos de mantenimiento de Orange son sensiblemente superiores a los de Vodafone, sobre todo a finales de 2017 y durante la mayor parte de 2018.

Por consiguiente, se demuestra que, en la provincia de Pontevedra, el tratamiento dado por Telefónica a la resolución de averías de los servicios NEBA cobre y fibra fue peor que el aplicado al mantenimiento de sus servicios minoristas, incurriendo además en una discriminación entre operadores respecto de Orange durante los dos años analizados, en particular en la resolución de averías del servicio NEBA fibra.

➤ **Santa Cruz de Tenerife**

- **Plazos de provisión en servicios NEBA cobre y NEBA fibra**

Por lo que respecta a la provincia de Tenerife, la gráfica siguiente demuestra como los tiempos medios de provisión para el servicio mayorista NEBA cobre se mantuvieron por debajo de los tiempos del servicio minorista ADSL equivalente de Telefónica hasta mayo de 2018. No obstante, a partir de noviembre de 2017 los tiempos medios de provisión de Vodafone comenzaron a subir, registrando incrementos muy importantes respecto a los plazos registrados en meses anteriores, **siendo estos tiempos notablemente superiores al servicio minorista entre junio y noviembre de 2018** (meses en los que precisamente los tiempos medios de provisión minorista fueron disminuyendo en comparación con los tiempos registrados en los meses anteriores).

Gráfica 21: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA cobre global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Por su parte, Orange, a diferencia de la situación de Vodafone, mantuvo unos tiempos medios de provisión muy bajos durante los dos años analizados en relación con el servicio ADSL IP, que parece que comenzó a solicitar en el mes de junio de 2017. Este servicio mayorista suele provisionarse a Orange sobre pares ya ocupados por el STB, mientras que el servicio NEBA cobre, que suele utilizar Vodafone como ya se ha indicado al principio de este Hecho Probado, suele provisionarse sin STB y sobre pares que se encuentren en distintas

situaciones (vacante, ocupado por Telefónica o por un operador tercero), por lo que las actuaciones a llevar a cabo para prestar el servicio son distintas.

Por lo que respecta al servicio de provisión del servicio NEBA fibra, a diferencia de lo ocurrido en el servicio de provisión del NEBA cobre, los tiempos medios de provisión en la provincia de Tenerife (tanto a nivel nacional como por operador) se mantuvieron por debajo del servicio minorista equivalente de Telefónica en todo el periodo estudiado, como se observa en la gráfica siguiente.

Gráfica 22: Tiempos medios de provisión del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

- **Plazos de resolución de averías en servicios NEBA cobre y NEBA fibra**

Las siguientes dos gráficas muestran los plazos medios de resolución de averías para el servicio minorista de Telefónica y para los mayoristas NEBA cobre y fibra, tanto en tiempos totales como efectivos.

De la primera de ellas, relativa a los servicios de banda ancha basados en cobre, se observa que, mientras que los plazos del servicio de mantenimiento minorista de Telefónica tuvieron un comportamiento estable durante los dos años examinados, con un ligero incremento a partir del mes de diciembre de 2017, **los plazos de resolución de averías del servicio mayorista NEBA cobre a nivel nacional y de Vodafone han sido mucho más variables y elevados entre enero de 2017 y mayo de 2018, con importantes picos entre febrero y marzo, mayo, junio y julio y noviembre y diciembre de 2017 y febrero y marzo de 2018, que hicieron que hasta los tiempos medios efectivos de este servicio mayorista estuvieran por encima del tiempo medio total de resolución de averías del servicio minorista de Telefónica.**

Gráfica 23: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA cobre global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

Si en lugar de los tiempos medios de reparación de averías de NEBA cobre sin descontar ninguna parada de reloj, se representan los tiempos descontando las paradas debidas al operador, aportados por Telefónica en las actuaciones complementarias, se obtiene la siguiente gráfica:

Solo Orange se benefició de tiempos medios de resolución de averías mejores a los soportados por el resto del mercado y, principalmente por Vodafone, siendo incluso menores a los plazos registrados en el servicio minorista de Telefónica, por lo que también en la provincia de Tenerife se prueba que ha existido una diferencia de trato entre operadores.

Esta práctica discriminatoria detectada en los servicios de banda ancha basados en cobre fue mucho más acusada en los tiempos medios de reparación del servicio mayorista NEBA fibra prestado en Tenerife, incluso tomando en cuenta la comparativa de los tiempos medios efectivos del servicio mayorista con los tiempos medios totales registrados en el servicio minorista FTTH de Telefónica.

Gráfica 24: Tiempos medios de resolución de averías del servicio NEBA fibra global y desglosados por operador [CONFIDENCIAL TERCEROS]

En concreto, se demuestra que, a diferencia de los plazos de reparación minoristas, que fueron bajos y presentaron un comportamiento estable durante todo el periodo analizado, los plazos medios del servicio mayorista NEBA fibra (incluso los tiempos efectivos) sufrieron incrementos muy importantes entre enero de 2017 y marzo de 2018 para Vodafone (a pesar de que dicha diferenciación de plazos, aunque menos acusada, continúa hasta diciembre de 2018) y hasta diciembre de 2018 para Orange.

Orange habría sido el operador que ha sufrido una diferencia de trato más acusada y larga en el tiempo, que solo a partir de noviembre de 2018 comenzó a disminuir, coincidiendo sus plazos de resolución de averías con los de Vodafone y empezando a acercarse a los que Telefónica registró para su servicio minorista FTTH durante los referidos dos años.

Siendo ya las diferencias importantes entre los tiempos efectivos, que descuentan todas las paradas de reloj, sufridas por los mayoristas sufridos con respecto a los tiempos del servicio minorista observados en la gráfica anterior (línea discontinua), las diferencias con los tiempos descontando solo las paradas del operador son más significativas como se aprecia en la siguiente gráfica realizada a partir de los datos aportados por Telefónica en las actuaciones complementarias.

Dichas diferencias son un poco menores que si se comparasen los tiempos minoristas totales con los tiempos mayoristas totales que no se descuenta ninguna parada de reloj y que eran representados por línea continua en la gráfica 24.

4. Otras pruebas

En apoyo de las pruebas descritas hasta el momento, cabe mencionar las evidencias que se desprenden de las continuas reclamaciones que tanto Orange como Vodafone realizaron a Telefónica entre 2017 y 2018 sobre el retraso en la entrega y resolución de averías de los servicios NEBA solicitados. De hecho, Vodafone alega que, en junio de 2017, ante los retrasos continuos en la provisión de los servicios OBA y NEBA, **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Además, la preocupación y malestar de Vodafone, ante los continuos retrasos sufridos en la provisión y mantenimiento de los servicios de banda ancha se acredita con la copia de dos burofaxes enviados por esta operadora a Telefónica el 14 de agosto de 2017 y el 12 de enero de 2018, en el que le exigía el inmediato cumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio y el uso de sus recursos minoristas para evitar incurrir en una discriminación (folios 9255-9256 y 9261-9262).

En este sentido, Vodafone también ha aportado la copia de unos correos intercambiados entre Telefónica y esta operadora durante el 14 y el 21 de agosto de 2018, en el que Telefónica le reconoce que *“sí observamos que en alguna provincia ha aumentado ligeramente el backlog¹⁰. Vamos a poner foco en esas provincias para que prioricen las ordenes más antiguas”*. De hecho, algunas de las provincias denunciadas por Vodafone por la acumulación de retrasos en la entrega de los servicios de banda ancha solicitados fueron Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife (folios 9263-9265).

Respecto de Orange, cabe mencionar también los datos internos y múltiples correos que esta operadora también ha adjuntado a su escrito de 13 de febrero de 2019¹¹, en los que se muestra la denuncia constante de este operador sobre la demora en la entrega de los servicios NEBA solicitados, así como las peticiones constantes de este operador para que no se utilicen motivos distintos no justificados (ej. cambios de la ventana de instalación, reprogramaciones, comunicaciones con el cliente) para retrasar la instalación y la resolución de averías de los servicios NEBA solicitados por sus clientes.

En concreto, cabe mencionar algunos correos intercambiados sobre este tema entre el 13 y 14 de septiembre de 2018¹² en los que Telefónica respondía a Orange que estaban *“poniendo foco en recordar a todas las EECC la necesidad de no realizar cambios en la ventana de instalación de manera unilateral, así como cualquier otra práctica asociada que pueda derivar en una no instalación del acceso al cliente”*.

5. Conclusiones del Hecho Probado Primero

El análisis de las pruebas descritas y, principalmente, de los parámetros relativos a tiempos medios de provisión y de reparación de averías de los servicios NEBA

¹⁰ Número de solicitudes retrasadas

¹¹ Ver documentos adjuntos 4, 11 y 15 del escrito de Orange de 13 de febrero de 2019 (folio 9212).

¹² Último correo del Documento 4.

cobre y fibra y su estudio comparado con los tiempos registrados por Telefónica para sus servicios minoristas comparables, durante los años 2017 y 2018, arroja suficientes pruebas de la existencia de una práctica discriminatoria generalizada por parte de Telefónica, tanto a nivel nacional como en algunas provincias, sobre la prestación de los servicios mayoristas citados en relación con sus servicios minoristas equivalentes e incluso entre Vodafone y Orange, cometida a lo largo de los dos años examinados.

En particular, dichas pruebas demuestran que ha existido una priorización de sus servicios minoristas en detrimento de:

- El tiempo de provisión del servicio NEBA cobre sin STB a nivel nacional y, en concreto, respecto de Vodafone, entre enero de 2017 y diciembre de 2018, agravándose dicho empeoramiento tanto durante toda la segunda mitad de 2017 como de 2018.
- El tiempo de reparación de averías del minorista de Telefónica es inferior al tiempo de reparación de averías del servicio NEBA cobre a nivel nacional. Respecto de VODAFONE, en los meses de marzo, abril y especialmente julio de 2017. Respecto de Orange, desde diciembre de 2017 hasta abril.
- Las condiciones de calidad de los circuitos provistos para el servicio mayorista NEBA cobre de los operadores alternativos, principalmente respecto a Vodafone, durante los años 2017 y 2018, al acumular unas tasas de incidencias de mantenimiento y de provisión muy elevadas respecto a las registradas en los circuitos provistos para su servicio minorista equivalente).
- El tiempo de provisión del servicio NEBA fibra a nivel nacional, entre enero y octubre de 2017 y entre diciembre de 2017 y enero de 2018.
- El tiempo de reparación de averías del servicio NEBA fibra a nivel nacional durante todo el año 2017 y enero de 2018, aunque para el caso de Orange dicha conducta se alargó hasta febrero de 2018, existiendo un trato discriminatorio entre Vodafone y Orange, en perjuicio de esta última.
- Las condiciones de calidad de los circuitos provistos para el servicio mayorista NEBA fibra de los operadores alternativos, principalmente respecto a Vodafone, durante los años 2017 y 2018, al acumular unas tasas de incidencias de mantenimiento y de provisión muy elevadas respecto a las registradas en los circuitos provisto para el servicio minorista equivalente de Telefónica.
- El tiempo de provisión del servicio NEBA cobre en la provincia de Pontevedra durante los meses de febrero y marzo y junio y julio de 2018 solo respecto de Vodafone, existiendo un trato discriminatorio respecto del resto del mercado, en perjuicio de esta operadora.

- El tiempo de resolución de averías de los servicios NEBA cobre y fibra, en la provincia de Pontevedra, principalmente desde diciembre de 2017 hasta febrero de 2018 respecto de Vodafone, y hasta marzo de 2018 para Orange, habiendo incurrido en una discriminación entre operadores en perjuicio de esta última empresa durante los dos años analizados, en particular en la resolución de averías del servicio NEBA fibra.
- En el tiempo de provisión del servicio NEBA cobre registrado en la provincia de Santa Cruz de Tenerife entre junio y noviembre 2018, meses en los que justo los tiempos medios de provisión minorista estuvieron disminuyendo en comparación con los registrados meses anteriores, existiendo además un trato discriminatorio entre los operadores en perjuicio de Vodafone.
- En el tiempo de resolución de averías de los servicios NEBA cobre (entre enero de 2017 y mayo de 2018) y NEBA fibra (entre enero de 2017 y diciembre de 2018) en la provincia de Santa Cruz de Tenerife; siendo la reparación de averías del servicio NEBA fibra el más afectado y habiendo incurrido en una discriminación entre operadores respecto de Orange, en los tiempos de resolución de averías del servicio NEBA fibra, durante los dos años analizados.

SEGUNDO.- Telefónica ha hecho un uso improcedente de las paradas de reloj en la reparación de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, durante distintos periodos de tiempo comprendidos entre enero de 2017 y diciembre de 2018

El presente procedimiento administrativo sancionador se incoó contra Telefónica como consecuencia de la presunta realización de prácticas discriminatorias sobre los operadores alternativos demandantes de los servicios NEBA cobre y fibra, práctica que se ha acreditado en el Hecho Probado anterior.

Sin embargo, tras el análisis exhaustivo realizado durante la instrucción de este procedimiento sobre toda la información recabada, ha sido posible probar también una práctica irregular en relación con el uso de las paradas de reloj aplicadas durante la resolución de averías.

Esta conclusión se alcanza a pesar de tener en cuenta la información aportada por Telefónica en las actuaciones complementarias, referidas en el antecedente de hecho décimosexto, consistentes en requerirle los datos desglosados por operador sobre los tiempos medios de resolución de averías mensuales de NEBA fibra descontando los tiempos de parada debidos a los operadores, bien por franqueo, o bien por la reapertura de averías (información que ya fue requerida a esta operadora durante la tramitación del procedimiento y que Telefónica alegó no poder aportar), y no descontar, a su favor, el tiempo de reapertura de las averías minoristas de sus tiempos totales (que Telefónica no ha aportado), para comparar KPI lo más equivalentes posibles. Según alega

esta operadora en su escrito de 15 de julio de 2019, por defecto calcula que las paradas de reapertura de averías de sus clientes son como máximo de 18 horas.

Del examen de los datos expuestos a través de las gráficas incluidas en el Hecho Probado Primero se ha descubierto que -si bien en menor proporción a la determinada en la propuesta de resolución, una vez tomados los últimos datos aportados por Telefónica-, han existido márgenes de tiempo amplios, con carácter estable en la mayoría de los servicios y áreas geográficas analizadas, teniendo en cuenta los plazos totales (sin contar las paradas de reloj debidas al operador) y los plazos efectivos de resolución de averías (descontadas todas las paradas de reloj) del servicio NEBA cobre y fibra (que se han movido con carácter general entre las 10 y casi 200 horas)(ver gráficas relativas a los plazos de resolución de averías 8, 13, 14, 19, 20, 23 y 24)¹³.

No se observan con tanta incidencia estas diferencias de tiempos en averías respecto de Telefónica, principalmente si se atiende a los servicios minoristas FTTH, ya que sus tiempos medios totales de resolución de averías son incluso menores a los tiempos medios efectivos (descontadas todas las paradas de reloj) registrados para el resto del mercado (servicios mayoristas), durante varios meses (ver gráficas 14, 19, 20, 23 y 24).

Se considera que esta diferencia de tiempos entre totales (descontando paradas de operador) y efectivos en la resolución de averías vienen motivadas por el uso indebido y por defecto de las paradas de reloj cada vez que se comunica una avería en los circuitos.

Ello es así porque la mayoría de las paradas de reloj o interrupciones en el plazo de reparación de las averías, sobre todo una vez tenidas en cuenta las paradas debidas a operador, se deben a problemas de cliente.

Además, llama la atención que dicho incremento de los tiempos totales respecto de los efectivos se produjera y afectara de forma coincidente tanto a Orange como a Vodafone.

Por otra parte, si tal diferencia de plazos estuviera relacionada con la aplicación de paradas de reloj motivadas por los clientes (incomunicación), sorprendería que solo los clientes de los operadores alternativos tuvieran problemas por defecto para concertar cita con los técnicos de Telefónica para resolverles la incidencia en el servicio.

Pues bien, a la vista de las gráficas citadas y teniendo en cuenta los plazos totales de Telefónica, así como los meses más notorios de su conducta en beneficio de esta operadora, es posible concretar que este uso indebido de las

¹³ Esta misma conducta no se ha analizado para la provisión de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, al no disponerse del KPI relativo al tiempo medio efectivo y no haber requerido la aportación de este KPI a Telefónica.

paradas de reloj se ha producido, además de modo discriminatorio entre Vodafone y Orange¹⁴, al menos:

- Especialmente en los meses de marzo, abril y julio de 2017 en la resolución de averías del servicio NEBA cobre, principalmente respecto de Vodafone. En octubre de 2017 Telefónica comenzó a registrar tiempos totales también muy altos y por encima de los registrados en los servicios mayoristas. No obstante lo anterior, se tiene en cuenta que, tal y como se desprende de la gráfica 8, el uso de las paradas de reloj en los servicios mayoristas es incluso más intensivo a partir de enero de 2018, tanto para Orange como Vodafone.
- Principalmente entre marzo y julio de 2017 y enero de 2018, para Vodafone y entre febrero de 2017 y febrero de 2018 para Orange, en la resolución de averías del servicio NEBA fibra, dado que el tiempo total del servicio minorista de Telefónica empieza a ser mayor en dichos meses, a pesar de que las paradas de reloj siguen aplicándose con el mismo patrón hasta diciembre de 2018 (Gráfica 14).
- Entre diciembre de 2017 y abril de 2018 para Vodafone y entre noviembre de 2017 y abril de 2018 para Orange, en la resolución de averías del servicio NEBA cobre en la provincia de Pontevedra (Gráfica 19).
- Entre noviembre de 2017 y hasta septiembre de 2018 en la resolución de averías del servicio NEBA fibra de la provincia de Pontevedra, principalmente respecto de Orange (Gráfica 20).
- Entre febrero de 2017 y febrero de 2018, principalmente respecto de Vodafone, en la resolución de averías del servicio NEBA cobre en la provincia de Santa Cruz de Tenerife (Gráfica 23).
- Con carácter general, durante casi todo 2017 y 2018 en la resolución de averías del servicio NEBA fibra en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, siendo el operador más afectado Orange (Gráfica 24).

A este respecto, cabe indicar que principalmente Orange, aunque también Vodafone, en sus escritos de 13 y 14 de febrero de 2019, han alegado sobre la posible aplicación improcedente de paradas de reloj por parte de Telefónica, lo que ha hecho aumentar los plazos de resolución de averías. En particular, ambos operadores mencionan casos y copias de correos intercambiados con Telefónica sobre la posible aplicación indebida de las paradas de reloj supuestamente motivadas por la incomunicación con el cliente, cuando ni siquiera el instalador de Telefónica se había comunicado con ellos.

¹⁴ Lo que confirma la conducta discriminatoria de Telefónica acreditada en el Hecho Probado Primero.

En concreto, Orange aporta las copias de algunos correos intercambiados entre técnicos de esta operadora y Telefónica entre noviembre de 2017 y septiembre de 2018¹⁵ en los que se pone de manifiesto la existencia de un cambio de gestión o incluso de una mala praxis de los técnicos en la aplicación de paradas de reloj en algunas zonas.

En particular, cabe mencionar el correo enviado por Orange a Telefónica el 7 de septiembre de 2018¹⁶ en el que le informaba que seguían detectando *“paradas de reloj improcedentes que necesitamos que reviséis y se pongan medidas para que no se produzcan”*, adjuntándole seis casos al respecto relacionados con la resolución de averías del servicios NEBA fibra.

En otro correo enviado por Telefónica a Orange el 27 de septiembre de 2018, ante la queja de este operador sobre *“la introducción de paradas de reloj mayoritariamente improcedentes para dilatar el tiempo de reparación de las averías que sufren nuestros clientes (las averías en las que Telefónica introduce parada de reloj pasan una media de 50 horas en parada tanto en fibra como en cobre)”*, Telefónica le comunicaba que habían *“encontrado prácticas muy puntuales y localizadas donde existían malas praxis por algunos técnicos. Ya se han tomado medidas para reconducir esta situación”*.

Asimismo, puede señalarse el correo de 16 de abril de 2018 en el que Telefónica reportaba a Orange los KPI sobre averías en servicios OBA y NEBA y le indicaba que “Como indiqué la anterior semana los tiempos Totales en el T.Norte, concretamente en Asturias, Lugo y Pontevedra se está disparando (...)”. Es más, una semana después, a través de un correo electrónico sobre el mismo asunto¹⁷, de 23 de abril de 2018, Telefónica le indicaba a Orange que “Como os comentaba en la última reunión el tiempo es muy alto debido al cambio de gestión de las paradas de reloj, se está poniendo el foco en reducir este tiempo”.

A la vista de los datos de las gráficas citadas, que prueban la práctica recurrente de aplicar paradas de reloj en la resolución de averías de los servicios de banda ancha mayoristas, secundados por las manifestaciones conjuntas de los operadores Vodafone y Orange frente al alto nivel de incidencias y retrasos en su resolución durante esos meses, así como del propio reconocimiento de Telefónica a través de la contestación de algunos correos enviados por dichos operadores, sobre la aplicación improcedente de paradas de reloj, se confirman las conclusiones alcanzadas en el presente Hecho Probado Segundo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

¹⁵ En concreto, ver correos intercambiados el 16 de noviembre de 2017, 23 de enero, 1 y 6 de febrero, 16 y 23 de abril y 7 y 27 de septiembre de 2018.

¹⁶ Documento 7 de su escrito de 13 de febrero de 2019.

¹⁷ “Seguimiento Piloto Orange 23/enero/2017”.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁸, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la Comisión, en relación con las materias reguladas en la propia Ley, el artículo 70.2.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), le atribuye competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En base a esta competencia, el 24 de febrero de 2016, la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas¹⁹. Mediante dicho acto, se procedió a regular *ex ante* los mercados mayoristas de banda ancha, en línea con las medidas ya contempladas en la anterior Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor²⁰.

En la citada resolución, se impuso a Telefónica, en calidad de operador con poder significativo en los mercados de referencia (PSM), una serie de medidas regulatorias, incluyendo obligaciones en materia de acceso, de no discriminación en relación con los servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha (NEBA), entre otros, y de transparencia en la prestación de los citados servicios, que se concreta adicionalmente en la obligación de disponer de una oferta de referencia. A este respecto, es relevante en este expediente la oferta de acceso al Nuevo Servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA)²¹ aprobada mediante

¹⁸ Actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

¹⁹ Expediente ANME/DTSA/2154/14.

²⁰ Expediente MTZ 2008/626.

²¹ La primera oferta NEBA se aprobó mediante Resolución de 10 de noviembre de 2011 (DT 2011/738).

Resolución de 10 de marzo de 2016 (OFE/DTSA/1456/14) ²², en virtud de lo dispuesto en el artículo 8²³ del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de mercados).

Por otra parte, de conformidad con el artículo 84 de la LGTel, así como con los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene atribuido el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por la LGTel.

En particular, el párrafo 2 del citado artículo 84 establece que la potestad sancionadora corresponderá:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

A estos efectos, la LGTel, en su artículo 76.12, contempla como infracción muy grave:

“El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas determinadas en los dos hechos probados y resolver sobre el presente procedimiento sancionador.

En este marco, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la LCNMC, el órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según lo previsto en el artículo 63 de la LPAC y lo establecido en el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

²² Posteriormente a la Resolución de 10 de marzo de 2016 la Oferta NEBA ha sido modificada para revisar cuestiones muy concretas. En particular, la última modificación ha sido aprobada el 9 de abril de 2019, para incluir nuevos perfiles en los servicios mayoristas NEBA y NEBA Local.

²³ Trasposición del artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre.

De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente expediente -Antecedente Segundo-.

SEGUNDO.- Sobre la ley aplicable al presente procedimiento

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 12 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel. En aplicación del referido artículo 2, resulta de aplicación la precitada LPAC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los Hechos Probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

En particular, tal y como consta en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo del acuerdo de inicio, de 10 de octubre de 2018, el presente procedimiento sancionador se incoó contra Telefónica debido a que *“El estudio de dichos indicadores²⁴ ha descubierto la existencia de suficientes elementos de juicio que permiten concluir que Telefónica ha podido incurrir en diversas conductas discriminatorias, en diferentes periodos de tiempo, no solo respecto a los tiempos de provisión y de resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, sino también entre los operadores alternativos analizados, y a nivel no solo nacional sino también provincial, en comparación con los tiempos registrados en provisión y resolución de averías para sus servicios minoristas ADSL y FTTH.*

(...)

Habida cuenta de lo anterior y llevada a cabo una valoración preliminar de los hechos indicados supra, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera que existen indicios suficientemente razonables de presunto incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones por parte de Telefónica, susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por los artículos 55, 58, 59 y 63 de la LPAC. Por ello, a

²⁴ KPI de provisión y resolución de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra y minoristas ADSL y FTTH comparables, correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2017 y marzo de 2018.

través del presente acuerdo se procede a la incoación de un procedimiento sancionador contra dicho operador, de conformidad con el artículo 64 de la LPAC”.

No obstante lo anterior, el citado artículo 64 de la LPAC establece que en el acuerdo de incoación del procedimiento han de constar los hechos que lo motivan, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, “*sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*”.

Pues bien, durante la instrucción se ha probado que Telefónica (i) ha incurrido en diversas prácticas discriminatorias en los tiempos de provisión y de resolución de averías y en las condiciones de calidad de los circuitos provistos en los servicios mayoristas “NEBA cobre y fibra”, durante 2017 y 2018 –hasta diciembre de 2018, en concreto-, tanto a nivel nacional como de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Pontevedra e incluso entre operadores, y que (ii) ha hecho un uso improcedente de las paradas de reloj en la reparación de averías de estos servicios mayoristas de banda ancha, durante distintos periodos de tiempo comprendidos entre enero de 2017 y diciembre de 2018.

A efectos de valorar los hechos probados, se analiza a continuación la regulación a la que está sujeta Telefónica como operador declarado con PSM en los mercados 3.a, 3.b y 4, en relación con su obligación de no discriminación y de transparencia, teniendo en cuenta lo dispuesto de su oferta de referencia NEBA.

1. Hecho probado Primero: sobre la obligación de no discriminación impuesta a Telefónica

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

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

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

- a) la calidad de los servicios,
- b) los plazos de entrega, y

c) las condiciones de suministro.

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

Conforme establecen los marcos comunitario y nacional descritos, la obligación de no discriminación, en relación con la prestación de servicios mayoristas y minoristas equivalentes, constituye una pieza clave para la garantía de la competencia efectiva en los mercados minoristas descendentes y su cumplimiento, en modo alguno, ha de verse restringido por actuaciones adoptadas de forma unilateral en el mercado mayorista por el operador declarado con PSM con prácticas tales como tácticas dilatorias, el uso privilegiado de información o discriminación de calidad y precios o subvenciones cruzadas..

La obligación de no discriminación tiene una relevancia fundamental en mercados donde el operador con PSM es un operador verticalmente integrado, con presencia tanto a nivel mayorista (como proveedor de los insumos o recursos (*inputs*) imprescindibles para la prestación de los servicios de banda ancha de los operadores alternativos en el mercado descendente²⁵) como minorista, en el que compite con estos últimos operadores.

Así lo puso de relieve la Comisión Europea en su Recomendación, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha²⁶ (Recomendación sobre la obligación de no discriminación), que en su considerando 12 se refiere a la necesidad de garantizar una estricta equivalencia de acceso, que permita una competencia en condiciones de igualdad entre el operador con PSM (Telefónica) y los terceros solicitantes del acceso. Merece la pena a este respecto detenerse en la fundamentación regulatoria que hace valer la Comisión Europea a la hora de sostener la relevancia de los instrumentos destinados a controlar la discriminación:

“12. Uno de los principales obstáculos a la existencia de condiciones de verdadera igualdad para los solicitantes de acceso a las redes de comunicaciones electrónicas es el trato preferente que reciben las empresas descendentes (por ejemplo, la división minorista) de un operador integrado verticalmente con poder significativo en el mercado (operador con PSM), mediante una discriminación en lo relativo tanto a los precios como a otros conceptos (por ejemplo, en cuanto a calidad del servicio, acceso a la información, tácticas dilatorias, exigencias injustificadas y diseño estratégico de características esenciales del producto). A este respecto, resulta

²⁵ En línea con lo dispuesto en el considerando 17 de la Directiva de Acceso.

²⁶ Recomendación núm. 2013/466/UE, publicada en el DOUE no. L 251/13 de 21 de septiembre de 2013.

particularmente difícil detectar y combatir los comportamientos discriminatorios no relativos a los precios mediante la mera aplicación de una obligación general de no discriminación. Así pues, es importante garantizar la verdadera equivalencia de acceso mediante la aplicación estricta de obligaciones de no discriminación y mediante el uso de medios efectivos para vigilar y garantizar su cumplimiento.”

Además, esta Recomendación, en su Considerando (20), señala que, con independencia del concepto exacto de equivalencia que se imponga al operador con PSM, es fundamental garantizar que los operadores alternativos pueden replicar técnica y económicamente las ofertas minoristas del operador con PSM, “sobre la base del insumo al por mayor regulado que reciben”.

Por ello, en la resolución de aprobación de la definición y análisis de los diferentes mercados mayoristas de banda ancha, en concreto, de los mercados 3a, 3b y 4 aprobados mediante Resolución de 24 de febrero de 2016, esta obligación se ha impuesto a Telefónica. En su virtud, esta operadora está obligada a aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y a proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales.

En concreto, con la finalidad de evitar los efectos anticompetitivos y de abuso de la posición de dominio en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas fijas, que se originan como consecuencia de las posibles conductas discriminatorias que pueda realizar el operador designado con PSM (Telefónica), la citada Resolución, de 24 de febrero de 2016, impuso a esta operadora la obligación de no discriminación, para los servicios mayoristas de acceso indirecto a la banda ancha, en los siguientes términos establecidos en su Anexo 5:

“(…) TESAU implantará los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista de banda ancha, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. (...)”

- Con carácter periódico, Telefónica deberá remitir a la CNMC y comunicar a los operadores alternativos los indicadores clave de rendimiento (parámetros de calidad) de los servicios de acceso de banda ancha que presta a terceros y de los servicios equivalentes que se presta a sí misma y a otras empresas del Grupo Telefónica para sus servicios minoristas.
- Hasta el momento de su modificación por la CNMC, la periodicidad, el formato y el grado de detalle de la citada información se basarán en los actualmente vigentes²⁷, sin perjuicio de la facultad de la CNMC de

²⁷ “Establecido por la Resolución de revisión de la oferta de referencia de fecha 14 de septiembre de 2006 y su Anexo II, y modificado por la Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a la migración del servicio de prolongación de par al nuevo entorno de sistemas mayoristas NEON de 2 de junio de 2011 y por la Resolución

requerir de Telefónica toda información adicional necesaria para garantizar el cumplimiento de la obligación de no discriminación. La oferta de referencia deberá recoger, en forma de acuerdos de nivel de servicio (ANS), los compromisos de calidad que como mínimo debe garantizar Telefónica, así como las garantías de nivel de servicio (penalizaciones) que serán de aplicación ante el incumplimiento de los primeros.

En relación con los acuerdos de nivel de servicio y garantías de nivel de servicio, se estará a lo dispuesto en la actual oferta mayorista del nuevo servicio Ethernet de banda ancha (NEBA) y en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA), así como en sus posibles actualizaciones”.

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

Para mejorar dicha comparativa de procesos, el 22 de mayo de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó la Resolución sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades de autoprestación de Telefónica y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la oferta de acceso al bucle de abonado²⁸.

En esta Resolución, precisamente con el objeto de garantizar la correcta supervisión de la obligación de no discriminación impuesta también en aquel momento a Telefónica en el mercado de banda ancha por parte de este organismo, dada la importancia que ello tiene en el fomento de la competencia efectiva en este mercado, se analizan de forma pormenorizada las tareas que efectivamente se llevan a cabo durante la provisión de los servicios equivalentes minoristas y mayoristas, así como la información aportada por esta operadora a este respecto, y en particular, sobre los procedimientos internos seguidos para sus servicios de autoprestación.

Esta Resolución permite revisar con mayor detalle -a nivel proceso y subproceso- la equivalencia de servicios minoristas y mayoristas ya definida en la OBA²⁹,

sobre revisión de plazos e indicadores de calidad de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA) de 5 de diciembre de 2012, así como por la Resolución sobre la revisión de varios requerimientos de información periódica, de 1 de diciembre de 2015”.

²⁸ Expediente DT 2006/1586.

²⁹ Véase la página 12 de la Resolución de 22 de mayo de 2008: “No obstante las citadas equivalencias establecidas en la OBA, en el presente procedimiento se revisarán con mayor detalle los matices característicos de estos servicios y actividades, desglosando su proceso de provisión en tareas secuenciales al objeto de establecer comparativas funcionales y de plazos

desarrollar estas equivalencias e incluir en la oferta de referencia (posteriormente se incorporó en la oferta NEBA) un indicador (KPI) de tiempos medios de provisión, sin descontar los días transcurridos durante las paradas de reloj -tiempos totales- (que pueden afectar tanto a las solicitudes minoristas de Telefónica como a las de los operadores)³⁰, con la finalidad de no distorsionar la comparativa entre servicios mayoristas y minoristas equivalentes definidos en dicha resolución, en el entorno productivo real de Telefónica³¹.

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

En consecuencia, las obligaciones en materia de no discriminación reguladas en la Resolución de 24 de febrero de 2016 se configuran como medidas concretas y perfectamente definidas y conocidas por Telefónica. Más aun, Telefónica es plenamente consciente de la relevancia que adquiere el cumplimiento de esta obligación, principalmente, en el entorno de los servicios mayoristas basados en redes NGA y del cambio de la regulación mayorista, en la que no se imponen precios de acceso al por mayor regulados a la red NGA de Telefónica sino una obligación de replicabilidad económica³².

Este último extremo es muy relevante y no puede pasarse por alto. La flexibilidad en los precios de los servicios de acceso mayorista a productos de NGA ha de preverse si una estricta ausencia de discriminación está garantizada a los operadores alternativos -a través de la equivalencia de insumos que defina la CNMC-. Así, tal y como indica el Considerando (52) de la Recomendación citada:

“(...) En otras palabras, cuando se aplica la EdI [equivalencia de insumos] y las ANR consideran que se han introducido las salvaguardias competitivas mencionadas, las

entre las tareas que han podido constatar como totalmente equivalentes por abarcar actuaciones similares”.

³⁰ Véase la página 42 de la citada Resolución.

³¹ Véase la página 39 de la referida Resolución: *“al objeto de garantizar unas condiciones de neutralidad y objetividad dirigidas a dotar de la máxima fiabilidad posible a las comparativas de plazos, no se descontarán del citado cómputo incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza, lo que será de aplicación tanto en el cálculo de plazos medios de provisión de servicios mayoristas como de actividades en autoprestación”.*

³² Ver la Resolución de la CNMC, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la tercera revisión de los mercados de banda ancha (actuales mercados 3a, 3b y 4) (expediente con núm. de referencia ANME/DTSA/2154/14). Véanse, asimismo, los apartados 48 y siguientes de la Recomendación sobre la obligación de no discriminación.

ANR no deben imponer un precio del acceso regulado para los insumos al por mayor de NGA”.^[33]

Por último, indica la Recomendación, el incumplimiento por parte del operador con PSM de la hoja de ruta marcada para garantizar las medidas de no discriminación establecidas puede tener graves consecuencias (Considerando (59)):

“(…) En ese caso, las condiciones de no discriminación que justifican la no imposición o mantenimiento de los precios del acceso al por mayor regulados en las redes NGA dejan de cumplirse y deben dar lugar a la reimposición de precios del acceso al por mayor regulados o a que la ANR haga uso de sus facultades sancionadoras de conformidad con el marco regulador.”

Por ello, la regulación de la obligación de no discriminación a los operadores con PSM como Telefónica es una de las medidas de mayor relevancia en la actualidad, debiendo cumplirse escrupulosamente al haberse establecido en la Resolución de 22 de febrero de 2016, conforme señalaba la citada Recomendación, la flexibilización de los precios regulados sobre los servicios mayoristas de banda ancha de nueva generación, como los analizados en este expediente.

Además, cabe tener en cuenta que no es la primera vez que Telefónica ha sido sancionada por el incumplimiento de su obligación de no discriminación. A este respecto, cabe mencionar la Resolución de 7 de marzo de 2017³⁴, por la que se sancionó a Telefónica por importe de 3 millones de euros, como consecuencia del incumplimiento de la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Pues bien, en el caso presente se ha determinado (Hecho Probado Primero) que Telefónica ha incurrido en diversas prácticas discriminatorias en los tiempos de provisión y de resolución de averías y en las condiciones de calidad de los circuitos provistos en los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, respecto del tratamiento dado a sus servicios minoristas equivalentes, durante 2017 y 2018, tanto a nivel nacional como de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Pontevedra e incluso entre operadores.

Por consiguiente, a la vista de lo expuesto, esta conducta supone un incumplimiento de la referida Resolución de 24 de febrero de 2016 y, por tanto,

³³ En este mismo sentido se pronuncia el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, aprobado por la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, en su considerando 193.

³⁴ SNC/DTSA/007/16

la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel.

Telefónica insiste, en relación con la tipicidad de la conducta, en la inadecuada comparación entre los servicios. Dicho extremo será analizado en el apartado correspondiente.

No obstante, para esta Sala, tal y como señalaba la propuesta de resolución, el hecho de que los KPI mayoristas de provisión relativos al servicio NEBA cobre con y sin STB (tiempos totales, incluyendo los días de paradas de reloj debidas a los clientes) no son del todo equiparables con los KPI minoristas de provisión del servicio ADSL, debido a la existencia de alguna tarea diferenciada no impide que se pueda realizar una comparativa objetiva entre las actuaciones correspondientes a los servicios “NEBA cobre” y las relativas a las actividades equivalentes en autoprestación de Telefónica para determinar si esta operadora ha podido realizar alguna conducta discriminatoria en la provisión y mantenimiento de estos servicios mayoristas, así como de los servicios NEBA fibra.

La CNMC ya analizó equivalencias entre NEBA Fibra y los servicios minoristas de fibra de Telefónica, así como entre los servicios de acceso indirecto equiparables en la actualidad a los regulados en la oferta “NEBA Cobre” en la Resolución de 7 de marzo de 2017, por la que se puso fin al procedimiento sancionador incoado contra Telefónica, de referencia SNC/DTSA/007/16.

Asimismo, cabe recordar a Telefónica que la Resolución de 22 de mayo de 2008³⁵ -que continúa siendo de aplicación a día de hoy, a la luz de la obligación de no discriminación que se sigue imponiendo a Telefónica en la referida Resolución de 24 de febrero de 2016- detalla la relación de equivalencia existente entre los servicios minoristas prestados por Telefónica (en autoprestación) y los servicios mayoristas basados en cobre que este operador debe poner a disposición de terceros. Es por ello que, a efectos de la tipicidad de la conducta, esta operadora no puede alegar desconocimiento de que su actuación fuera discriminatoria debido a la falta de pronunciamiento expreso con carácter previo. Ello excluye absolutamente la existencia de un tipo en blanco, tal y como alega.

Además, en el Resuelve Tercero de la referida resolución de 22 de mayo de 2008 se obliga a Telefónica a notificar cualquier comunicación que previera, entre otras, en relación con el desarrollo de sus actividades de autoprestación y los plazos máximos establecidos para la provisión de las mismas, así como cualquier factor que alterase las referencias establecidas para la realización de comparativas de plazos de provisión, con antelación suficiente al objeto de evitar discontinuidades en los procesos de registro y comparativa de plazos.

Si Telefónica considera que los servicios de provisión del “NEBA cobre” comparados a los efectos de analizar su conducta discriminatoria no son equivalentes debido a posibles modificaciones realizadas en el desarrollo de sus actividades minoristas, debería haberlo comunicado a esta Comisión para que lleve a cabo el análisis correspondiente, de lo cual hasta el momento no se ha producido.

No obstante lo anterior, debe recordarse que con el fin de utilizar el indicador de provisión más adecuado para la comparabilidad de servicios, se requirió a Telefónica que aportara los tiempos de provisión que contabilizan solo las paradas debidas al cliente, sin incluir las paradas debidas al operador.

Inicialmente dicho indicador es el más adecuado para su análisis al no contabilizar los retardos estrictamente debidos a los operadores que pudieran existir en su caso³⁶. Por ello, en los siguientes requerimientos de información sobre los KPI realizados durante la instrucción se continuó solicitando a Telefónica este indicador de los tiempos de provisión, a los efectos de observar la actuación seguida por Telefónica para la provisión de los servicios NEBA cobre y fibra.

Por otra parte, las comparativas realizadas sobre los plazos medios de provisión y de resolución de averías se han realizado en todo momento con criterios favorables a la imputada, al no tomarse en cuenta que el servicio mayorista constituye solo una parte del proceso de provisión del servicio final al cliente de un operador alternativo. En consecuencia, el plazo de provisión mayorista debería ser no solo similar, sino, generalmente, menor al plazo total del servicio minorista equivalente de Telefónica, a los efectos de garantizar una competencia efectiva y, por tanto, un trato equivalente entre usuarios finales.

Pese a ello, tal y como se considera demostrado, los plazos medios totales minoristas de provisión y mantenimiento de los servicios FTTH y ADSL no han sido similares, sino muy inferiores en diferentes periodos de tiempo a los plazos medios totales registrados en provisión y resolución de averías de los servicios mayoristas de NEBA cobre y fibra, durante los distintos periodos de tiempo indicados. Incluso se ha demostrado que los plazos medios totales de resolución de averías de los citados servicios minoristas (sin descontar los días de las paradas de reloj), han sido en algunos meses menores a los plazos medios efectivos (descontados los días de las paradas de reloj) registrados para el mantenimiento de los servicios mayoristas NEBA comparables, principalmente, si nos fijamos en los servicios basados en fibra óptica y en los tiempos registrados en las provincias de Pontevedra y Santa Cruz de Tenerife.

³⁶ Si bien los nuevos valores entregados por Telefónica no difieren sustancialmente de los valores del KPI enviado mensualmente, ambos valores deberían coincidir en caso de que el KPI midiese hasta la comunicación de la entrega del servicio, es decir, sin incluir el tiempo hasta la aceptación por parte del operador alternativo.

Telefónica también alega que no se ha producido un incumplimiento generalizado ni continuado de la Resolución de 24 de febrero de 2016, ya que esta resolución cita una serie de obligaciones cuyo cumplimiento no ha sido cuestionado.

Al respecto, como ya se señaló, debe indicarse que no es componente del tipo infracto imputado el incumplimiento generalizado de la resolución de que se trate, sino el incumplimiento flagrante y muy grave, frente al incumplimiento defectuoso o tardío que es parte del tipo de infracción grave contenido en el artículo 77.27 de la LGTel.

Al contrario de los supuestos analizados en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 (núm. 4037/2010) y la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2018 (núm. 594/2015), se imputa a Telefónica un notorio incumplimiento continuado de la Resolución de 24 de febrero de 2016, durante dos años consecutivos, por la inobservancia de la obligación de no discriminación establecida para la prestación de los servicios de banda ancha fija (no solo respecto de su servicio minorista sino también entre operadores). No se imputa un incumplimiento generalizado porque no se trata de una oferta de referencia que contiene múltiples obligaciones, sino de una obligación muy concreta, la de no discriminación.

La obligación de no discriminación es una obligación que exige un resultado, no simplemente un despliegue de medios para su consecución. Como se ha expuesto, cuando ese resultado difiere del ideal (que no exista diferencia con el servicio minorista del obligado), es evidente que se incumple la resolución que la impone.

La tipificación de la conducta como de infracción muy grave también tiene por objetivo la protección de la autoridad de esta Comisión. De otra manera, si se calificasen solamente como grave, con la menor sanción que ello conlleva, no se desincentivaría de forma adecuada el incumplimiento de sus resoluciones.

En este sentido, cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁷ que establece que el menoscabo de la *“auctoritas” de esta Comisión “se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (..)”*. *Ello debido a “la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones [..]”*.

³⁷ Ver Sentencias de de fecha 10 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166 -no se dispone del núm. del recurso-), 14 de diciembre de 2007 (núm. 1341/2005) y 21 de octubre de 2014 (núm. 2319/2011).

2. Hecho probado Segundo: sobre la obligación de acceso impuesta a Telefónica, tal y como se concreta en la oferta de referencia NEBA

Las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas a Telefónica en la Resolución de 24 de febrero de 2016, para la prestación de los servicios de acceso indirecto a la banda ancha, se concretan, entre otras, en la obligación mediática de las anteriores³⁸ de publicar una Oferta de Referencia suficientemente desglosada, que debe incluir, entre otros aspectos, los acuerdos de nivel de servicio en provisión y resolución de averías (SLA) que está obligada a aplicar esta operadora en cumplimiento de la obligación de acceso no discriminatorio impuesta en la misma Resolución (vid. Art 14.1 de la LGTel parcialmente transcrito en nota a pie de página 37). Estos compromisos de calidad se asumen también de conformidad con lo establecido en el contrato-tipo de su oferta de referencia NEBA, aprobada por Resolución de 10 de marzo de 2016.

Así, el Anexo 5 de la Resolución de 24 de febrero de 2016 contiene las obligaciones impuestas a Telefónica en relación con los servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha. En el apartado 1, se configura la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, en la que se incluye:

“a. Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso mayorista de banda ancha.

(...)

³⁸ Artículo 14. Obligaciones específicas aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de:

a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, incluidas, en su caso, las condiciones que pudieran limitar el acceso o la utilización de servicios o aplicaciones, así como los precios. **En particular, cuando de conformidad con la letra b) se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.**

Asimismo, se garantizará que los operadores a los que de conformidad con la letra d) se impongan obligaciones en relación con el acceso al por mayor a la infraestructura de la red dispongan de una oferta de referencia. Mediante real decreto se establecerá el contenido mínimo de elementos que debe contemplar dicha oferta.

b) No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.

d. Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares, habilitados al efecto.

e. Facilitar un acceso mayorista suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo. Este servicio deberá permitir a los operadores la configuración flexible de productos minoristas, así como la máxima independencia posible de las ofertas minoristas de Telefónica.

f. Facilitar el acceso a los recursos asociados necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones.”

En el marco de esta obligación de acceso, se declaran vigentes -según señala el mismo Anexo- todas las previsiones relativas al acceso indirecto al bucle de abonado contenidas en la Oferta de Referencia NEBA, sin perjuicio de la competencia de la CNMC para introducir cambios en dicha oferta, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

En concreto, uno de los aspectos que se regulan a lo largo de la oferta de referencia NEBA es el uso de las paradas de reloj de los plazos de provisión (informativas³⁹ o ejecutivas⁴⁰) y de resolución de averías, así como las causas que motivan su aplicación⁴¹.

De hecho, en la resolución de averías, si el tipo de incidencia requiere que se efectúe algún tipo de medida para su resolución, por la necesidad de concertar una cita con el abonado, o por ser necesaria la presencia del operador para efectuar pruebas conjuntas, Telefónica puede aplicar una parada de reloj hasta que la visita queda concertada con el cliente o se envíe la incidencia al operador en caso de contacto infructuoso, o hasta que se concierte hora y fecha con el operador en caso de que se necesite que esté presente en la resolución de la avería. La parada de reloj más habitual en caso de servicios de acceso indirecto, como los analizados en este procedimiento, está motivada por la incomunicación.

Por tanto, el uso de estas paradas de reloj debe estar motivado dentro de las causas tipificadas en la oferta y ajustadas al tiempo necesario para resolver la incidencia que las haya provocado, ya que de otro modo se estaría ampliando artificialmente el plazo total de resolución de las averías de los servicios mayoristas, de forma discriminatoria y con los posibles perjuicios que esto puede

³⁹ Estas incidencias deben ser resueltas por los grupos o áreas de Telefónica que actúan en la propia etapa de la provisión en que se ha detectado la incidencia.

⁴⁰ Esta incidencia requiere de acciones por parte del operador.

⁴¹ Ver apartado 6 de la oferta NEBA sobre el procedimiento que ha de seguir Telefónica para la tramitación de las averías de los servicios mayoristas NEBA.

provocar a los operadores demandantes de los servicios, debido a la posible pérdida del cliente o por mala imagen.

De acuerdo con lo establecido en el Hecho Probado Segundo, se ha acreditado que ha existido un uso indebido y sistemático de las paradas de reloj para la resolución de averías de los servicios NEBA cobre y fibra durante los dos años examinados, tanto en el ámbito nacional como provincial (para las dos provincias analizadas), lo que constituye un cumplimiento defectuoso por parte de Telefónica de las condiciones establecidas en su oferta NEBA.

Por consiguiente, este incumplimiento de Telefónica de su oferta NEBA, en relación con la aplicación de las paradas de reloj para la resolución de averías de los servicios NEBA cobre y fibra, aunque realizado aisladamente, constituye una infracción grave tipificada en el artículo 77.27 de la LGTel. No obstante en el conjunto de los hechos acreditados su efecto es el de coadyuvar a perpretar el incumplimiento de su obligación de prestar servicios mayoristas en condiciones no discriminatorias lo que constituye la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel como se ha dejado acreditado en el Hecho Probado Primero. Por ello, únicamente se podrá imponer en este procedimiento la sanción correspondiente a esta última infracción muy grave.

3. Conclusión

Una vez analizadas las conductas infractoras llevadas a cabo por Telefónica, acreditadas a través de los antecedentes y los hechos probados y concretadas en el presente fundamento jurídico material, se concluye que Telefónica ha incumplido la Resolución de 24 de febrero de 2016, por vulnerar su obligación de no discriminación, para los servicios mayoristas de banda ancha NEBA cobre y fibra.

Estos incumplimientos han sido cometidos por Telefónica como consecuencia de haber suministrado los circuitos en peores condiciones de calidad y priorizar la provisión y resolución de averías de sus servicios minoristas en detrimento de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, y por haber hecho un uso indebido de las paradas de reloj para la resolución de averías de estos dos servicios mayoristas, de conformidad con lo expuesto en su oferta de referencia NEBA.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo sancionador⁴², actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

⁴² Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*. Es por ello que en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este organismo, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo infractor.

En relación con su culpabilidad, Telefónica ha alegado a lo largo del procedimiento que el posible empeoramiento de los servicios minoristas frente a los minoristas venía explicado *“por causas tales como incrementos de provisiones no previstas derivado de que los operadores no realizan provisiones desde hace más de un año y/o que se deban a condiciones normales de estabilización derivada de incrementos de provisiones y/o mantenimientos imprevisibles”*.

No obstante, esta circunstancia no ha sido acreditada. Además, cabe indicar que tampoco fue comunicada en su momento a esta Comisión si ello le impedía cumplir con sus obligaciones regulatorias. De hecho, según lo manifestado y acreditado por Orange y Vodafone en sus escritos de 13 y 14 de febrero de 2019, a través de diversos correos y cartas intercambiadas con Telefónica, estas operadoras pusieron en conocimiento de este operador los problemas de gestión que sus retrasos en la provisión y resolución de averías en varias provincias les estaba generando a ambos operadores, sin que Telefónica les indicara que el motivo se debía a la falta de comunicación de sus provisiones con antelación suficiente.

En este sentido, Vodafone alega en su escrito de 14 de febrero de 2019 que, en junio de 2017, ambas operadoras comenzaron a celebrar reuniones periódicas, para solucionar los problemas que Telefónica tenía debido a la falta de personal, **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**. Esta operadora alega que, si bien Telefónica anunció que tenía pensado una futura contratación de personal, no se produjo una mejora en el cumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio en provisión y mantenimiento de los servicios mayoristas NEBA fibra.

Asimismo, Vodafone alega que, a pesar de que **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, esta operadora continuó incrementando los retrasos en el alta de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra a Vodafone, como se ha comprobado en el Hecho Probado Primero.

En este mismo sentido, Orange alega en su escrito de 13 de febrero de 2019 que precisamente ante su insistencia por el empeoramiento de los tiempos de provisión y resolución de averías de los servicios NEBA, a mediados de 2017 Telefónica aceptó realizar audios semanales, que luego pasaron a ser quincenales, en las que, a pesar de comentarle que estaba adoptando medidas para solucionar el empeoramiento de los plazos, no se veían resultados.

Por consiguiente, no es posible aceptar la falta de responsabilidad de Telefónica por deberse su conducta a la falta de comunicación de las previsiones por parte de los operadores, dado que, como se ha comprobado, ambos operadores le avisaron ya en 2017 de la existencia de retrasos e incidencias en la entrega y mantenimiento de los servicios, y mostraron su interés en colaborar con Telefónica para solucionarlo, sin que hasta bien entrado 2018 no se pusiera fin a una parte de las conductas analizadas. Lo que es determinante para esta Sala es el hecho de que no conste que Telefónica alegara a estos operadores la falta de comunicación de sus previsiones.

También en relación con la culpabilidad en las conductas sancionadas, a la vista de los datos expuestos y de los criterios fijados por la jurisprudencia, se considera que se dispone de pruebas suficientes que permiten concluir que Telefónica era consciente de que estaba acumulando retrasos continuos en la provisión y mantenimiento de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, desde principios del segundo semestre de 2017 y utilizando indebidamente paradas de reloj para la resolución de averías.

Esto es así no solo porque los operadores le estuvieran reclamando por el empeoramiento de los plazos de provisión y mantenimiento, así como el indebido uso de paradas de reloj, sin que adoptara las medidas necesarias para solucionar dichos retrasos, sino también porque que la propia Telefónica registra los KPI de sus servicios minoristas FTTH y ADSL, por lo que estaba plenamente capacitada para comprobar si se estaban produciendo prácticas discriminatorias, incluido el uso indebido de las paradas de reloj, mediante su comparación con los KPI de los servicios mayorista equivalentes, que ella misma registra y comunica a los operadores y a esta Comisión.

Además, es de interés señalar que, poco antes de que, en junio y julio de 2017, Vodafone y Orange comenzaran a denunciar ante Telefónica los retrasos acumulados en la prestación de sus servicios mayoristas de banda ancha, a finales de marzo de 2017 esta operadora anunció en un almuerzo informativo organizado por la Asociación de Periodistas Económicos (APIE) que iba a *“desplegar un sistema informático interno que le permitirá rebajar a la mitad el tiempo*

que tarda en instalar una nueva línea de telefonía fija y fibra óptica (de 5 a 1 día) y un 40% la resolución de averías técnicas o de configuración en esas mismas líneas” (denominadas soluciones full-stack), y que “el despliegue se producirá paulatinamente en todas las provincias en el plazo de un año”⁴³. Estas manifestaciones acreditan un reconocimiento del problema por parte de Telefónica.

Por último, ha de señalar que, a pesar de que esta Comisión le notificó el 20 diciembre de 2017, que se había iniciado un periodo de diligencias previas al presente procedimiento sancionador, con el fin de analizar el empeoramiento que se había detectado en los tiempos de provisión y de resolución de averías en los servicios mayoristas NEBA cobre NEBA fibra, con respecto a sus servicios minoristas equiparables, durante los meses comprendidos entre junio y octubre de 2017, se ha probado que Telefónica ha continuado durante 2018 prestando sus servicios minoristas de banda ancha en mejores condiciones de calidad que las suministradas a los operadores alternativos en los servicios mayoristas.

Por tanto, se demuestra que Telefónica era consciente de su conducta en todo momento.

Respecto a los problemas de personal de Telefónica, Orange manifiesta en su escrito de 13 de febrero de 2018 que localizó en medios de prensa noticias relacionadas con una posible convocatoria de huelga en Cataluña, País Vasco y Andalucía, ampliable a otras provincias por parte de los técnicos instaladores (ver último enlace de la nota al pie 34) lo que comunicó a Telefónica mediante dos correos de 22 de marzo y 3 de abril de 2018. Orange alega que Telefónica confirmó conocer esta situación.

Orange también acredita, a través de la copia de los correos aportados, que en julio de 2017 comunicó a Telefónica su preocupación por los retrasos acumulados en la provisión y resolución de averías de sus servicios mayoristas y si estos estaban siendo provocados por sus empresas colaboradoras (contratas). Sin embargo, como se desprende de las copias de los correos aportados por Orange durante la instrucción del procedimiento, Telefónica negaba la existencia de dicha conflictividad y justificaba los retrasos al aumento de actividad global durante el mes de junio y al inicio del periodo vacacional.

A juicio de esta Sala, esa supuesta falta de personal no acreditada (aunque, según se ha podido conocer tanto a través de la propia Telefónica⁴⁴ y de distintas páginas web de sindicatos, se habrían producido parones o huelgas puntuales de trabajadores instaladores -horas o días concretos- en varias provincias durante 2017 y 2018, debido a las condiciones laborales fijadas por las EECC de

⁴³ Sirva de ejemplo las siguientes notas de prensa:

https://elpais.com/economia/2017/03/22/actualidad/1490193545_569890.html

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/03/22/empresas/1490198639_212669.html

<http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2017/03/22/58d2eed1ca4741e5768b45b8.html>

⁴⁴ Ver párrafo final del Antecedente de Hecho Primero, relativo a la comunicación de 21 de junio de 2018 enviada por Telefónica a este Organismo sobre la convocatoria de paros puntuales durante los meses de junio y julio en la provincia de Vizcaya.

Telefónica y el incumplimiento de los pactos alcanzados tras la huelga de 2015⁴⁵) no justificaría que durante 2017 y 2018 se hubiera producido un trato desigual en las condiciones de calidad de los circuitos y en los tiempos de provisión y de resolución de averías entre los servicios de banda ancha mayoristas y minoristas comparables, así como un incumplimiento de la regulación del uso de las paradas de reloj en la resolución de las averías.

Asimismo, cabe recordar que estas situaciones relacionadas con el personal de Telefónica o el de sus EECC fueron analizadas en la Resolución de 7 de marzo de 2017, por la que se puso fin al procedimiento sancionador incoado contra Telefónica SNC/D TSA/007/16, en la que se indicó que estas no son situaciones que puedan ser calificadas de fuerza mayor para el cumplimiento de sus obligaciones, debido a que no es una de las causas previstas en las ofertas de referencia y porque *“es responsabilidad de Telefónica controlar la subcontratación que hagan sus contratistas para la prestación de servicios mayoristas, siendo por regla general responsabilidad de un empresario principal la actividad que lleven a cabo tanto sus propios trabajadores como los subcontratados para la ejecución de una prestación, tal y como señalan, entre otras, las SSTS de 25 de octubre de 2005 (RC 8014/2002) y de 8 de febrero de 2016 (RC 2907/2013)”*.

En conclusión, a la luz de todos los actos de instrucción llevados a cabo, se determina que las dos conductas tipificadas como infracción muy grave son imputables a Telefónica, al concurrir el elemento de culpabilidad a título de dolo.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de la empresa sancionada.

TERCERO.- Consideración de los hechos analizados como de infracción continuada

El artículo 83.2 de la LGTel establece que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año. Asimismo, se dispone que el plazo de prescripción de las infracciones comienza a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. No obstante, en el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquélla en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume.

Por su parte, el artículo 29 de la LRJSP establece que *“[S]erá sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

⁴⁵<http://teleafonica.blogspot.com/comite-de-empresa-de.html> (<http://teleafonica.blogspot.com/2017/03/comunicado-del-comite-de-empresa-de.html>)
https://www.izquierdadiario.es/Cotronic-Barcelona-una-huelga-que-retoma-la-lucha-de-la-rebelion-de-las-escaleras?id_rubrique=2653
<http://teleafonica.blogspot.com/2018/03/asambleas-simultaneas-de-la-marea-azul.html>

Puesto que se considera acreditado que durante el periodo comprendido entre 2017 y 2018, Telefónica ha realizado diversas conductas que han dado lugar al incumplimiento sucesivo de su obligación de no discriminación, cabe analizar si las conductas de Telefónica podrían calificarse como continuadas.

La interpretación de las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada la ha realizado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004⁴⁶, con el siguiente tenor literal (núm. 6573/2001):

“Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

- a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.*
- b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.*
- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.”*

En relación con esta última condición, el Tribunal Supremo ha señalado que la acción continuada se produce cuando “se fragmenta en la realización por sus empleados (de la sociedad sancionada) de una pluralidad de actos conducentes a evitar el cumplimiento (...)” de las normas aplicables (y que en el caso de autos se refería a la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de esta Comisión, en materia de preselección).

Aplicando los criterios a las circunstancias del presente caso, se concluye que concurre una infracción continuada en relación con las conductas seguidas por Telefónica, por los siguientes motivos:

- En primer lugar, ha existido una pluralidad de actos que se concretan en una serie de acciones llevadas a cabo entre 2017 y 2018 por parte de Telefónica consistentes en discriminar a los operadores alternativos, e incluso entre ellos, en la entrega y mantenimiento de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra y en las condiciones de calidad de los circuitos entregados, haciendo un uso indebido de las paradas de reloj para resolver averías, como se ha señalado en los Hechos Probados Primero y Segundo.

⁴⁶ Sentencia a la que se remiten otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo como, entre otras, la Sentencia de 28 junio 2013 (núm. 1947/2010).

- En segundo lugar, se ha demostrado que ha existido una actuación dolosa por parte de Telefónica. Tal y como se ha indicado, a mediados de 2017 esta operadora fue consciente de la preocupación de los operadores por el empeoramiento de los servicios mayoristas de banda ancha y el uso indebido de las paradas de reloj. Asimismo, este organismo comunicó a Telefónica en diciembre de 2017 los KPI supervisados, correspondientes a los meses comprendidos entre julio y octubre de ese año, relativos a los tiempos de provisión y de resolución de averías que había registrado y que motivaban la apertura de un procedimiento de diligencias previo a la apertura del presente procedimiento sancionar.

No obstante lo anterior, Telefónica continuó realizando los incumplimientos que se le imputan a lo largo de 2018, mientras que, tal y como había comunicado a los medios de prensa, estaba acometiendo un sistema que mejoraría los tiempos de provisión y de resolución de averías de sus servicios minoristas basados en fibra.

- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, que es la infracción imputada, el artículo 76.12 de la LGTel, por el incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016, firme en vía administrativa y dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

CUARTO.- Respuesta a las alegaciones de Telefónica a la propuesta de resolución

1. Sobre el carácter comparable de los servicios

Con carácter previo, debe señalarse que no existe un término de comparación exacto o idéntico entre los servicios mayoristas prestados por Telefónica y los que ofrece a sus propios clientes porque las tareas a realizar no pueden ser nunca totalmente idénticas. En caso contrario, si lo que se pretende es que la obligación de no discriminación solo vincular a Telefónica para servicios idénticos, nunca sería posible comparar los tiempos de provisión y de resolución de averías de los servicios mayoristas y minoristas equivalentes, a los efectos de comprobar que se prestan en igualdad de condicione, aunque estos podrían ser muy distintos y menores en el minorista. De esta manera, la obligación de no discriminación sería virtualmente inútil, pues ante esa falta de identidad, Telefónica podría tratar de forma diferenciada los servicios mayoristas de los que presta a sus propios clientes.

En este escenario, la única manera de garantizar que Telefónica, en cuanto operador integrado verticalmente y con PSM, no realice conductas discriminatorias, sería imponiéndole la obligación excepcional de la separación funcional prevista en el artículo 16 de la LGTel, de manera que los procesos de provisión de servicios mayoristas tanto de Telefónica como del resto de operadores serían idénticos, prestados a través de una unidad empresarial

independiente y totalmente separados de los procesos de provisión de los servicios minoristas de dicha operadora.

En este sentido, la jurisprudencia reseñada en el escrito de alegaciones se refiere a la necesidad de que exista una “equivalencia estricta”, y no “identidad”, entre los servicios comparados para analizar la existencia de prácticas discriminatorias.

Como señala la propuesta de resolución en relación con la alegación de Telefónica sobre la aplicación de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014⁴⁷, cabe recordar que esta sentencia se pronunció sobre la falta de tipicidad de la conducta discriminatoria que se le imputó por considerar que se habían incumplido los plazos mayoristas establecidos en la OBA. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en los Hechos Probados Primero y Segundo, cabe tener en consideración que las conductas de Telefónica que se han valorado en el presente procedimiento sancionador, a efectos del análisis sobre su tipicidad, difieren de los hechos analizados en su día por el Tribunal Supremo.

Además, se ha determinado que Telefónica no solo ha incumplido esta obligación de no discriminación de forma continua a lo largo de estos dos años, sino que lo ha hecho, también, a través de la vulneración de una de las obligaciones de calidad en el acceso que ha de garantizar según la Resolución de 24 de febrero de 2016, tal y como está establecida y desarrollada en la oferta de referencia NEBA. En este sentido, se ha comprobado que Telefónica ha hecho un uso indebido de las paradas de reloj al solucionar las averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra (Hecho Probado Segundo), a la vista de los datos acreditados en el Hecho Probado Primero, extremo que tiene un gran impacto en los plazos finales de resolución de averías de los operadores alternativos.

En cumplimiento de esas exigencias, la equivalencia realizada durante la instrucción del expediente es entre el servicio “NEBA cobre”, en sus dos modalidades y el servicio ADSL minorista de Telefónica.

En cuanto a la equivalencia con el servicio “NEBA Fibra”, ya se analizó en la Resolución de 7 de marzo de 2017 que el servicio equivalente era el FTTH minorista, por lo que, a efectos de culpabilidad, Telefónica era plenamente conocedora de ese extremo.

⁴⁷ Relativa al recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 2011, que desestimó el recurso de esta operadora interpuesto contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de fecha 6 de noviembre de 2008, en la que se declaró a Telefónica responsable de una infracción muy grave, prevista en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por incumplimiento de la obligación de no discriminación impuesta en la Resolución de 11 de mayo de 2006, por la que se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales.

En el caso del servicio mayorista “NEBA Cobre sin STB”, Telefónica señala que, al ser un servicio de transmisión de datos sin servicio telefónico, el servicio minorista equivalente sería un servicio de datos ADSL “naked”, es decir sin servicio telefónico. No obstante, pasa por alto que no existe dicho servicio minorista en la cartera de servicios de Telefónica, por lo que la comparación no puede realizarse. En todo caso, esa hipotética equivalencia que propone Telefónica es solo cierta en términos del servicio recibido por el usuario final pero no en cuanto a las operaciones propias para su provisión, por lo que esa consideración no impide tener en cuenta, a los efectos de analizar si se ha producido una conducta discriminatoria, los tiempos empleados en sus servicios mayoristas. De hecho, su servicio minorista ADSL naked que tiene más servicios podría incluso requerir de más configuraciones que las necesarias para proveer el servicio mayorista.

Por otra parte, según Telefónica, la propia CNMC ha señalado que el servicio “NEBA cobre con STB” no puede compararse con el servicio minorista ADSL porque el servicio mayorista contempla menos actuaciones o tareas más sencillas o rápidas (extremo que, por cierto, también niega). De ahí concluye Telefónica que no se trataría de servicios equivalentes y que, por lo tanto, no puede realizarse la comparación.

Dicha consideración parte de un análisis erróneo de los argumentos expuestos en la propuesta de resolución. A juicio de esta Sala, el servicio minorista ADSL y el mayorista “NEBA cobre con STB” sí pueden compararse desde el punto de vista de las tareas requeridas en ambos casos, lo que permite considerar que se produce una perfecta equivalencia a los efectos de analizar la posible existencia de prácticas discriminatorias. En el caso del servicio mayorista, el par está siempre activo y conectado al cliente al proceder a su provisión, por lo que no hace falta realizar labores de conexión en dependencias del cliente ni gestionar una visita. Los trabajos de configuración están limitados dentro de la propia red de Telefónica, exactamente igual que en sus servicios minoristas. Obviamente, si a pesar de esta situación ventajosa hubiera resultado que de los KPIs se desprendiera que los tiempos de provisión del mayorista fueran superiores al minorista, la situación tendría muchos indicios de constituir una conducta típica originadora de responsabilidad administrativa.

Lo anterior se señala sin perjuicio de considerar que, además, este exclusivo ámbito de responsabilidad interna de Telefónica supone que debería conseguir iguales tiempos, con independencia de los procesos implicados, pues en el caso de ser estos más costosos, lo que debería hacer es destinar más recursos para ello.

En la relación de hechos probados se ha razonado que la provisión del servicio comparte la necesidad de acudir a casa del cliente. Se trata de actuaciones equivalentes, en las que el cliente no tiene contratado ningún servicio. Además, el desglose solo considera los pares anteriormente desagregados, de manera que Telefónica tiene que recuperar el par, igualándose así las actuaciones a realizar.

Telefónica señala que en el proceso de provisión mayorista resulta necesaria la creación de un camino lógico entre la OLT/DSLAM y el pPAI cada vez que un operador provisiona su primera conexión en dicha OLT/DSLAM. Dicha unión lógica entre ambos extremos se realiza mediante la generación de una VLAN⁴⁸. Si al provisionar dicha primera conexión para un operador en el proceso de creación de la VLAN surgen problemas se genera un incidencia BAE/BAL⁴⁹.

En cambio, señala que la creación de dicho camino lógico no es necesaria para el minorista. Tampoco existe el concepto de pPAI y no debe marcarse el tráfico mediante VLAN desde la OLT/DSLAM hasta el punto de entrega.

Telefónica para sí misma no utiliza un pPAI al ser este un recurso ligado al servicio mayorista. No obstante, en realidad también utiliza un concepto equivalente al tener que dirigir su tráfico desde la OLT/DSLAM hasta los puntos de interconexión entre su red de agregación y la red IP. Es decir, a pesar de no denominarse pPAI, en su caso también ha definido un camino lógico entre cada OLT/DSLAM y punto de interconexión con la red IP.

En ambos casos la definición del camino lógico a través de la MAN de agregación que une el equipo de acceso con el punto de interconexión (sea el pPAI en el caso del servicio mayorista o con la red IP en el tráfico minorista) debe ser configurada por Telefónica una única vez. En caso de utilizar MPLS como tecnología, la configuración de los caminos lógicos para unir ambos extremos, tanto en el minorista como mayorista, consistirá en la creación de los correspondientes LSPs⁵⁰ o túneles MPLS que une dichos extremos.

Si bien para los servicios minoristas Telefónica puede configurar el camino en el momento de instalar los equipos y en el mayorista esperar a que haya una primera alta de un servicio mayorista del operador en dicho equipo de acceso, en cualquier caso, no debe tener influencia en los KPIs relativos a los tiempos de provisión puesto que:

- El proceso de configuración del camino lógico o LSP que une el OLT/DSLAM con el pPAI se realiza en los equipos de la red MAN una única vez por operador y para el equipo de acceso, por lo tanto afecta solo a la primera conexión y tiene poca influencia sobre la planta total.
- Tratándose de configuraciones software realizadas de forma remota y con un alto grado de automatismo, pueden realizarse de forma inmediata tras la recepción de la solicitud y de forma independiente de cualquier trabajo físico en central o en domicilio del usuario final. Es decir, el tiempo

⁴⁸ En NEBA con arquitectura Q-in-Q (según estándar IEEE 802.1ad) con doble VLAN, consiste en la SVLAN

⁴⁹ BAE: problemas asignación, falta de recursos físico/lógicos de planta / BAL: falta de recursos lógicos

⁵⁰ LSP siglas en inglés de Label Switched Path, o camino por conmutación de etiquetas

que tarda dicha operación no es un tiempo adicional a los de cambio y trabajos de conexión en planta o en dependencias de cliente.

La insignificante influencia en el tiempo de provisión es evidente si se tiene en cuenta que el valor de la etiqueta SVLAN debe ser también configurado por el operador alternativo en sus equipos de red al otro lado del pPAI una vez que Telefónica se lo comuniqué, sin que ello conlleve ningún tiempo adicional a los tiempos de provisión empleados por Telefónica.

En todo caso, a juicio de esta Sala, el hecho de que los procesos no sean idénticos en la provisión del servicio minorista y del servicio mayorista no implica que no sean estrictamente equivalentes para determinar si existe discriminación en relación con los tiempos de provisión de las nuevas altas. La cuestión relevante es si las diferencias existentes condicionan e invalidan la equivalencia desde el punto de vista del parámetro comparado, en este caso el tiempo de provisión. En el presente caso, como se ha justificado, la diferencia en la provisión del servicio señalada por Telefónica no conlleva tiempos de provisión esencialmente distintos.

Es significativo que Telefónica en sus alegaciones no asigne tiempos específicos adicionales por el proceso de asignación de la SVLAN, sino que lo hace por los fallos que, en ocasiones, se producirían al realizar dicha configuración mayorista y desembocan en la generación de una incidencia tipo BAE/BAL⁵¹ debido a errores en la asignación o bloqueo en el equipo de acceso OLT/DSLAM que impiden la configuración de dicha SVLAN. Telefónica adjunta los valores que se obtendrían de extraer los tiempos empleados en resolver el tipo de averías BAE/BAL al tiempo medio de provisión de NEBA (en sus diferentes modalidades).

Si la configuración de la SVLAN inicialmente afecta a un número limitado de provisiones (únicamente la primera de cada OLT/DSLAM o de cada tarjeta del equipo de acceso en algunos fabricantes), las afectadas por un fallo deberían ser aún menos. Asimismo, algunos motivos aducidos por Telefónica como bloqueo del equipo de acceso no parece que afecten únicamente a la configuración de la SVLAN, sino al propio proceso de dar de alta y configurar nuevas conexiones lo que aplicaría tanto a servicios mayoristas como minoristas. Tampoco Telefónica señala que dichas incidencias BAE/BAL estén solo ligadas a la configuración de la SVLAN y, por la propia definición dada, parecen estar asociadas a diferentes casuísticas que también pueden afectar al servicio minorista, sin que, no obstante, Telefónica especifique si ello tiene influencia en los tiempos de provisión totales para sus servicios.

Finalmente, en los datos aportados no se especifica cómo se han realizado los cálculos y simplemente se señala que de los tiempos de provisión se han restado

⁵¹ BAE: problemas de asignación, falta de recursos físicos/ lógicos de planta; BAL: falta de recursos lógicos

los tiempos de resolución de las incidencias. De la misma manera que los trabajos de configuración de la SVLAN y del camino lógico en la red de agregación Ethernet pueden realizarse en paralelo con la provisión del servicio sin que tenga que implicar un tiempo adicional, tampoco la resolución de las incidencias que puedan producirse en dicha configuración implican necesariamente un retardo de los plazos de provisión. Es decir, si se hubiera restado directamente los tiempos de resolución de incidencias de los tiempos totales de provisión, sin analizar si dicha resolución efectivamente significó un retraso en la provisión y en el resto de trabajos necesarios, el valor obtenido no sería representativo del incremento de tiempo que dicho proceso conlleva según Telefónica. Ello además sin que Telefónica haya señalado si dichas incidencias son también aplicables al minorista y su influencia.

Esta limitada afectación del citado proceso en la diferencia de tiempos entre la provisión de servicios mayoristas y minoristas no es suficiente para entender que entre ambos servicios no se da una estricta equivalencia, siendo, por tanto, comparables. Incluso tomando los valores aportados por Telefónica se puede ver su escasa influencia en la comparación realizada entre los tiempos mayoristas y minoristas, tal y como se refleja en la siguiente gráfica.

De forma adicional, ha de tenerse en cuenta que todos los trabajos y procesos descritos son internos de la propia Telefónica y debe realizarlos ella misma por incluirse dentro de su ámbito de actividad. Telefónica debe garantizar que el tiempo de respuesta sea el mismo, por lo que la forma de gestionar los procesos de alta no puede ser una justificación para que estos difieran. Por el contrario, deberá implementar las soluciones o, llegado el caso, destinar más recursos para impedir que se produzca un resultado como el reflejado en los hechos que se declaran probados.

Otra de las diferencias que indica Telefónica en sus alegaciones es la falta de control y, por lo tanto, de responsabilidad que tiene sobre los procesos de portabilidad y ventanas asociadas que afectan a un gran número de provisiones.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución Telefónica aporta una tabla con los tiempos de provisión de “NEBA cobre” sin STB⁵² que distingue cuando los servicios están asociados a un proceso de portabilidad y cuando no lo están. De esos datos se desprende que en el caso de no estarlo presentan tiempos de provisión significativamente mayores.

En este sentido, debe señalarse que durante la instrucción del procedimiento se requirió a Telefónica sobre los tiempos totales, descontando las paradas que serían responsabilidad de los operadores. Al analizar los datos de su respuesta

⁵² NEBA cobre con STB no conlleva ningún proceso de portabilidad al ser Telefónica la que ofrece el servicio telefónico y estar asociado en gran medida a servicios AMLT

a dicho requerimiento se puede apreciar que ello suponía diferencias no significativas.

Además, Telefónica no compara los datos de las provisiones mayoristas con portabilidad con los de las minoristas también con portabilidad ni indica si tienen tiempos mayores debidos a los retrasos debidos a los operadores de los que tiene ella para gestionar las portabilidades de sus minoristas.

Telefónica no acredita que esos retrasos sean debidos a los operadores, y se limita a aportar un único caso en el que señala que la solicitud de portabilidad se realizó 12 días más tarde que la ventana inicialmente propuesta por ella misma. De hecho, además de limitar su análisis a un único caso, tampoco en dicho caso aporta todas las pantallas con información sobre dicha provisión para poder analizar las razones que explicaría el cambio de su previsión inicial sobre la portabilidad y los motivos por los que dicha portabilidad y provisión se retrasaron.

En lo que respecta a los procesos de **mantenimiento**, Telefónica señala que las diferencias entre los servicios a ambos niveles es que, en el caso del mayorista, tras el franqueo existe la posibilidad de que se soliciten pruebas conjuntas por parte de ambos operadores en el caso se existir discrepancias. La gestión de las pruebas conjuntas requiere una fecha de comparecencia de los técnicos de ambas operadoras y, en la mayor parte de los casos del cliente final. Ello hace que se introduzcan retrasos en la gestión de la incidencia que no se producen en el ámbito minorista.

En el Anexo II de su escrito de alegaciones, Telefónica señala que ha analizado las averías cerradas revisando los tiempos medios transcurridos desde el franqueo de una avería por su parte hasta la reapertura realizada por el operador. Ese intervalo de tiempo dedicado por el operador a contactar con su cliente y reabrir la avería, si lo estima oportuno, se incluirá fuera de su ámbito de responsabilidad.

Según Telefónica, en el proceso minorista, sus clientes disponen de un plazo máximo de 18 horas para reabrir la avería en el caso de no estar conformes con el franqueo que ella misma ha realizado. Por su parte, en los servicios mayoristas el plazo que disponen los operadores para reabrir una avería es de 5 días. Telefónica señala que de los datos analizados se obtiene que el tiempo medio que los operadores tardan en reabrir una avería y, por tanto, la duración de la correspondiente parada de reloj que es responsabilidad del operador, se sitúa alrededor de 57 horas para el servicio mayorista “NEBA Cobre” y 72 horas para el servicio mayorista “NEBA Fibra”. Por ello señala que es errónea la asunción en la propuesta de resolución de que son mínimas las interrupciones debidas a los operadores alternativos.

No obstante, del análisis realizado por Telefónica también se observa que si bien las reaperturas pueden durar un tiempo relevante, se producen únicamente en

un número de averías limitado, de manera que, en media para el conjunto de todas las averías, el tiempo total de resolución de avería sufre un retraso como consecuencia de dicha parada del operador de 8,5 horas y 9 horas para “NEBA cobre” y “NEBA Fibra” respectivamente. Además, la gestión para acordar las pruebas conjuntas en caso de discrepancia y los consiguientes retardos afectarían solo a una parte de las averías reabiertas, por lo que el conjunto es aún más limitado. En este sentido, Telefónica no aporta datos sobre el número de averías afectadas por la realización de pruebas ni de los retardos para acordarlas.

Si se descuentan los retrasos medios de 9 horas calculados respecto a los tiempos totales de resolución de averías que se manejaban no se obtienen resultados que cuestionen, a juicio de esta Sala, de forma significativa las diferencias injustificadas para “NEBA fibra” en determinados periodos.

Telefónica también señala que al eliminar el tiempo entre franqueo y apertura, los tiempos “efectivos” (es decir, la diferencia entre el tiempo total y el efectivo) se reducen considerablemente. De esta manera, la diferencia no se debería a ninguna actuación dolosa o culpable por parte de Telefónica, sino a la inactividad de los operadores.

Al respecto, debe señalarse que si bien es cierto que en algunos casos la diferencia entre tiempo total y efectivo se reduce sensiblemente, no es así en todos los meses y siguen existiendo diferencias importante con el tiempo de resolución del servicio minorista (tiempo que, por otro lado, también debería verse reducido con el mismo criterio, aunque sería esperable que en menor medida por los retardos de reapertura de los clientes, si bien Telefónica no aporta ningún dato ni cálculo al respecto).

Para “NEBA Cobre” no se modifican sensiblemente las conclusiones puesto que las diferencias ya de por sí eran mínimas excepto en el mes de julio de 2017, que se siguen produciendo.

Los datos corregidos con el criterio de Telefónica siguen mostrando diferencias significativas.

En relación con las paradas de reloj, Telefónica alega que muchas veces los operadores proporcionan número fijos o incluso 900 para la localización de los clientes a través del operador (Anexo I de sus alegaciones).

Sin embargo, Telefónica se limita a poner unos pocos ejemplos, sin cuantificar dicha posible afectación. Pero, además, como muestra de ello, en los pocos ejemplos aportados, hace referencia al número de contacto del coordinador del

operador, que es un campo adicional a los campos en los que se ubican los números de contacto del cliente. Es decir, las solicitudes para reparación de averías, además de los campos para los números telefónicos de contacto del cliente, incluyen un campo con un número de contacto de coordinación por parte del propio operador, que es a los que hace referencia Telefónica. Este campo normalmente contiene números fijos o “900” porque corresponden a los propios centros del operador.

2. Sobre el supuesto carácter sesgado del análisis

Para Telefónica, el análisis de la CNMC es sesgado porque aplica un desglose del servicio mayorista “NEBA cobre sin STB” en función de la situación del par. Ello permitiría, según la operadora, extraer resultados de muestras residuales.

Al respecto, ha de señalarse que precisamente se definieron KPIs diferentes para los servicios mayoristas según si era con y sin STB y, además, también desglosándose en ambos según la situación del par. Obviamente, el análisis se limita a revisar los datos de los indicadores definidos en los mercados y ofertas de referencia y que son enviados por Telefónica, sin que se realice ningún desglose artificioso adicional para una búsqueda tendenciosa y subjetiva de incumplimientos como apunta Telefónica.

Precisamente, la situación inicial del par es relevante para entender las diferentes actuaciones involucradas en la provisión del servicio y, por ello, fueron definidos diferentes indicadores al objeto de analizar la falta de discriminación de forma adecuada en situaciones equivalentes. En cambio, para los procesos relacionados con las averías y su resolución, no se tienen valores de los KPIs distintos según la situación del par, ni tan siquiera si el servicio se presta con o sin STB, puesto que ello se consideró no es relevante para dichos indicadores.

En relación con el volumen que representan los servicios mayoristas analizados respecto del total de la planta mayorista, no puede aceptarse que se trate de incumplimientos que no pueden ser sancionados, como pretende Telefónica. La obligación de no discriminación afecta también a los servicios menos demandados y no es una opción del operador cumplirla. Con ese razonamiento, Telefónica podría desatender sus obligaciones en servicios poco representativos, como los prestados a través de la oferta ORLA.

Además, a juicio de esta Sala, existe un número de provisiones y de averías suficientemente representativo para hacer un análisis del cumplimiento de los parámetros de calidad. Ciertamente, el porcentaje sobre la planta total es muy escaso, fue decreciendo durante el periodo analizado y era residual a su finalización, pero en términos absolutos la muestra es suficiente para hacer la comparación. Así, en marzo de 2017 se realizaron 1.544 provisiones sobre “NEBA cobre sin STB”, que es el servicio menos representativo. Tras un pico de 1.805 pedidos en junio de 2017, el número desciende paulatinamente hasta que

en agosto de 2018 ya no superan los cien. Mucho mayores son las magnitudes analizadas en relación con las averías.

3. Comparación de tiempos analizados en el expediente y tiempo regulados

Esta Sala coincide con la instructora en que el criterio de considerar exclusivamente los tiempos efectivos es inaceptable, pues ello supondría la renuncia a supervisar las actuaciones que debe realizar Telefónica en la provisión de sus servicios, como por ejemplo la gestión y contactos con el usuario.

Telefónica se ampara en las diferencias entre los procesos y su falta de control de las paradas de reloj destinadas a que los propios operadores solicitantes realicen sus gestiones. Es por ello que argumenta que la comparación entre los servicios mayoristas y minoristas debería realizarse sobre la base de los “tiempos efectivos”, es decir, descontando las paradas de reloj que se deben a los clientes y a los operadores.

Sin embargo, si solo se considerase el “tiempo efectivo”, como pretende Telefónica, no podría analizarse de qué manera se alcanzan esos plazos y, en definitiva, si se produce un trato discriminatorio.

Telefónica en la página 32 de sus alegaciones hace referencia a la Resolución de 1 de diciembre de 2015, sobre la revisión de varios requerimientos de información periódica. Dicha resolución, a diferencia del sentido que pretende dar ahora, confirma el análisis anterior. Efectivamente, en dicho expediente (página 22 apartado II.15.2), ante la propuesta de que se aportaran indicadores con tiempos totales de reparación de averías, Telefónica abogaba por su eliminación por considerarlos no razonables al no existir plazos definidos en las ofertas de referencia para la resolución de averías sin parada de reloj. A dicha alegación, la CNMC respondió precisamente, que si bien dichos datos no se pretenden emplear para computar los ANS (plazos y penalizaciones), una de las finalidades de los indicadores es comparar la prestación de servicios mayoristas y minoristas equivalentes, por lo que los tiempos totales registrados para la resolución de las averías son necesarios para comparar adecuadamente la prestación de los servicios mayorista y minorista y analizar la evolución de las paradas de reloj.

Tampoco puede aceptarse que la aplicación de las penalizaciones establecidas en las ofertas de referencia cubran los incumplimientos de los plazos que se le imputan, tal y como alega Telefónica. Es cierto que las ofertas de referencia definen unos plazos para realizar las actuaciones de provisión y reparación de averías de los servicios mayoristas y unas penalizaciones en caso de incumplirlos en cada solicitud individual. Este escenario difiere del analizado en la presente resolución, en la que se ha examinado la actuación global de Telefónica durante dos años seguidos (2017 y 2018) y de la que se desprende

que no ha existido un mero retraso puntual en la tramitación de algunas solicitudes de provisión y resolución de averías de los servicios mayoristas examinados, sino una práctica discriminatoria generalizada y prolongada en el tiempo.

4. Sobre la supuesta falta de prueba

La resolución analiza datos que Telefónica no ha discutido, sin perjuicio de su interpretación. Dichos datos muestran diferencias entre los tiempos de provisión y de resolución de averías entre los servicios mayoristas y los minoristas equivalentes.

Pese a ello, de forma sorprendente, Telefónica alega que el expediente adolece de pruebas de ese trato desigual porque la relación de hechos probados contenida en la propuesta de resolución se refiere, por ejemplo, a notas de prensa de Telefónica o a correos con los operadores alternativos que estarían extraídas fuera de contexto y que no serían representativas. También considera que la conducta no se ha acreditado porque los contratos con las empresas externas no contienen cláusulas que favorezcan a sus propios servicios.

Telefónica también rechaza que la propuesta de resolución le reproche no haber comunicado a la CNMC que la falta de comunicación de las previsiones de otros operadores le causaba dificultades para verificar sus obligaciones regulatorias.

5. Alegaciones en relación con la falta de acreditación de perjuicios para la competencia

Telefónica considera que no se ha acreditado la producción de perjuicios para la competencia para graduar la sanción y que, además, ello es un elemento esencial del tipo infractor que sanciona la producción de situaciones discriminatorias.

Tampoco se trata de un elemento de ninguno de los tipos sancionadores empleados en la resolución, que son el incumplimiento y el incumplimiento defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas. Es decir, a Telefónica no se le está sancionando por discriminar a sus competidores o por perjudicar la competencia a través de esa práctica, sino por incumplir resoluciones que le imponían, entre otras obligaciones, la de no discriminar.

La sanción del incumplimiento de la resolución de la CNMC y la tipificación como infracción en la LGTel de esa conducta tiene por objeto asegurar el debido cumplimiento de su obligación de prestar servicios mayoristas de forma no discriminatoria las sus resoluciones de la CNMC (en este sentido, la propuesta de resolución refería jurisprudencia abundante, cuya cita ha de tenerse por reproducida), como la propia Telefónica reconoce en su escrito, de manera que

cualquier incumplimiento de las mismas, aunque puedan tener un alcance limitado en la situación competitiva, es susceptible de sanción.

Telefónica exige un estándar de prueba superior al haberse producido las conductas en mercados con dinámicas competitivas, pero olvida que para verificarse los tipos sancionadores empleados basta acreditar el incumplimiento de las resoluciones de la CNMC.

6. Sobre la supuesta caducidad del expediente

Telefónica considera que el expediente ha caducado porque el plazo de un año para su resolución debió comenzar el 18 de diciembre de 2017, fecha en la que se acordó la apertura de un periodo de información previa porque, a su juicio, se habría realizado una verdadera instrucción antes de incoar el procedimiento.

Al respecto, cabe señalar, como ha declarado la jurisprudencia en relación con resoluciones sancionadoras de esta Comisión (SAN de 5 de diciembre de 2017 –recurso 90/2016-, SSTS de 6 de mayo de 2015 –recurso de casación 3438/2015-; de 12 de marzo de 2012 –recurso de casación 118/10- y de 18 de enero de 2010 –recurso de casación 1270/07-, entre otras muchas) que el plazo máximo de duración de un procedimiento sancionador no comienza con las diligencias previas, pues estas constituyen una fase preliminar anterior. En la medida en que las diligencias previas realizadas eran necesarias para conocer las circunstancias del caso y decidir la conveniencia de iniciar o no el procedimiento sancionador, así como para determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento y las circunstancias relevantes, tal y como exige el artículo 55 de la LRJSP, de esta Sala no considera que se haya hecho una utilización inadecuada de las actuaciones previas.

7. Sobre la existencia de un posible concurso medial

Finalmente, de forma subsidiaria, Telefónica alega que se produce un concurso medial entre las infracciones cuya sanción se impone. La infracción grave sería un medio para la comisión de la infracción muy grave, pues la discriminación sancionada sería el resultado del uso inadecuado de las paradas de reloj. En atención a lo previsto en el artículo 29.5 de la LRJSP, solo podría imponerse la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

Esta Sala está de acuerdo con esta alegación por lo que no va a imponer sanción por incumplimiento del artículo 77.18 de la LGTel.

QUINTO.- Análisis de los datos requeridos a Telefónica en el marco de las actuaciones complementarias acordadas

Como se ha expuesto en el antecedente decimosexto, esta Sala acordó la realización de actuaciones complementarias consistentes en requerir a

Telefónica para que aportase datos sobre tiempos medios de resolución de averías mensuales, descontando los tiempos de parada debidos a los operadores, bien por franqueo, o bien por la reapertura de averías.

Previamente, debe señalarse que durante la instrucción del procedimiento sancionador ya se solicitó a Telefónica que aportara para la resolución de averías los tiempos totales descontando los tiempos debido a los operadores. En respuesta al requerimiento, el operador señaló que no disponía de dichos datos. Sin embargo, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución aportó una gráfica con la que pretendía argumentar que una parte relevante de los tiempos de reparación eran debida a las paradas de los operadores para franqueo o reapertura. Si bien en las actuaciones complementarias se ha solicitado de nuevo, y Telefónica ha entregado, los tiempos de reparación descontando las paradas de operador, los datos manejados por Telefónica en sus alegaciones también muestran discrepancias en los tiempos totales de reparación respecto los KPIs entregados en su momento.

A la vista de los datos aportados, se considera que para NEBA Cobre se han de modificar, aunque no sensiblemente, las conclusiones expuestas. Las diferencias ya de por sí eran mínimas excepto en el mes de julio de 2017, que siguen siendo relevantes:

Para NEBA fibra, si bien hay una reducción sensible de las diferencias, en cualquier caso, en febrero, marzo, julio y agosto de 2017 existen diferencias importantes y sustanciales entre el servicio minorista y mayorista.

Los datos para las provincias de Pontevedra y Tenerife muestran también un comportamiento parecido: con los nuevos datos suministrados por Telefónica de tiempos medios de reparación de averías descontando las paradas debidas a los operadores, hay una reducción de las diferencias entre el minorista y el mayorista, pero siguen existiendo las diferencias relevantes en los servicios que ya se habían detectado.

En el caso de NEBA Cobre para Pontevedra, la siguiente gráfica es la que incluye los tiempos con todas las paradas:

Por su parte, la siguiente gráfica recoge los nuevos tiempos suministrados por Telefónica, es decir, descontando las paradas de reloj:

En cuanto al servicios NEBA Fibra para Pontevedra, la siguiente gráfica tiene en cuenta los tiempos con todas las paradas:

La siguiente recoge los nuevos tiempos suministrados por Telefónica:

Para NEBA Cobre en la provincia de Tenerife, en la que solo tiene servicio Vodafone, se presenta en la siguiente gráfica los tiempos con todas las paradas de reloj y los nuevos tiempos:

Finalmente, para NEBa Fibra en Tenerife, la gráfica considerada con los tiempos con todas las paradas es la siguiente:

Dicha gráfica ha de compararse con la actualizada con los tiempos aportados por Telefónica (es decir, descontadas las paradas de reloj).

En conclusión, el análisis de los datos aportados por Telefónica no modifica las conclusiones alcanzadas por la propuesta de resolución y en la presente resolución en relación con la discriminación a los demás operadores, respecto de sus propios servicios minoristas, en lo que se refiere a los plazos de resolución de averías no obstante, sí ha de tenerse en cuenta a la hora de la graduación de la sanción a imponer, ya que con esta nueva aportación de información aparecen períodos en los que se reducen los tiempos de la previsión de los servicios mayoristas y de resolución de averías.

SEXTO.- Cuantificación de la sanción aplicable

1.- Límites legales

La LGTel establece en su artículo 79 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por Telefónica consiste en el incumplimiento, de la Resolución de 24 de febrero de 2016. -tipo contenido en el artículo 76.12 de la LGTel-.

De conformidad con el artículo 79.1.a) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

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

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

Asimismo, la letra c) de este apartado del artículo 79, establece que la sanción que puede ser impuesta por la comisión de una infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

“c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

No obstante, teniendo en cuenta que las dos infracciones que se imputan a Telefónica han sido calificadas como continuadas, y de conformidad con el criterio contenido en el artículo 74 del Código Penal, las sanciones a imponer podrían situarse en la mitad superior del rango legalmente previsto.

Por consiguiente, siguiendo lo dispuesto en la normativa citada sobre los límites legales de las sanciones a imponer por la comisión de la infracción continuada, se tendrán en cuenta los límites máximos que fija la LGTel para las infracciones muy graves, por incumplir las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por esta Comisión, que son, i) el quíntuplo y duplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, (ii) si no puede determinarse el beneficio, veinte millones (20.000.000) de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación señalados en el artículo 80 de la LGTel y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 29 de la LRJSP.

2.- Aplicación de los criterios legales de cuantificación de la sanción

Según lo expuesto, para determinar la cuantía de la sanción, en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción cometida.

A este respecto, se señala que no es posible determinar si las dos conductas infractoras imputadas a Telefónica le han reportado beneficio directo alguno, más allá de los posibles clientes que haya podido captar procedentes de los operadores más afectados por sus conductas o los beneficios indirectos que le haya podido reportar el posible deterioro de la imagen de los operadores a los que ha retrasado sucesivamente la entrega y mantenimiento de sus servicios mayoristas de banda ancha, los cuales no son cuantificables.

Por ello, a los efectos del cálculo de la sanción a imponer a esta operadora no podrá tomarse como criterio el beneficio bruto obtenido por la comisión de las infracciones que se le imputan. En consecuencia, la sanción máxima que se podrá imponer a la entidad ascienden a veinte millones (20.000.000) de euros, sin que se establezcan límites mínimos para la sanción.

Por lo tanto, de conformidad con el 79.1.a) de la LGTel de 2014, teniendo en cuenta que no se ha podido determinar con exactitud el beneficio directo e indirecto derivado de la infracción, se debe concluir que la cantidad máxima de la sanción es 20 millones de euros.

En cuanto a los criterios para graduar las sanciones, el artículo 80 de la LGTel de 2014 establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El daño causado y su reparación.*
- d) el cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.*

2. Para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan. (...)”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del

hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.”*

De los criterios anteriores, se aplica en el presente caso la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente, aplicable sobre la sanción a imponer por la comisión de la infracción cometida.

Con respecto a la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente, cabe recordar que Telefónica ha sido sancionada en varias ocasiones por la comisión de infracciones graves y muy graves. En lo que interesa a este procedimiento cabe recordar que, mediante Resolución de 7 de marzo de 2017, Telefónica fue sancionada con 3 millones de euros al haberse declarado ahí a Telefónica como responsable directo de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel por incumplir la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente SNC/D TSA/007/16

En cuanto a la situación económica del infractor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la LGTel, a efectos de fijar la sanción a imponer, se tendrá en cuenta la situación económica de Telefónica para la fijación de la sanción.

Sobre la base de los datos aportados por Telefónica a este organismo, los ingresos obtenidos por esta operadora en el mercado minorista de banda ancha y telefonía fija durante el año 2017 y 2018 fueron en conjunto de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Además, por lo que respecta a los ingresos mayoristas obtenidos de los servicios afectados por su conducta infractora (NEBA cobre y NEBA fibra), Telefónica ingresó en 2017 y 2018 **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Finalmente, según datos aportados por Telefónica para la elaboración de la memoria de actividades y de las notas trimestrales⁵³ que publica este

⁵³ Los datos anuales y trimestrales están sujetos a actualizaciones por parte de los operadores que suministran la información y, por lo tanto, puede haber modificaciones respecto a lo publicado. Sin embargo, en su escrito de 26 de abril de 2019 Telefónica se remite a los datos ya aportados a este Organismo, precisamente para la elaboración de estos informes y notas, para no volverlos a entregar en el marco de este procedimiento.

Organismo, los ingresos brutos de explotación de Telefónica, correspondientes a los años 2017 y 2018, fueron de 14.884,43 y 15.199,04 millones de euros.

3.- Determinación de la sanción

Para determinar la cuantía de las sanciones a imponer hay que tener en cuenta los límites legales y los criterios para graduar la sanción concurrentes anteriormente citados, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual *“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”*. Por ello y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término ha de procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de las infracciones.

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; núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁵⁴.

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.5 de la LRJSP, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida y, asimismo, según lo establece el artículo 29.6 de la LRJSP, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de Telefónica, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer:

- Que si bien Telefónica ha cometido dos infracciones (una grave y otra muy grave), es de aplicación el artículo 29.5 de la LRJSP ya que la calificada como grave no deja de ser un medio para la comisión de la infracción muy

⁵⁴ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (núm. 60/1995).

grave que consiste en el incumplimiento de la resolución de 24 de febrero de 2016.

- Que se considera que la sanción a imponer a Telefónica debe tener en cuenta que los hechos constitutivos de la infracción deben ser considerados como continuados, dado el periodo de tiempo que ha durado.
- Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 29.2 de la LRJSP, el establecimiento de las sanciones debe prever que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.
- Que al tratarse de una infracción de carácter continuado, la sanción a aplicar podría encontrarse en la mitad superior.
- Que la conducta infractora se ha cometido a título de dolo.
- Que no ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por Telefónica de la comisión de las infracciones cometidas y que, por ello, las cifras de 20 millones y 2 millones de euros fijadas por el artículo 79.1.a) y c) de la LGTel, son las que han de ser tomadas como límites máximos de las sanciones a imponer.

Que se ha apreciado la concurrencia de un criterio agravante de graduación de la sanción a imponer a Telefónica como es la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente.

- En cuanto a la situación económica de Telefónica, que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la sanción, se ha determinado que esta operadora obtuvo ingresos, solo por los servicios de banda ancha afectados por su conducta infractora, de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, durante 2017 y 2018, respectivamente.
- Que se puede considerar como criterio de atenuación de la sanción los resultados de las actuaciones complementarias.

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 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, se considera que procede imponer a Telefónica una sanción de seis millones (6.000.000) de euros por el incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016.

En respuesta a las alegaciones respecto a la proporcionalidad de la sanción, la multa máxima a imponer por la infracción muy grave imputada a Telefónica es

de 20 millones de euros. La cuantía de la sanción impuesta no se encuentra en la mitad superior de dicho margen, lo que acredita su proporcionalidad.

Telefónica pretende que esta Sala analice uno por uno los criterios legales recogidos en los artículos 80 de la LGTel y 29.3 de la LRJSP y los aplique, a modo de agravantes o atenuantes. Considera que la propuesta de resolución solo aplica los “agravantes”, pero no los “atenuantes”. Estos criterios legales constituyen manifestaciones del principio de proporcionalidad y permiten a la administración aplicadora graduar la sanción, pero no exigen su análisis individualizado o su consideración cuando ni siquiera concurren los mismos, como en el caso concreto. Además, en el derecho administrativo sancionador no existen reglas para aplicar de forma concreta las circunstancias atenuantes o agravantes de la manera en que se describen en el artículo 66 del Código Penal. Telefónica, no obstante, centra sus alegaciones en la aplicación de los criterios de reincidencia y gravedad.

La gravedad de las infracciones anteriormente cometidas, se trata de un criterio contenido específicamente en la LGTel que no exige identidad de naturalezas entre las conductas sancionadas, como si lo hace la reincidencia.

Además, Telefónica insiste en el carácter residual de los servicios “NEBA cobre” y la escasa planta de las dos provincias analizadas. No obstante, a juicio de esta Sala, y sin perjuicio de que la obligación de no discriminación afecta también a servicios menos demandados, en la medida en que la conducta también ha afectado a servicios de fibra, en los que la planta es mayor, ha de mantenerse las consideraciones de la propuesta de resolución.

La gravedad de la conducta no solo tiene en cuenta criterios numéricos, sino también la incidencia en el mercado –en los operadores alternativos- y en los usuarios finales.

El estricto cumplimiento de las obligaciones impuestas a Telefónica en las resoluciones de definición y aprobación de los mercados y de las ofertas de referencia es fundamental para evitar un potencial abuso de su posición de dominio en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas fijas que pudieran tener efectos anticompetitivos. Ello porque en último término estas conductas impactan sobre los usuarios finales, que ven retrasada la entrega de sus servicios y la solución de sus incidencias, encontrándose en algunos casos ante la decisión de cancelar sus solicitudes debido a dichos retrasos y optar por cambiar de operador, con los consecuentes múltiples trámites que ello conlleva. A ello se suma el daño reputacional de los operadores implicados.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución, de 24 de febrero de 2016, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (mercados 3a, 3b y 4), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe **seis millones (6.000.000) de euros** por la anterior conducta.

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