



Roj: **SAN 1923/2015 - ECLI: ES:AN:2015:1923**

Id Cendoj: **28079230082015100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **15/05/2015**

Nº de Recurso: **462/2012**

Nº de Resolución: **63/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1923/2015,**  
**STS 645/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso: 0000462 / 2012**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 05985/2012**

**Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**

**Procurador: DOÑA PILAR IRIBARREN CAVALLÉ**

**Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a quince de mayo de dos mil quince.

**VISTOS** por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo nº **462/2012**, promovido por la Procuradora de los Tribunales **doña Pilar Iribarren Cavallé**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de junio de 2012, sobre sanción.

Ha comparecido la Abogacía del Estado en la representación que legalmente le corresponde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 7 de junio de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Acuerdo en expediente sancionador incoado contra Telefónica de España, SAU, por presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, cuya parte dispositiva contiene el siguiente pronunciamiento:

Primero.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, SAU, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, SAU, contra Telefónica de España, SAU, en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Imponer a Telefónica de España, SAU, una sanción por importe de 3.000.000 euros.

Contra dicho Acuerdo la representación procesal de Telefónica de España, SAU, interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que termina solicitando a la Sala que dicte sentencia "estimatoria del recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia: a) declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, en cuanto declara responsable directa a TESAU de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel y acuerda la imposición de una multa de 3.000.000 euros, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992; b) subsidiariamente, anule la Resolución impugnada por infracción del ordenamiento jurídico y del principio de proporcionalidad, disponiendo la minoración del importe de la multa impuesta a la recurrente, sobre la base de lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la demanda y de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 56.2 de la LGTel y en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992".

**SEGUNDO.-** Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental propuesta por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

**CUARTO.-** Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 6 de mayo de 2015.

**SEXTO.-** La cuantía de este recurso se fija en 3.000.000 euros.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de junio de 2012, por el que se declara responsable directa a Telefónica de España, SAU, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, imponiéndole una sanción por importe de 3.000.000 euros según los términos que han quedado expuestos.

**SEGUNDO.-** De las actuaciones practicadas la Sala estima conveniente destacar los siguientes extremos:

a) Por Acuerdo de 22 de enero de 2009 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor. En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de referencia no es realmente competitivo, imponiéndose a TESAU en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Entre otras, la citada Resolución señala que dada la posición



de TESAU y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija (mercado 4 de la Recomendación de mercados), se le prohíben las siguientes prácticas:

- Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios) -la práctica de estrechamiento de márgenes supone "un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quien, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia";
- Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);
- Discriminación abusiva en términos de precios;
- Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).

b) El 4 de mayo de 2010, la Agencia de Comunicaciones de la Comunidad de Madrid hizo público el anuncio de licitación para la contratación de sus servicios de comunicaciones de datos para la conexión de diferentes centros y usuarios de la Comunidad de Madrid;

El contrato estaba separado en tres lotes diferentes, consistiendo el Lote II en la provisión de servicios de transporte IP de prestaciones medias. Al citado concurso concurren inicialmente los operadores Telefónica, ONO y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SAU;

c) Por Resolución de 23 de julio de 2010, la Agencia de Comunicaciones de la Comunidad de Madrid resolvió adjudicar de forma provisional el Lote II a Telefónica, procediéndose a la adjudicación definitiva del citado lote a dicho operador el 13 de octubre de 2010. A la hora de decidir acerca de la entidad adjudicataria del concurso, la Agencia de Comunicaciones de la Comunidad de Madrid tomó en consideración tanto criterios económicos como parámetros técnicos, incluyendo una serie de mejoras que Telefónica presentó en su oferta respecto de las características técnicas mínimas inicialmente previstas por ICM (incluyendo la duplicación de las velocidades de conexión, o la introducción de garantías de caudal en determinadas partidas);

d) La oferta presentada por Telefónica a ICM fue analizada por la CMT a raíz de una denuncia interpuesta por O NO con fecha 26 de julio de 2010. En concreto, el análisis efectuado por la CMT consistió en determinar si la oferta presentada a ICM podía ser constitutiva de una práctica de estrechamiento de márgenes, expresamente prohibida por la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y 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;

e) Mediante Resolución de 25 de noviembre de 2010, la CMT llegó a la conclusión de que, al presentar la oferta objeto de análisis a ICM, Telefónica había incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de los mercados de líneas alquiladas y la Resolución de los mercados de banda ancha;

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mercados afectados, caracterizados por la presencia de un operador con poder significativo de mercado en los mismos como es Telefónica, la CMT concluyó que resultaba necesaria una intervención inmediata que asegurase el restablecimiento de las condiciones competitivas. En este contexto, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 contiene los siguientes pronunciamientos:

Primero. En relación con el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid para la adjudicación del contrato de servicios denominado "Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos", Telefónica de España, SAU, ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y 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;

Segundo. En relación con el Lote II ("servicio de transporte IP de prestaciones medias"), si Telefónica de España, SAU, se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que



están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo;

Tercero. En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de Telefónica de España, SAU, en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consistente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones;

f) Por escrito de 31 de enero de 2011 ONO denunciaba el incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de 25 de noviembre de 2010;

g) A consecuencia de la denuncia presentada por ONO contra Telefónica de España, SAU, por presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 en relación con la oferta presentada en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras apertura de un período de información pública, con el fin de esclarecer si Telefónica podría estar incumpliendo la Resolución de 25 de noviembre de 2010, acordó con fecha 13 de octubre de 2011 la incoación de expediente sancionador a Telefónica de España, SAU, expediente concluido mediante el Acuerdo que aquí se impugna.

**TERCERO.-** La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de junio de 2012 estima probados los siguientes hechos: a) Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II; b) Telefónica no ha procedido a modificar expresamente las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, ni ha comunicado tales modificaciones a ICM o a la CMT.

Seguidamente la Resolución considera que la conducta de Telefónica de España, SAU, se encuentra tipificada en el artículo 53.r) LGTel, estima la existencia de una conducta culpable a título doloso por parte del operador, valora las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora y determina finalmente la sanción a imponer -3.000.000 euros.

Frente a dicha Resolución se alza la representación procesal de Telefónica de España, SAU, formulando en síntesis las siguientes alegaciones: 1) violación de los principios de legalidad, antijuridicidad y tipicidad -ex artículo 25.1 CE ; 2) violación del principio de culpabilidad -ex artículo 24.2 CE ; 3) vulneración del principio de proporcionalidad -ex artículos 131 de la Ley 30/1992 y 56.2 LGTel.

La Abogacía del Estado, por su parte, se opone al recurso formulando en síntesis las siguientes alegaciones: a) el contrato se sigue prestando en las mismas condiciones que en la adjudicación, sin modificación alguna, y en todo caso las modificaciones unilaterales adoptadas por el operador no suponen un cese del estrechamiento de márgenes previamente prohibido; b) las modificaciones, de existir, no han sido comunicadas a ICM ni a la CMT; c) correcta tipificación de la infracción; d) concurre el requisito de la culpabilidad del operador recurrente; e) proporcionalidad de la sanción impuesta.

**CUARTO.-** Como ya hemos señalado la representación procesal de Telefónica de España, SAU, alega en primer término violación de los principios de legalidad, antijuridicidad y tipicidad -ex artículo 25.1 CE -. A estos efectos, tras cita de jurisprudencia, señala que Telefónica no ha actuado contraviniendo las determinaciones establecidas en la Resolución de 25 de noviembre de 2010, por lo que su conducta no puede considerarse ni típica ni antijurídica, y mantiene que el artículo 53.r) LGTel, en cuanto norma en blanco, precisa, desde la perspectiva del principio de tipicidad, que la descripción de la conducta infractora sea taxativa, debiéndose respetar la doble garantía formal y material que exige el Derecho Administrativo sancionador. Tras referir el análisis efectuado por la Comisión, mediante el que ésta considera probado que hasta el 19 de abril de 2012 Telefónica de España no dio cumplimiento a la Resolución de 25 de 2010, estimando que persiste el estrechamiento de márgenes, concreta los siguientes extremos:

a) La comunicación de ICM a ONO de 13 de abril de 2011, comunicación en la que se basa la Comisión para considerar probado el incumplimiento, no puede tener el valor que ésta pretende, pues, entre otros extremos, se contradice con el contenido de las actas que se levantaron como consecuencia de las reuniones mantenidas en el seno del Comité de Seguimiento del contrato formalizado entre ICM y Telefónica de 10 de febrero, 10, 17, 28 y 31 de marzo y 7 de abril de 2011;

b) Dichas actas evidencian el desacuerdo de ICM con la solución técnica implantada por Telefónica;

c) Las actas posteriores a junio de 2012, aunque no recogen taxativamente las deficiencias, permiten deducir que las mismas se han mantenido más allá de junio de 2011;



- d) La comunicación de las alteraciones a ICM y a la Comisión no tenían por qué hacerse formalmente; además el Regulador ha tenido conocimiento de las modificaciones introducidas y en todo caso no puede confundirse un defecto de forma con un estrechamiento de márgenes;
- e) Las dudas que puedan plantearse sobre las actas -interrogantes que se plantean a la CMT acerca de la adopción de las medidas correctoras por Telefónica para solucionar los problemas invocados en un primer momento por ICM- deben resolverse a favor de Telefónica;
- f) No existe prueba de que en ninguna de las 356 sedes objeto del contrato, en el período que va desde el 19 de abril de 2012, se hayan mantenido las condiciones de la oferta;
- g) La Comisión priva de credibilidad a la declaración del Director de Ingeniería de Comunicaciones, máximo responsable de la relación comercial de Telefónica, firmada el 15 de diciembre de 2011;
- h) La Comisión resta credibilidad a la prueba pericial practicada, que ratifica las afirmaciones del Director de Ingeniería, afirmando que en ella se efectúa un análisis puntual -63 centros evaluados de un total de 356- sin garantías de futuro;
- i) La actividad probatoria de la Comisión ha sido nula, tratando de destruir las pruebas aportadas por Telefónica, concediendo tan solo validez a la comunicación aportada por ICM el 19 de abril de 2012.

**QUINTO.-** Ex artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se considera infracción muy grave "El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

Ya hemos dicho que la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de junio de 2012 estima probado que Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II, por una parte, y que Telefónica no ha procedido a modificar expresamente las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, ni ha comunicado tales modificaciones a ICM o a la CMT, por otra.

En la Resolución de 25 de noviembre de 2010 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones efectúa un riguroso y pormenorizado análisis de la oferta presentada por Telefónica en el concurso convocado por ICM. Previamente, la CMT analiza de forma genérica la metodología a emplear para analizar la práctica llevada a cabo por Telefónica -Test de estrechamiento de márgenes-, seguidamente, sobre la base de la metodología empleada, calcula el coste que afrontaría un operador alternativo en caso de haber presentado las condiciones incluidas en la oferta de Telefónica -conexiones incluidas en el Lote II soportadas por servicios mayoristas regulados, costes de actividades fuera del entorno regulado-, llegando finalmente a un resultado del análisis estimando que

"... en ausencia de una competencia efectiva, no es suficiente, como pretende TESAU, para disciplinar el comportamiento de un operador con poder de mercado como la dinámica competitiva del concurso de referencia ha mostrado. De esta forma, es necesaria la intervención de esta Comisión para asegurar que el proceso competitivo se desarrolle de forma no falseada, asegurando que competidores eficientes en aquellas actividades en las que la situación con TESAU es simétrica no sean excluidos del mercado y evitando, a su vez, que TESAU se apalanque en las ventajas con que cuenta por su propia prevalencia en los mercados regulados. En ningún caso puede concluirse, como alega TESAU, que garantizar una competencia en méritos suponga mermar el resultado competitivo.

"Resulta especialmente relevante en este punto resaltar que, precisamente en este segmento de mercado -el de los clientes empresariales, de los que las Administraciones Públicas constituyen una parte esencial-, TESAU mantiene una cuota de mercado extraordinariamente estable, superior al 70% en determinados servicios, alcanzándose incluso cuotas del 80% en el caso de los servicios de acceso de banda ancha (datos del Informe Anual 2009 de la CMT). Ello, unido a la importancia que este tipo de clientes tienen, por sus dimensiones y características, para el asentamiento de la competencia - con competidores cuya oferta se centra, precisamente, en la oferta de servicios corporativos-, hace que la vulneración de las obligaciones impuestas a TESAU, revista una gravedad extrema y requiera de medidas que garanticen la eliminación de la práctica detectada a la mayor brevedad posible.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones finaliza la Resolución acordando la imposición de medidas a Telefónica en relación con Lote II, ya expuestas, al estimar que Telefónica "ha llevado a cabo una práctica expresamente prohibida por la regulación sectorial".

Resulta, sin embargo, que la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, por escrito de 13 de abril de 2011, informa que "El contrato se está ejecutando en los mismos términos recogidos en su adjudicación, sin que se hayan producido con posterioridad alteraciones de los mismos". Así pues,



formalizado el contrato entre AIC y Telefónica el 14 de octubre de 2010, resulta que a fecha 13 de abril de 2011 las condiciones del mismo no han cambiado, según informa una de las partes contratantes, persistiendo la práctica de estrechamiento de márgenes.

No puede compartir la Sala las alegaciones de Telefónica, restando a su vez valor a la comunicación de ICM de 13 de abril de 2011, cuyo contenido contradice las actas de las reuniones mantenidas en el seno del Comité de Seguimiento del contrato formalizado entre ICM y Telefónica de 10 de febrero, 10, 17, 28 y 31 de marzo y 7 de abril de 2011, pues esta cuestión, en criterio de la Sala, ha sido pormenorizadamente tratada por la Comisión. En efecto

"Hasta el mes de abril de 2012, las modificaciones unilateralmente llevadas a cabo por Telefónica en la prestación de los servicios contratados por ICM, no han evitado que siga existiendo una situación de estrechamiento de márgenes.

"A efectos de la resolución de este expediente, es preciso distinguir dos momentos temporales: (i) el período transcurrido desde la adopción de la Resolución de la CMT y la comunicación remitida por ICM a Telefónica en fecha 19 de abril de 2012; (ii) la situación a partir de dicha fecha.

"Situación existente hasta el 19 de abril de 2012.

"Hasta dicha fecha, y como prueba de las modificaciones reseñadas anteriormente, Telefónica aporta las actas de una serie de reuniones mantenidas entre ICM y Telefónica el 10 de febrero de 2011, el 5 de mayo de 2011 y el 2 de junio de 2011, donde (...)

"Sin embargo, incluso si se toman como referencia las modificaciones reflejadas en estas actas de reunión, persistiría el estrechamiento de márgenes detectado en la oferta de Telefónica.

"En particular, los comentarios de ICM en las actas de reunión precitadas sobre las modificaciones en la solución técnica de Telefónica hacen referencia a alteraciones en relación con el caudal de 50% garantizado en un número de centros significativamente inferior al número de centros donde Telefónica se habría comprometido a implementar dicha mejora (en concreto, en 95 sedes sobre un total de 356 sedes.

"En la tabla siguiente se muestran los ahorros en los costes con respecto al análisis de replicabilidad realizado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 que suponen las modificaciones unilateralmente introducidas por Telefónica y de las que ICM tuvo constancia de acuerdo con las actas aportadas. Es decir, en la tabla siguiente se toman en consideración las 118 sedes del entorno sanitario (partida V8) mencionadas por ICM, así como las 95 sedes a que este organismo hace referencia en relación con el entorno no sanitario (partida V3).

"Según los datos anteriores, el margen negativo recurrente se reduciría con respecto a la Resolución de 25 de noviembre de 2010 en 34.033,33 euros/mes.

"De forma consistente con el cálculo realizado en dicha Resolución, cabe considerar en el análisis de márgenes, los costes no recurrentes (inversiones en equipamientos, red de acceso, etc.) así como el periodo relevante en el que dicho contrato estará vigente (4 años), siendo ésta - como ya se señalaba en la citada Resolución - la opción más conservadora y por tanto favorable a Telefónica.

"Finalmente, para hacer homogéneos los flujos de caja presentes y futuros, de acuerdo con la metodología especificada en la Resolución, se analiza la rentabilidad total del contrato de acuerdo con su valor actual neto.

"Estos cálculos se presentan en la tabla siguiente (el análisis completo de replicabilidad de la oferta de acuerdo con las nuevas características de los servicios se presenta en el Anexo 1):

"Tabla 2. Cálculo del nuevo VAN de la oferta a ICM de acuerdo con las modificaciones introducidas por Telefónica (...)

"Como se observa, a lo largo de este período temporal Telefónica incurre en todo caso en la práctica de estrechamiento de márgenes detectada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010, esto es, una reducción abusiva del precio ofertado a ICM no emulable a partir de los precios mayoristas regulados facturados por Telefónica a sus competidores.

"Situación existente a partir del 19 de abril de 2012

"Como se ha señalado, en dicha fecha ICM remite un escrito a Telefónica, donde pone de manifiesto la existencia de una serie de deficiencias en la prestación de los servicios por parte de este operador, en relación con las condiciones incluidas en su oferta. Según ICM, tal como aparece documentado en las correspondientes actas, se estaría incumpliendo de forma reiterada la prestación de: (i) la solución técnica implantada en 118 sedes objeto del contrato, en las que no se proporciona el acceso a 4 Mbps simétrico, de forma que se ha congelado el acceso a 2 Mbps simétrico; (ii) la solución técnica implantada en 356 sedes objeto del contrato,

en las que no se dispone del caudal del 50% garantizado en la modalidad Premium Empresas (en catálogo, Velocidad Down-8Mbit/s, Up-512 Kbit/s).

"ICM adjunta la relación de centros donde se están produciendo los incumplimientos señalados, y requiere de Telefónica que proceda a implantar en dichos centros una solución técnica que se ajuste en su integridad a los términos de la oferta (concretamente en relación con los ítems V3 y V8).

"En la tabla siguiente se muestran los ahorros en los costes con respecto al análisis de replicabilidad realizado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 que suponen las modificaciones unilateralmente introducidas por Telefónica y de las que ICM tuvo constancia de acuerdo con los elementos contenidos en su comunicación de fecha 19 de abril de 2012. Es decir, en la tabla siguiente se toman en consideración las 118 sedes del entorno sanitario (partida V8) mencionadas por ICM, así como las 356 sedes - y ya no 95 sedes como en el caso anterior - a que este organismo hace referencia en relación con el entorno no sanitario (partida V3).

"Según los datos anteriores, el margen negativo recurrente se reduciría con respecto a la Resolución de 25 de noviembre de 2010 en 54.268,89 euros/mes.

"De forma consistente con el cálculo realizado en dicha Resolución, cabe considerar en el análisis de márgenes, los costes no recurrentes (inversiones en equipamientos, red de acceso, etc.) así como el periodo relevante en el que dicho contrato estará vigente (4 años), siendo ésta - como ya se señalaba en la citada Resolución - la opción más conservadora y por tanto favorable a Telefónica.

"Finalmente, para hacer homogéneos los flujos de caja presentes y futuros, de acuerdo con la metodología especificada en la Resolución, se analiza la rentabilidad total del contrato de acuerdo con su valor actual neto.

"Estos cálculos se presentan en la tabla siguiente (el análisis completo de replicabilidad de la oferta de acuerdo con las nuevas características de los servicios se presenta en el Anexo 2):

"Tabla 4. Cálculo del nuevo VAN de la oferta a ICM de acuerdo con las modificaciones introducidas por Telefónica (...)

"Por tanto, como se observa, la toma en consideración de las sedes mencionadas por ICM en su escrito de 19 de abril de 2012 permite poner fin, a través de las correspondientes mermas en la calidad de los servicios ofertados a ICM por Telefónica, a la práctica de estrechamiento de márgenes inicialmente detectada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

**SEXTO.-** Por otra parte, en cuanto a la modificación de las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, Telefónica mantiene que las de las reuniones mantenidas en el seno del Comité de Seguimiento del contrato formalizado entre ICM y Telefónica de 10 de febrero, 10, 17, 28 y 31 de marzo y 7 de abril de 2011 evidencian el desacuerdo de ICM con la solución técnica implantada por Telefónica y que las actas posteriores a junio de 2012, aunque no recogen taxativamente las deficiencias, permiten deducir que las mismas se han mantenido más allá de junio de 2011.

Sin embargo, de la Resolución impugnada se extrae que "Telefónica no ha modificado expresamente los servicios comunicando dicha modificación a ICM (o a la CMT en el momento de su presentación a ICM)", siendo importante recalcar que

"... las actas de reuniones ni siquiera han sido comunicadas directamente a la CMT, sino que fueron recabadas a través de una serie de requerimientos de información formulados a tal efecto.

"Igualmente, y como ya recogía la Resolución por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador, de la simple constatación -en 3 de las 15 actas aportadas- en un momento puntual por ICM de una alteración en las condiciones de prestación del servicio no puede inferirse que dichas deficiencias no serán subsanadas a raíz de las observaciones emitidas por este organismo. Así, resulta por ejemplo destacable que en las reuniones mantenidas a partir de junio de 2011 (en fechas 9 de junio de 2011, 16 de junio de 2011, 6 de octubre de 2011, 20 de octubre de 2011, 3 de noviembre de 2011 y 24 de noviembre de 2011) ICM deja de reseñar en las actas la persistencia de dichas deficiencias, lo que inevitablemente plantea interrogantes acerca de la adopción de medidas correctoras por Telefónica para solucionar los problemas invocados en un primer momento por ICM.

"...las mismas consideraciones relativas a la posibilidad de que las deficiencias detectadas por ICM sean subsanadas durante el período de vigencia del contrato son extensibles al escrito remitido por ICM a Telefónica el 19 de abril de 2012, y donde ICM menciona la existencia de incumplimientos en 356 sedes del entorno educativo y 118 sedes del entorno sanitario (lotes V3 y V8, respectivamente).

"...la Resolución de 25 de noviembre de 2010 detalla en profundidad la metodología empleada por la CMT para evaluar si la oferta presentada por Telefónica a ICM es constitutiva de un estrechamiento de márgenes,



fijando de manera transparente los criterios empleados para determinar los servicios mayoristas de referencia; el estándar de costes que afronta un operador eficiente; el período relevante de análisis, etc.

"Pues bien, se ha verificado si sobre la base de las aducidas modificaciones llevadas a cabo por Telefónica en las partidas V3 y V8 de la oferta presentada a ICM, la misma sería emulable siguiendo la anterior metodología, de la cual Telefónica tenía perfecta constancia al haber sido explicada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

"A este respecto, y de acuerdo con el análisis contenido en el hecho probado tercero (así como en el Anexo 1), las modificaciones efectuadas por Telefónica y consignadas en las actas de reuniones no resultarían suficientes para evitar la práctica de estrechamiento de márgenes, resultando en un valor actual neto del contrato negativo (- 715.285 euros). No sería hasta el 19 de abril de 2012 cuando, atendiendo a la comunicación remitida por ICM, puede deducirse que los actos llevados a cabo por Telefónica son suficientes para evitar el estrechamiento de márgenes.

"Puede concluirse por tanto que, hasta la citada fecha de 19 de abril de 2012, Telefónica continuó prestando los servicios a ICM sobre la base de una oferta que era constitutiva de un estrechamiento de márgenes... siendo a partir de dicha fecha "cuando Telefónica ha puesto fin de manera efectiva a la práctica de estrechamiento de márgenes observada en la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010".

Telefónica alega que la comunicación de las alteraciones a ICM y a la Comisión no tenía por qué hacerse formalmente, que el Regulador ha tenido conocimiento de las modificaciones introducidas y que las dudas que puedan plantearse sobre las actas deben resolverse a favor de Telefónica.

La Sala no puede acoger este planteamiento pues la Resolución de 25 de noviembre de 2010 es clara a este respecto: "En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de Telefónica de España, SAU, en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consistente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones".

La Sala, tras valoración conjunta de las actuaciones, estima que el informe pericial aportado por Telefónica no enerva las conclusiones efectuadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tras exhaustivo análisis de las actuaciones practicadas, en particular del propio informe pericial, que disecciona y analiza en los aspectos esenciales -centros evaluados, valor temporal de las actuaciones descritas en el informe, pruebas efectuadas en el mismo, análisis remoto de los routers-, no resultando convincente la conclusión alcanzada por el informante, cuando afirma que "de las pruebas complementarias se han obtenido resultados esperables y por consiguiente no hay nada destacable" y que "... desde un punto de vista técnico, parece lógico concluir que los resultados obtenidos con esta muestra -63 centros- pueden hacerse extensibles a la totalidad de los 356 centros". Se trata, pues, de la evaluación de un 17 % de los centros existentes que además, según razona la CMT, no presupone que el estrechamiento de márgenes no siga manteniéndose pues conforme a los cálculos efectuados por la Comisión se asumió la ausencia de ganancias de caudal en 95 centros, además de que "las pruebas externas (análisis in situ de los routers, test de velocidad) quedan limitadas a 3 de las 356 sedes incluidas en el ítem V3, no pudiendo considerarse representativas".

Finalmente, en lo atinente al testimonio del Director de Ingeniería de Comunicaciones de Telefónica, prueba denegada por la Sala, es preciso poner de manifiesto que no hay por qué dar a las consideraciones de la CMT un sentido peyorativo, pues como señala la Abogacía del Estado "no se priva de valor a su declaración, sino simplemente se pone de relieve su relación de dependencia laboral con la recurrente, lo que obliga a valorar su testimonio con las debidas cautelas, en unión del resto de material probatorio".

El escrito de Telefónica de 23 de noviembre de 2011 refiere la declaración firmada por el Director de Ingeniería de Comunicaciones, estimando que "de acuerdo con el método aplicado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010, TESAU está cumpliendo con la misma y su actuación es perfectamente consistente con lo dispuesto en ella. Seguidamente reproduce las tablas 1 y 2 de la resolución incorporando los datos reales. En el escrito de demanda -folio 14- Telefónica señala que el Ingeniero Director de Ingeniería de Comunicaciones, máximo responsable de la relación comercial con ICM, "afirma que ninguna de las 356 sedes cubiertas por el ítem V3, y de las cuales se aporta el nombre del centro, así como la dirección y la localidad y velocidad de acceso, dispone de la garantía de caudal del 50 % en el acceso ADSL". La prueba pericial aportada, dice la actora, corrobora "lo afirmado por el Director de Ingeniería de Comunicaciones". La Sala estima que los datos y las cifras manejados por el Regulador son lo que son, sin que la valoración conjunta de las actuaciones permita dar a la declaración del Ingeniero Director el alcance que Telefónica pretende, una vez valoradas por la CMT, repetimos, la totalidad de las actuaciones practicadas, en particular la prueba pericial exhaustivamente examinada con criterios técnicos.





**SÉPTIMO.-** Ye hemos expuesto, siquiera en lo esencial, los hechos que la Comisión considera probados; en síntesis, y soslayando repeticiones, que Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II y que no ha procedido a modificar expresamente las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, ni ha comunicado tales modificaciones a ICM o a la CMT.

Los hechos, en su doble vertiente, obtienen cabal cobertura en la tipificación ya expuesta, pues el contrato se está ejecutando en los mismos términos recogidos en su adjudicación, sin que se hayan producido con posterioridad alteraciones, como ya se expuso, de una parte, sin que Telefónica haya comunicado modificación alguna de los cambios que alega hasta el 19 de abril de 2012, "cuando atendiendo a la comunicación remitida por ICM, puede deducirse que los actos llevados a cabo por Telefónica son suficientes para evitar el estrechamiento de márgenes", incumpliendo, por tanto, los mandatos de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de noviembre de 2010. La CMT no orilla el principio de tipicidad, como "lex praevia" y "lex certa" respecto de la que la actora pudo extraer en modo razonable la certeza de que su conducta podría integrar la infracción que luego se sanciona, máxime, como ya hemos advertido en otras ocasiones, y sirva por todas la sentencia de 22 de marzo de 2011, dictada en el recurso 16/2009, cuando Telefónica se encuentra ligada a aquél "en el seno de una relación de sujeción especial en la que se supone un conocimiento cabal de sus obligaciones y de lo que puede comportar su incumplimiento".

Viene al caso recordar lo que ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2010: "Y es que, además, ésa es precisamente la función de la norma sancionadora, la previa y taxativa expresión de las conductas que dan lugar a responsabilidad, sin que deban ser complementados con una suplementaria advertencia administrativa, y sin que, como la doctrina tanto jurisprudencial como la procedente del Tribunal Constitucional vienen mostrando, el empleo de preceptos en blanco, como en el presente caso ocurre, merezca reproche desde la perspectiva del principio de tipicidad. El esquema opera de modo singularmente claro cuando una empresa -como la recurrente- está sujeta con el Organismo Regulador por una relación de sujeción especial en la que cabe presumir que conoce exhaustivamente los efectos de la contravención de las normas jurídicas. Esa misma relación de sujeción especial, y su posición frente a la Administración, ha sido expresamente reconocida por la parte recurrente a lo largo de su demanda.

No puede por tanto estimarse vulnerado el principio de tipicidad que la parte invoca.

**OCTAVO.-** Mantiene la actora violación del principio de culpabilidad -ex artículo 24.2 CE-. A estos efectos alega que la propia CMT reconoce que no existe responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo precisa en todo caso la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad. Tras invocar jurisprudencia del Tribunal Supremo y referir los artículos 130.1 de la Ley 3071992 y 53.r) LGTel, estima que en el presente caso no concurre dolo o culpa en la comisión de la infracción, no obstante lo cual el Regulador aprecia en ella una conducta dolosa al considerar que por parte de Telefónica no existía voluntad de acatar la resolución de 25 de noviembre de 2010. Estima que ha acreditado el cumplimiento de la referida resolución y que la CMT no aporta pruebas que fundamenten su decisión.

La Sala estima, sin embargo, que la actora -y esto también se ha dicho en anteriores ocasiones- está sujeta con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con una relación especial de sujeción, siendo concedora, por eso mismo y por el giro o tráfico de su actividad, del preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, por lo que no puede sostenerse falta de culpabilidad, en este caso una conducta intencional cuando existe un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponerse y se le supone, insistimos, su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha.

De cuanto antecede resulta que no es dable invocar falta de culpabilidad, ya que si bien es cierto que la sanción tiene por presupuesto la culpabilidad en sus dos modalidades (dolo o culpa), del conjunto de indicios presentes en el caso se infiere la concurrencia de un elemento intencional, entendido como la voluntaria realización del hecho típico en el cumplimiento de los mandatos de la CMT.

En este contexto la Sala estima de todo punto razonable las consideraciones realizadas por la CMT en la resolución que se combate:

"En cuanto al elemento volitivo, Telefónica, como operador con poder significativo de mercado y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas en los mercados afectados (banda ancha, líneas alquiladas), es plenamente concedora de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación sobre el desarrollo de los procesos competitivos cuando lleva a cabo prácticas como la reprochada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 y, pese a ello, no ha adoptado las medidas necesarias para adecuar plenamente su conducta a las determinaciones de la Resolución.

"La propia Resolución cuyo incumplimiento es objeto del actual procedimiento destacaba el importante papel que los clientes empresariales (incluyendo las Administraciones Públicas) juegan en el desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas, lo que hacía que el no respeto por Telefónica de sus obligaciones revistiera una especial gravedad. Telefónica conocía además perfectamente el método de análisis empleado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para evaluar la existencia de una situación de estrechamiento de márgenes, puesto que éste había sido explicado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

"En definitiva, Telefónica tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica, respecto de la cual esta Comisión había indicado expresamente que suponía un incumplimiento de la normativa sectorial. Concorre en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

"El proceder de Telefónica acredita más bien su falta de voluntad de dar efectivo cumplimiento a la Resolución de la CMT. En efecto, resulta difícil apreciar el buen ánimo o la intención de Telefónica de cumplir con la Resolución 25 de noviembre de 2010 cuando este operador no ha comunicado en ningún momento a su cliente (y menos aún a la CMT) las modificaciones que afirma haber llevado a cabo. Debe recordarse que incluso las actas de reuniones con ICM no han sido aportadas por Telefónica a la CMT, sino que han tenido que ser requeridas por este organismo.

"Por otra parte, y dado que la Resolución de 25 de noviembre de 2010 recoge la metodología de análisis empleada por la CMT para valorar la oferta presentada por Telefónica, Telefónica era perfectamente consciente de que la aducida rebaja del caudal garantizado en 95 sedes resultaba insuficiente para evitar el estrechamiento de márgenes, por lo que parece difícil argumentar una voluntad de cumplimiento.

**NOVENO.-** Finalmente Telefónica de España invoca vulneración del principio de proporcionalidad -ex artículos 131 de la Ley 30/1992 y 56.2 LGTel-. A estos efectos expone un amplio excursus alegando la incorrecta apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora: reiteración, situación económica y la no afectación al mercado, estimando finalmente que la sanción impuesta es desmesurada en relación con la gravedad de la infracción, invocando al efecto jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Resolución impugnada, tras reseñar las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora conforme a las prescripciones establecidas en los artículos 56.2 LGTel y 131.3 de la Ley 30/1992, examina detenidamente los siguientes extremos:

a) Circunstancias agravantes: reiteración.

"En relación con el presente caso, Telefónica es perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de las Resoluciones de la CMT en relación con la prohibición de llevar a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes, habiendo sido sancionada por el incumplimiento de las mismas. En concreto, en la Resolución de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de sus ofertas comerciales, se resolvió lo siguiente:

"Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A., de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.b) del Anexo 3 de la Resolución citada de 22 de enero de 2009 y la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A., por haber incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes en las promociones analizadas que vulnera los criterios establecidos en la última Resolución para las promociones temporales.

"Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de doscientos setenta y cinco mil (275.000) euros por la anterior conducta".

"En el citado procedimiento, por tanto, Telefónica fue sancionada dada la existencia de un estrechamiento de márgenes, contrario a las Resoluciones que en materia de regulación de mercados la CMT ha venido dictando, lo que se consideró constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

b) Situación del infractor:

"... el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones, y el líder indiscutible en la gran mayoría de los segmentos en que desarrolla su actividad en España.



"... la importancia de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones en España se refleja en el hecho de que en 2010 este operador generó el (...) % de todos los ingresos del sector. Telefónica ha mantenido desde el inicio del proceso de liberalización cuotas de mercado muy significativas en los mercados de banda ancha y líneas alquiladas, siendo en la actualidad considerado un operador con poder significativo de mercado en los mercados mayoristas relacionados con la prestación de dichos servicios.

"No cabe duda por tanto de que el papel de Telefónica en el proceso de desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas en España es de gran magnitud, contando además este operador con una importantísima presencia a nivel mundial.

"La posición de Telefónica es igualmente destacable si se atiende exclusivamente al segmento empresarial, que engloba también a las Administraciones Públicas y donde Telefónica es el líder incontestable del mercado. Así, como recoge el Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial, este segmento está fuertemente liderado por Telefónica, con cuotas de mercado superiores al (...) % en el segmento empresarial considerado en su conjunto, y por encima del (...) % si se atiende exclusivamente a la prestación de servicios a las Administraciones Públicas.

c) Circunstancias atenuantes:

"La CMT debe valorar la conducta de Telefónica atendiendo a las circunstancias reales en que dicha conducta fue desplegada, y resulta innegable (como ya acreditó la Resolución de 25 de noviembre de 2010) que la oferta de este operador a ICM era constitutiva de un estrechamiento de márgenes.

"En su caso, lo que vendría a confirmar la conducta desplegada por Telefónica es la importancia que la presencia de competidores (y por tanto, de alternativas), tiene para el desarrollo de los procesos competitivos, lo que llevó a la propia ICM a obtener importantes descuentos, superiores al (...) %, en aquellos lotes en los que existía una competencia real y efectiva (lotes II y III) mientras que obtenía un descuento del (...) % sobre el precio de licitación de aquel lote (lote I) donde no se dio dicha situación de concurrencia.

"Es decir, el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo conductas contrarias a la regulación sectorial como el estrechamiento de márgenes, puede dar lugar a la generación de responsabilidad por parte del operador infractor (al igual que el incumplimiento de otras obligaciones como podría ser la obligación de acceso) sin que sea preciso volver a acreditar la existencia de un daño concreto al mercado. La existencia de dicho daño previsible ya es analizada por la CMT a la hora de valorar la pertinencia de regular ex ante un mercado, así como a la hora de imponer las obligaciones concretas que deberán contribuir a evitar dichos posibles daños.

"Por otra parte, la Resolución recoge en detalle los argumentos por los que se aprecia la existencia de culpabilidad por parte de Telefónica en la comisión de la infracción, sin que las adaptaciones unilaterales y parciales llevadas a cabo por este agente antes del mes de abril de 2012 sean suficientes como para eximir a Telefónica de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, o como para poder ser tomadas en consideración a la hora de valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

"En este sentido, resulta importante señalar que -independientemente de que el cliente tenga un carácter residencial o empresarial- tanto en la Resolución de 15 de julio de 2010 como en el presente expediente se analiza la misma tipología de comportamiento por parte del operador declarado con poder significativo de mercado, esto es, la realización de una práctica de estrechamiento de márgenes, definido como "un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quien, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia.

Para modular la sanción la Comisión, tras examinar exhaustivamente el beneficio bruto -ingresos, costes de prestación del contrato del Lote II, ajustes a los cálculos de Telefónica (conexiones asimétricas, conexiones simétricas, cuotas de conexión-, la rama de actividad y los fondos totales propios y ajenos, acuerda imponer a Telefónica de España una sanción por importe de 3.000.000 euros teniendo en cuenta los siguientes valores:

- La infracción cometida es relevante, dado el conocimiento que Telefónica tenía del daño que podía ocasionar al mercado y a la competencia;
- La conducta reprochada a Telefónica se produce además en un segmento, el empresarial, donde la situación en España dista de ser plenamente competitiva;
- El contrato suscrito con ICM ha reportado a Telefónica unos ingresos cercanos a los (...) euros mientras ha perdurado la práctica de estrechamiento de márgenes, en contravención de lo dispuesto en la Resolución de 25 de noviembre de 2010;



- La infracción se ha mantenido a lo largo de un período relevante de tiempo (casi un año y medio), fijándose su inicio en el momento mismo de la adopción de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 (que exigía con carácter inmediato el cese o modificación de los servicios considerados contrarios a la normativa sectorial) y poniendo Telefónica fin a la conducta reprochada solamente en abril de 2012;

- Aprecia la concurrencia de reiteración y la situación económica del infractor;

- Estima el beneficio directo obtenido por Telefónica a raíz de la comisión de la conducta reprochada (...) euros -ex artículo 131.2 de la Ley 30/1992 : "... el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. A este respecto, y como recoge el epígrafe anterior, el beneficio directo obtenido por Telefónica a raíz de la comisión de la conducta reprochada asciende a (...) euros. Esta cantidad se configura además como un valor mínimo, al no haber sido posible tomar en consideración los beneficios indirectos que la conducta reprochada ha reportado a Telefónica. El monto resultante de calcular el quíntuplo de la cuantía mínima de la sanción (beneficio bruto obtenido), según prevé la LGTel, asciende por su parte a aproximadamente (...) euros".

De cuanto antecede se extrae que la sanción se ha modulado e impuesto con un importe ajustado a los márgenes legales, teniendo en cuenta una práctica con evidente incidencia en el mercado de las telecomunicaciones, debiendo señalarse además que la Comisión ha atemperado el importe de la sanción en atención a las circunstancias concurrentes pues, recordemos, el Instructor del expediente proponía una sanción por importe de 8.000.000 euros.

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

**DÉCIMO.-** Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**PRIMERO.-Desestimar** el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Telefónica de España, SAU** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de junio de 2012, por ser ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

**TERCERO.-** Las costas se imponen a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se **no** tificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.