



Roj: **SAN 4374/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:4374**

Id Cendoj: **28079230082015100631**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **30/11/2015**

Nº de Recurso: **178/2014**

Nº de Resolución: **422/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000178 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01593/2014

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a treinta de noviembre de dos mil quince.

Visto el presente recurso contencioso administrativo n^o **178/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 28 de enero de 2014, recaída en expediente sancionador, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. **ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU), contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 28 de enero de 2014, en la que se declara a la entidad recurrente responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y se le impone una sanción por importe de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros).

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se anule y deje sin efecto la resolución impugnada. Con condena en costas a la demandada.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso.

CUARTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se admitió la documental propuesta y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 25 de noviembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 28 de enero de 2014, recaída en procedimiento sancionador RO 2013/708, en virtud de la cual se impone a Telefónica de España una sanción por importe de 250.000 euros, como responsable directo de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, al no notificar en tiempo y forma las ofertas comerciales analizadas.

En la resolución impugnada se declara probado que:

«ÚNICO.- Telefónica no comunicó con anterioridad a su comercialización sus ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL3 (sin llamadas a móviles desde la red fija).»

Los hechos se califican como constitutivos de infracción del artículo 53.r) LGTel, que tipifica como infracción muy grave "el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

El incumplimiento que se sanciona, como hemos dicho, viene referido al Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Resolución de los mercados 4 y 5).

El Resuelve Sexto acuerda:

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

Y el mencionado Anexo 3 de obligaciones de la Resolución (Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s) dispone:

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

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

[...]

d) *Comunicación por TESAU a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes (Arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados ; art. 13 de la Directiva de Acceso)*

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

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

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

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se combate la anterior resolución, alegando que TESAU no notificó a la CNMC ninguna modificación de precios relativos es los servicios Movistar ADSL (Dúo hasta 10 MB) a 29'9 € y Movistar TV Familiar a 59'8 €, porque no los había cambiado. La comercialización de dichos productos a precios inferiores (24'9 € y 54'8 €, respectivamente) respondió a sendas promociones, siendo precios vigentes únicamente durante el período promocional, de conformidad con las comunicaciones realizadas a la CNMC por TESAU.

Invoca los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Vulneración del principio de presunción de inocencia.
- 2.- Ausencia de culpabilidad.
- 3.- Vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la sanción.

En apoyo de los anteriores motivos de impugnación, se expone que en el expediente administrativo no hay prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia. La resolución impugnada incumple la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al no haber observado las exigencias constitucionales que debe cumplir toda prueba indiciaria de presunciones, pues hay una carencia de enlace directo y preciso entre el indicio y el hecho a deducir. Añade que la CNMC fundamenta el reproche de la conducta que atribuye a la recurrente en una prueba de indicios o presunciones, habiendo limitado su actuación inspectora al análisis de la información contenida en la página web, omitiendo cualquier análisis en torno a la efectiva aplicación o comercialización de los precios, tal como hubiese requerido el tenor literal del apartado 1 d) del Anexo 3 de la Resolución de los mercados 4 y 5. En la misma página donde consta el precio que la Administración toma en consideración, referida a promociones, figura también el precio comunicado de 29,9 €/mes, en el apartado "condiciones comerciales", la CNMC toma en consideración determinada información y desecha otra que consta al mismo nivel, en la que se fija como precio definitivo el declarado. En relación con las condiciones generales del servicio *Kit Movistar Autoinstalable*, se reconoce un error por parte de TESAU en la consignación del anexo de precios de los contratos publicados en su página web, al incluir como definitivo un precio que era promocional, si bien la Administración desecha la información referente a las cuotas de estos productos, prevalente en orden de aplicación y que también constan publicada en la web, en el apartado de "tarifas".

En apoyo de la ausencia de culpabilidad invocada, se razona que aún cuando se admitiese que TESAU no realizó la comunicación ex ante de precios a la que viene obligada, tampoco los hechos serían constitutivos de infracción, por concurrir una causa de justificación, como es la del error acontecido en el marco un procedimiento preestablecido en orden al debido cumplimiento de la norma. La resolución impugnada es contraria a Derecho por cuanto el análisis del elemento culpabilístico realizado por la CNMC conduce inexorablemente al ámbito de la objetividad, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico. La autoridad administrativa sancionadora no puede omitir cualquier consideración en torno a la voluntad del agente infractor. Telefónica tenía instalado un procedimiento, en colaboración con la CNMC, en orden al cumplimiento de la obligación de comunicación ex ante de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones. En el presente caso estaríamos ante un error, resultando una mera equivocación en el contexto de una actuación diligente, lo que viene respaldado por la circunstancia de

que TESAU no obtenía ningún beneficio en dejar de comunicar u ocultar unos precios que hubiese podido comercializar perfectamente, pues no creaban barreras de entrada en el mercado, por lo que no existía razón alguna para que dejase de comunicar la modificación de precios controvertida.

Por último, se razona sobre la vulneración del principio de proporcionalidad, alegando ausencia de daño en el mercado, errónea aplicación del artículo 131.3 b) Ley 30/1992, dado que no consta en el expediente un análisis que avale el resultado dañoso para el mercado de la conducta que se reprocha a la recurrente, por el contrario, los precios que se discuten y que la Administración sancionadora insinúa que podrían haber tenido un impacto nocivo en el mercado, fueron comunicados por la actora a la CNMC, mediante oficio de fecha 6 de junio de 2013 y aprobados por ésta. En todo caso, la Administración debió concretar los perjuicios causados. Asimismo, se considera errónea la valoración de la cuantía de la sanción, considerando que los elementos de alcance geográfico y ámbito temporal de las ofertas, tomados como elementos agravantes, carecen de eficacia. Finalmente, se alega arbitrariedad de la resolución sancionadora al tomar como fecha de inicio de la infracción la de edición de las condiciones generales publicadas en la web y como fecha de fin la de mayo de 2013.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda. Señalando que la resolución sancionadora no se basa en indicios o presunciones sin en datos concluyentes, plenamente acreditados, que evidencian que telefónica ha modificado los precios del servicio Movistar ADSL, fijando la oferta base en 24,9 €/mes sin IVA, sin comunicárselo previamente al regulador, al cual sólo le constaba el precio nominal de 29,9 €/mes, que le fue comunicado por Telefónica el 4 de mayo de 2011.

Se rechaza la denunciada vulneración del principio de culpabilidad, recordando que, conforme con artículo 130.1 de la Ley 30/1992, los responsables de las infracciones administrativas podrán ser sancionados por las mismas a título de simple inobservancia. La interpretación jurisprudencial del precepto permite afirmar que la culpabilidad exigida para la imposición de una sanción por infracción administrativa puede consistir bien en dolo o bien en culpa o negligencia.

En cuanto a la sanción impuesta, considera que la CNMC ha tenido en cuenta el factor de reiteración, por otra parte, el elemento de la ausencia de daño efectivo al mercado ya ha sido considerado expresamente en la resolución. Se ha considerado que las ofertas objeto del expediente permanecieron durante un prolongado periodo de tiempo disponibles en el canal *on line* de Telefónica, habiendo podido llegar a un gran número de clientes en toda España, independientemente de que, al final, contrataran por otros medios y no por la web, siendo lo cierto que tales ofertas no debía poder estar disponibles al no haberse comunicado con carácter previo al regulador. La replicabilidad de la oferta por el resto de operadores es una circunstancia cuya apreciación incumbe no a la interesada sino al regulador. La sanción en este caso se ha establecido partiendo del daño potencial que la falta de comunicación ex ante de una oferta para su análisis por la autoridad nacional de reglamentación puede ocasionar al mercado de la competencia, a diferencia de lo que sucedió la resolución de 15 de julio de 2010, en la que se sanciona a Telefónica con una multa inferior. Por tanto, se han tenido en cuenta los criterios de graduación de la sanción contemplados en el artículo 56 LGTEL, sin que quepa apreciar arbitrariedad.

CUARTO: Resulta del expediente administrativo que la resolución sancionadora impugnada tiene su origen en las actuaciones de inspección realizadas por la CMT en ejercicio de las facultades inspectoras atribuidas en el art. 48.3 i) y art. 50, apartados 1, 3 y 6, de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Tales actuaciones comenzaron con una primera Orden de Inspección, de fecha 25/03/13, firmada por el Secretario, por delegación del Consejo de la CMT, en los siguientes términos:

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

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

La inspección se llevará a cabo en las dependencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a partir... A estos efectos, el inspector procederá a la impresión de las ofertas Dúo y Trío ADSL disponibles en la página web de Telefónica, que se incorporarán en la correspondiente Acta de inspección.

El inspector designado tendrá, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, cuantas facultades se reconocen en el artículo 50 de la Ley 32/2003, incluyendo el control de cuantos elementos se encuentren afectos a los servicios o actividades realizadas.

Asimismo, se habilita al inspector a comprobar cualesquiera otros extremos que, relacionados con el objeto de la inspección, estime necesario examinar.

Para la realización de la inspección no se considera necesaria la presencia de Telefónica, habiéndose estimado pertinente llevar a cabo la inspección sin apercibimiento a la compañía de su realización. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que Telefónica efectúe posteriormente las alegaciones que estime procedentes, en el marco del procedimiento que se pueda incoar a tal efecto."

En el Acta de Inspección (26/03/13) se identifica al inspector actuante, y se consigna, además de la fecha, hora y lugar de las actuaciones, que éstas consistieron en el acceso a la página web de TESAU, desde un ordenador de la CMT, procediendo a la impresión de las ofertas disponibles en la página web. Se detalla la forma de proceder del inspector, para acceder a la información y su impresión documental. Se acompañan con el acta los documentos que incorporan la información obtenida, con los detalles de precios de cada producto ofrecido.

Los documentos 7.6 y 7.7 contienen las Condiciones Generales del Servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable, del Servicio Línea Movistar ADSL, con sendos Anexos I en los que indican los precios de cada servicio.

Con fecha 17/04/13, se emite nueva Orden de inspección, con el mismo objeto, cuyo resultado se plasma en Acta de fecha 18/04/13, en similares términos que la anterior, con la que se acompañan los documentos que incorporan la impresión de la información obtenida de la web, así como las Condiciones Generales de los Servicios de banda ancha incluidos dentro del Servicio "Movistar Imagenio", con sus correspondientes precios (Anexo I).

Con fecha 13 de mayo de 2013, se acordó la apertura de un periodo de información previa a un procedimiento sancionador, en relación con las obligaciones de comunicación ex ante contenidas en la Resolución de los mercados 4 y 5, requiriendo de Telefónica la aportación de determinada información.

Telefónica presentó escrito de alegaciones, en el que expone la estrategia comercial de la empresa, los precios aplicados a los servicios objeto del procedimiento, indicando que a todos los clientes que tiene Telefónica en el producto "Hasta 10 Mb sin valor" para clientes sin contrato móvil Movistar se les viene aplicando un precio promocionado de 19,9 €/mes cuando se trata de un nuevo cliente. Si el cliente es de otra modalidad de producto (por ejemplo, Dúo 10Mb) la promoción que se aplica en contención es de 24,9€/mes.

Se afirma que, en esos momentos, en la cartera de Telefónica no existen clientes a los que se les aplique un precio definitivo de 24,9 €/mes. Por lo que la empresa considera que no ha habido el incumplimiento que se indica en el informe sometido a alegaciones, al haber seguido en todo momento el procedimiento establecido por esa CMT para la aplicación de las promociones correspondientes, así como para la comercialización de los productos comunicados que sólo pueden ser contratados por aquellos clientes que reúnen las características detalladas para cada uno de ellos. Y que todas las promociones han contado con el visto bueno de la CMT.

Se añade que, pese a esa política de comercialización, Telefónica no ha conseguido frenar la continua disminución de la cuota de mercado de banda ancha, por lo que parece razonable plantear una reducción de los precios de determinados productos y, entre ellos, los analizados, Dúo y Trío Hasta 10Mb sin llamadas fijo-móvil; algo que se comunicará preceptivamente a esa CMT. Insistiendo Telefónica en que no ha habido cambios respecto a los precios de los productos de banda ancha comunicados a CMT de modalidades Dúo Hasta 10Mb y Trío Familiar hasta 10 Mb, siendo los precios nominales de los mismos de 29,9 euros/mes y 59,8 euros/mes, respectivamente, en el caso de un cliente sin contrato móvil movistar ni prestaciones adicionales tal y como se comunicaron inicialmente. Telefónica no ha considerado necesario comunicar por el momento un nuevo producto de hasta 10 Mb a 24,9 €/mes para los Dúos y 54,8 €/mes para el Trío Familiar; pero en caso que Telefónica, a la vista de la situación del mercado, se viera en la obligación de intervenir con una bajada del precio de este producto lo sería antes de la finalización del disfrute de las promociones aplicadas (julio 2013), a las que CMT ha dado el visto bueno, previa comunicación a la Comisión.

Sobre el contenido de las Actas de inspección, se alega que los productos que nos ocupan no se han comercializado ni se comercializan a día del escrito a los precios referidos como precio definitivo, y sí como aplicación de una promoción que Telefónica ha comunicado a este efecto a la CMT. Si bien Telefónica, a raíz de este expediente, ha podido comprobar que existen algunas inconsistencias en su web a la hora de trasladar la información sobre su política comercial a la misma y que han sido subsanadas inmediatamente. En la web se especifica que el precio es de 29,90 euros/mes para los clientes que ya tienen contratado el ADSL y que carecen de contrato móvil Movistar. Por ello, considera TESAU que queda probado que no ha existido incumplimiento alguno sobre la obligación de comunicación ex ante a la CMT con anterioridad a la comercialización de

cualquier oferta, ya que este producto todavía no ha sido comercializado al precio definitivo que se indica en el expediente de información previo. Simplemente, como bien se recoge en la web, los nuevos clientes Dúos entran en el mercado con una promoción a 12 meses a 19,9€/mes y si manifiestan su deseo de darse de baja se les oferta otra promoción para clientes en planta a 24,9 €/mes doce meses más; y una vez transcurridos los 24 meses el cliente pasaría a pagar el precio comunicado de 29,9€/mes. Ambas promociones, la de captación de nuevos clientes a 19,9 € y la de contención a 24,9 €, han sido correctamente comunicadas a CMT que ha dado su visto bueno para su comercialización. Si en los contratos generales referidos a Dúo y Trío figuran como precios definitivos los mencionados anteriormente, se ha debido a un error ya corregido. No puede apreciarse dolo toda vez que la información comercial como tal figuraba correctamente, como la propia CMT ha señalado, y es ésta y no las condiciones particulares las que les sirven a los clientes como justificación para decantarse y contratar una u otra oferta.

Por resolución de fecha 18/07/13, se acuerda la apertura de expediente sancionador a Telefónica, que presentó escrito de alegaciones, en línea con lo expuesto en el escrito anterior. Insistiendo en que los productos en cuestión no se han comercializado a los precios referidos como precio definitivo antes del 24 de junio de 2013 (fecha de entrada en vigor del nuevo precio comunicado en fecha 6 de junio de 2013) y sí se ha hecho como una promoción al precio de 24,90 €/mes durante 12 meses para clientes en planta, la cual fue comunicada por parte de Telefónica a la CMT de acuerdo a la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAÚ; la aplicación de este precio en forma de promoción y no como un precio definitivo, depende en exclusiva de TESAÚ, al diseñar su estrategia comercial en base a criterios de evolución del mercado y mantenimiento de un determinado ARPU de cliente, prevaleciendo este último en todo momento, intentando mantener y/o captar a clientes con el mayor valor posible; dado que la duración de las promociones de captación (a 19,9 €/mes) es de doce meses y siendo el inicio de la promoción comunicada por TESAÚ agosto de 2012, a ningún cliente con el producto Hasta 10Mb para clientes que no tienen contratado el servicio de telefonía móvil con TESAÚ se le ha aplicado un precio definitivo de 24,90€/mes por estar dentro del período de disfrute; en el caso de la promoción de clientes en planta a 24,90€/mes durante doce meses, la ventana de contratación está abierta desde el 01/01/13 al 31/12/13, por lo que los clientes que la hayan contratado todavía se encuentran en período de disfrute y tampoco se les puede estar aplicando un precio definitivo de 24,90€/mes; la aplicación del precio definitivo de 24,90 €/mes para clientes Hasta 10Mb sin móvil Movistar ni valor (no incluidas llamadas fijo -móvil), asumiendo la bajada de precio de los clientes en planta, se acordó con fecha 24 de junio, no siendo extemporánea la comunicación realizada por TESAÚ, el 6 de junio de 2013, del precio definitivo del producto.

Asimismo, TESAÚ formuló alegaciones a la Propuesta de resolución.

QUINTO: Sostiene la recurrente que la resolución impugnada vulnera el principio de presunción de inocencia, al considerar probada la conducta que integra la infracción sancionada con base en meros indicios sin suficiente valor probatorio. TESAÚ había cumplido con su deber de información ex ante a la CMT, conforme con la resolución de los mercados 4 y 5. Si bien reconoce haber incurrido en error en los precios consignados en el anexo de los contratos publicados en su página web, al indicar como precio definitivo el precio promocional; no obstante, se han de tener en cuenta también las cuotas publicadas en la web, prevalente en orden de aplicación.

A la vista de lo obrante en el expediente, entiende la Sala que no puede acogerse tal motivo de impugnación, pues se ha incorporado al expediente administrativo el resultado de las actuaciones de inspección realizadas, debidamente documentadas, con impresión de las imágenes de las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL, así como las condiciones generales de contratación de dichos productos publicadas en la web de Telefónica. Por otra parte, la empresa ha tenido la posibilidad de realizar alegaciones en el periodo de información previa al procedimiento sancionador, y después al serle notificado el acuerdo de incoación del expediente sancionador y la propuesta de resolución. Haciéndose en la resolución impugnada una razonable valoración e interpretación de los datos obtenidos en fase de inspección, en relación con las alegaciones realizadas por Telefónica en los distintos escritos presentados. Sin olvidar que la propia empresa recurrente reconocer la existencia de errores en la traslación de los precios en las ofertas publicadas en la web, además de lo que denomina "inconsistencias" posteriormente subsanadas, para la incoación del expediente de información previa.

En consecuencia, el inicio del procedimiento vino fundamentado en la existencia de indicios de un eventual incumplimiento por parte de telefónica de la resolución de 22 enero 2009, ahora bien las actuaciones de comprobación realizadas llegaron a considerar acreditados dichos incumplimientos, consistentes en la modificación de los precios y condiciones de los servicios minoristas ya mencionados, sin la previa notificación al regulador.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 16 del Real Decreto 1398/1993 por el cual se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece que el instructor

del procedimiento debe realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Y, en el presente caso, los elementos probatorios tenidos en cuenta provienen de la propia página web de la recurrente.

Ha quedado probado en el expediente, a la vista del resultado de las actuaciones inspectoras, que Telefónica ofertó en su web los productos sobre los que versa el procedimiento, a precios inferiores a los comunicados a la CMT, pudiendo entenderse, como se hace en la resolución impugnada, que se trataba de precios definitivos. Y ello por las razones que se exponen, respaldadas por los hechos y datos constatados. Así, en cuanto a la oferta Movistar ADSL, resultó que, el precio de 24,9 euros/mes figuraba como un definitivo, apareciendo en tales términos en las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL para el servicio Dúo hasta 10 Mb; por otra parte, en las cuotas mensuales del servicio de acceso fijo y banda ancha con TV (Trío), la cuota nominal de los servicios de acceso y banda ancha hasta 10 Mb era de 24,9 euros/mes. Y para la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL, figuraba expresamente en las condiciones generales de contratación el precio de 54,8 euros/mes, como, por otra parte, ha reconocido Telefónica. Además, tales precios se anunciaban en el momento de contratar el servicio a través del canal on line.

La estimación por la CNMC de que la vida media del cliente, que se cifra en 27 meses, permite concluir que la referencia en las condiciones comerciales a la aplicación del precio reducido durante los meses del 13 al 24 del contrato, puede equipararse un precio definitivo, viene razonada en la resolución impugnada, en la que se expone que dicha estimación no supone meramente un criterio empleado a los solos efectos de la metodología, sino que tal parámetro temporal coincide con la antigüedad media del abonado en el momento en que deja de ser cliente del operador, de acuerdo con los datos aportados por los operadores, incluyendo la propia Telefónica. Estando, pues, fundamentado en datos reales sobre el comportamiento de los clientes de banda ancha. Y conforme a tal criterio, se razona que los clientes pueden razonablemente pensar que el precio de 24,9 euros/mes que resulta de aplicación durante el segundo año de permanencia con el operador (meses 13-24), y que se publicita como tal desde el inicio, es un precio definitivo y no una mera promoción. En todo caso, como ya se ha dicho, para el servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL, se ofrecía el precio de 54,8 euros/mes como precio definitivo.

Resulta llamativo el argumento de la actora sobre la comunicación al regulador, con fecha 6 de junio de 2013, de nuevos precios a aplicar desde el 24 de junio, coincidentes con los que dan lugar al expediente sancionador, pues lo que revela tal comunicación es el mantenimiento de los precios que ya se venían ofertando y aplicando antes de dicha comunicación.

SEXTO: En cuanto a la inexistencia del elemento subjetivo de la infracción, por no concurrir en la conducta de TESAU dolo ni culpa, tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la recurrente al respecto.

Dispone el art. 130.1 de la Ley 30/1992 :

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

Esta Sala ya ha dicho, en sentencias de fecha 18/01/10 y 12/03/12, entre otras (rec. 1270/07 y 118/10), que el precepto del art. 53. r) LGTel no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención.

En el presente caso, y como hemos dicho en anteriores ocasiones, es relevante tener en cuenta que el cumplimiento de la obligación en cuestión no recaía sobre una empresa de segundo orden o nivel en el sector de las telecomunicaciones, sino, precisamente, sobre la empresa que es el operador con peso significativo en el mercado, a la que corresponde con carácter principal la prestación de los servicios de acceso e interconexión en los mercados mayoristas de las telecomunicaciones, y a la cual se viene imponiendo sucesivamente obligaciones de prestación de servicios por parte del órgano regulador, que conoce sobradamente el carácter vinculante de dichas obligaciones.

Por tanto, concurren los elementos objetivo y subjetivo integrantes del tipo de infracción por el que se sanciona a la entidad recurrente, la conducta resulta antijurídica y está acreditada la concurrencia del elemento culpabilístico. La voluntariedad del incumplimiento se refuerza por la conducta posterior de Telefónica, tras la apertura de la información previa, notificando a la CNMC la modificación de los precios anteriormente comunicados, adecuándolos a los que ya venía ofertando antes de la comunicación.

En todo caso, concurriría una conducta culposa, por cuanto la oferta permaneció en la web varios meses, en los términos que constan en las actas de inspección.

SÉPTIMO: El último de los motivos de impugnación hace referencia a la graduación de la sanción, que se considera desproporcionada.

En la resolución sancionadora, con invocación de los artículos 56.2 LGTel y 131.3 LRJPAC, se expone que concurre en el presente caso la circunstancia agravante de reiteración. Y ello porque Telefónica ya había sido sancionada anteriormente por el incumplimiento de la obligación de proceder a la comunicación ex ante de sus ofertas comerciales de banda ancha sobre ADSL. Concretamente, en la Resolución de 15 de julio de 2010, por incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009.

No se aprecia concurrencia de ninguna circunstancia atenuante, rechazando la alegación de Telefónica de que se estime así "el escaso daño ocasionado al mercado por la conducta reprochada".

Sobre las alegaciones de Telefónica, se expone que tanto el artículo 56.2 de la LGTel como el artículo 131.3 de la LRJPAC permiten tomar en consideración tanto el "daño causado" al mercado como "la naturaleza de los perjuicios causados" como circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora. No apreciando que en este caso concurren elementos fácticos que justifiquen la consideración de estos factores como circunstancias atenuantes, a diferencia de los que sucedió en la anterior resolución, de 15 de julio de 2010, pues en el caso presente, las ofertas no comunicadas por Telefónica objeto de este expediente no fueron detectadas y modificadas (o retiradas) en un breve intervalo de tiempo, sino que ha quedado acreditado que permanecieron en la página web del operador durante varios meses (incluso nueve meses si se atiende a las condiciones generales de contratación de la oferta Movistar ADSL). Además, estas ofertas tenían un ámbito geográfico nacional y no regional, como en el caso de las promociones analizadas en la resolución de 15 de julio de 2010, de manera que su impacto necesariamente ha sido mayor.

Coincide el tribunal con el criterio expuesto por la CNMC de que independientemente del efectivo volumen de contratación, las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL realizadas a través del canal online de Telefónica facilitaba la captación de clientes, a partir de la información sobre precios que figuraba en la página web y que no deberían haber estado disponibles, pues no habían sido comunicadas al regulador, y ello con independencia de que las ofertas fueran replicables económicamente o no.

Se justifica en la resolución el importe de la sanción, exponiendo los criterios de aplicación. Se razona que no es aplicable al caso el criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción, pues consistiendo la conducta en la ausencia de notificación ex ante de dos ofertas comerciales sobre ADSL, no puede cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado de la omisión de un deber de notificación.

En cuanto al criterio del 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada en el último ejercicio, se expone que se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida los componentes minoristas cubiertos por las ofertas analizadas, y la rama de actividad tomada en consideración se limitará exclusivamente al segmento residencial, al ser el segmento donde primordialmente se han comercializado las ofertas de Telefónica objeto de este expediente. Tomando en consideración la información aportada por Telefónica para la elaboración del Informe Económico Sectorial 2012, se considera que el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada ascendió a 20,8 millones de euros.

Con base en todo ello, se establece que el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20,8 millones de euros y que la infracción cometida es relevante, dado el daño potencial que la ausencia de comunicación de una oferta comercial para su análisis previo por la autoridad nacional de reglamentación puede ocasionar al mercado y a la competencia; se aprecia la concurrencia de una circunstancia agravante, en concreto la existencia de reiteración. Y, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, se determina el importe de la sanción de 250.000 euros.

El art. 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece:

"1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones:

a. Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el 1 % de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último

ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el 5 % de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

(...)

2. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a. La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b. La repercusión social de las infracciones.*
- c. El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d. El daño causado.*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

(...)"

Pues bien, en la resolución sancionadora se justifica el cálculo realizado de manera minuciosa, consignando los datos y elementos de cálculo tenidos en cuenta y dando clara y precisa explicación de los criterios, datos económicos, normas aplicables y método de cálculo empleados, apreciando la circunstancia agravante mencionada, de manera que sólo una actividad probatoria que pusiera en evidencia que el criterio de la Administración resulta irrazonable o arbitrario justificaría que tal criterio, adoptado por un organismo administrativo independiente, que goza de notable cualificación técnica y jurídica en la materia, fuese corregido.

Es por ello que no cabe acoger las alegaciones de la actora, en las que se fundamenta el motivo de impugnación referido a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Procede, en consecuencia con lo expuesto, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011, procede la condena a costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 28 de enero de 2014, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Con condena en costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que la misma es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno, y de la cual será remitido testimonio, con el expediente, a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.