RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR EL PRESUNTO CUMPLIMIENTO TARDÍO Y DEFECTUOSO DE SU OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN IMPUESTA EN LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2018, POR LA QUE SE APRUEBA LA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PRODUCTOS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA COMERCIALIZADOS EN EL SEGMENTO RESIDENCIAL

SNC/DTSA/091/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente
D. Ángel Torres Torres

Consejeros
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai
Dª Pilar Sánchez Nuñéz

Secretario de la Sala
D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 29 de julio de 2020

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Acuerdo de incoación

En fecha 4 de julio de 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acordó incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

La presunta infracción consistiría en el cumplimiento tardío o defectuoso de la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial (folios 1-11 y 18-245 del expediente administrativo).

En fecha 5 de julio de 2019 se notificó el acuerdo a la instructora y a la secretaria del procedimiento sancionador (folios 12 y 13), así como a Telefónica (folios 14 a 17), otorgándole el plazo de un mes para tomar vista del expediente, proponer la práctica de pruebas que estimase adecuadas para su defensa y presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes que considerase convenientes.

SEGUNDO.- Acceso al expediente

En fecha 9 de julio de 2019, Telefónica solicitó el acceso a la documentación obrante en el expediente administrativo (folios 246 a 250).

TERCERO.- Incorporación de documentación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en fecha 19 de julio de 2019 se procedió a incorporar al procedimiento sancionador de referencia una serie de documentos obrantes en los expedientes INF/SAMCE/106/18, OFMIN/DTSA/007/18 e INF/SAMCE/039/19 (folios 251 a 254).

CUARTO.- Acceso al expediente de Telefónica

Mediante escrito de 24 de julio de 2019, se dio traslado a Telefónica de los documentos incorporados hasta ese momento en el expediente (folios 255 a 258).

QUINTO.- Alegaciones de Telefónica

El 2 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador (folios 259 a 282).

SEXTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 5 de marzo de 2020 (folio 317) fue notificada a Telefónica la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 284 a 314), concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

En la propuesta de resolución, la instructora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77.27 de la LGTel, califica la conducta como una infracción grave por haber cumplido de manera tardía y defectuosa con las obligaciones de suministro de información contenidas en la Resolución de 6 de marzo de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se proponía la imposición de una sanción por importe de cuatrocientos mil euros (400.000 €).

El día 11 de junio de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones en relación con la propuesta de resolución del procedimiento sancionador (folios 328 a 361).

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

Por medio de un escrito de fecha 10 de marzo de 2020, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 318).

OCTAVO. - Suspensión del plazo para resolver

Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha acordado la suspensión de los plazos administrativos en los términos de su disposición adicional tercera:

> *1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.*
>
> *2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

Según su disposición final tercera, el mencionado Real Decreto entró en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se

produjo el 14 de marzo de 2020 (BOE nº 67). Dicha suspensión será eficaz mientras se mantenga la vigencia del mencionado Real Decreto o de cualquier de sus prórrogas. Una vez concluida dicha vigencia, los plazos se reanudarán.

La comunicación de la suspensión del plazo para resolver el presente procedimiento sancionador fue notificada a Telefónica el día 16 de marzo de 2020 (folio 323).

NOVENO. – Reanudación del plazo para resolver el procedimiento.

Por acuerdo de 27 de mayo de 2020 (folio 324), se notificó a Telefónica la reanudación del plazo para resolver el presente procedimiento a partir del 1 de junio, de acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El acuerdo fue notificado al operador el 1 de junio de 2020 (folio 327).

DÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar el presente procedimiento (folio 362).

HECHOS PROBADOS

La documentación obrante en el expediente permite considerar probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

ÚNICO.- Telefónica aportó de manera tardía y de forma defectuosa la información que, de conformidad con la Resolución de 6 de marzo de 2018, debe poner a disposición de la CNMC

1. Marco regulatorio

Con carácter previo a la descripción de la conducta sancionada, se describe el marco regulatorio y la imposición de la obligación de suministro de información infringida.

El 24 de febrero de 2016 el Pleno de la CNMC acordó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor

facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor[1] (Resolución de los mercados de banda ancha).

Entre otras cuestiones, en dicha Resolución se acordó:

> *"**Quinto.** Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitorio del servicio NEBA-fibra".*

Su Anexo 6 establece que los precios que Telefónica imponga a sus servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra deben superar un test de replicabilidad, cuyos principios generales se exponen en dicho anexo. Además, se dispone que los detalles de la metodología que desarrolle el test de replicabilidad se concretarán en el marco de un expediente específico.

Siguiendo lo establecido en la Resolución de los mercados de banda ancha, en fecha 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial[2] (Resolución del ERT).

En dicha Resolución, entre otros aspectos, se acordó en su Resuelve Segundo *"*[i]*mponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones de información contenidas en el Anexo IV del presente documento".*

El Anexo IV de la Resolución del ERT recoge el contenido concreto de la información a suministrar por Telefónica y la periodicidad con que ésta se debe poner a disposición de la CNMC. En particular, entre otras comunicaciones, se distingue entre determinada información que debe ser suministrada a la CNMC con carácter mensual y otra que debe remitirse semestralmente:

- La **información mensual** debe estar a disposición de la CNMC antes del último día del mes inmediatamente posterior al de aquél al que correspondan los datos (apartado 3 del Anexo IV).

[1] Expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4.
[2] Expediente OFMIN/DTSA/004/16/TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA RESIDENCIAL.

- La **información semestral** ha de ser remitida a la CNMC antes de los días 1 de septiembre y 1 de marzo de cada año (apartado 4 del Anexo IV)[3].

Además, Telefónica está obligada a remitir la información necesaria para poder determinar los **costes comerciales** correspondientes a los diferentes segmentos de clientes de Telefónica a partir del sistema de contabilidad de costes. En concreto, el Anexo IV de la Resolución del ERT dispone que *"con la entrega de las contabilidades regulatorias de Telefónica y de Telefónica Móviles correspondientes a cada año, Telefónica deberá presentar, como documentación soporte de la misma, la información necesaria para poder determinar los costes comerciales correspondientes a los diferentes segmentos de clientes de Telefónica a partir del SCC* [Sistema de Contabilidad de Costes], *de manera coherente con los principios impuestos en el ERT"*.

Así, en este caso, como se indica en la Resolución del ERT, la entrega debe producirse simultáneamente a la de las contabilidades regulatorias de Telefónica y Telefónica Móviles España, S.A.U. (esto es, el 31 de julio de cada año).

Por último, la Resolución del ERT habilita en su apartado VI.8 a la CNMC para realizar cualquier requerimiento de información de carácter complementario que considere necesario, y que por ejemplo permita a este organismo obtener datos más actualizados sobre parámetros específicos del test de replicabilidad sujetos a mayor variabilidad (como consumos de banda ancha móvil o costes del servicio de televisión de pago).

2. Conducta de Telefónica objeto del presente procedimiento

Tal como se ha indicado, de conformidad con las obligaciones establecidas en el Anexo IV de la Resolución del ERT, Telefónica debe presentar determinada **información con carácter mensual**, antes del último día del mes siguiente a aquél al que correspondan los datos.

Sin embargo, durante el periodo comprendido entre marzo de 2018 y abril de 2019, la información mensual correspondiente a varios meses no fue presentada en plazo. Se adjunta a continuación una tabla donde se detallan las fechas en que Telefónica debería haber remitido la información mensual, así como el momento temporal en que la misma fue efectivamente aportada a la CNMC.

[3] Los datos que se pondrán a disposición de la CNMC en estas dos fechas corresponderán, respectivamente, al primer semestre del año en curso y al segundo semestre del año anterior.

Tabla 1. Fechas relativas a la obligación de aportación de información mensual y retrasos

Mes	Fecha de remisión completa de la información	Comentario	Días de retraso con respecto a la fecha de entrega
mar-18	18/05/2018		18
abr-18	01/06/2018		1
may-18	24/07/2018		22
jun-18	31/07/2018		0
jul-18	05/09/2018		5
ago-18	12/11/2018		42
sep-18	12/11/2018		12
oct-18	04/01/2019	El día 02/01/2019 tuvo lugar una entrega parcial de la información, completada el día 04/01/2019	35
nov-18	16/01/2019		16
dic-18	31/01/2019		0
ene-19	07/03/2019	El día 28/2/2019 tuvo lugar una entrega parcial de la información, completada el día 07/03/2019	7
feb-19	02/04/2019		1
mar-19	30/04/2019		0
abr-19	06/06/2019	El día 31/05/2019 tuvo lugar una entrega parcial de la información, completada el día 06/06/2019.	6

Cabe destacar que en alguno de los casos anteriores fue necesario emitir un requerimiento adicional de información y apercibir a Telefónica de las posibles consecuencias sancionadoras que estos retrasos podían acarrear. Este fue en particular el caso de la información mensual que Telefónica debía haber aportado en relación con los meses de octubre de 2018 (requerimiento de información complementario de la CNMC de fecha 14 de diciembre de 2018) y febrero de 2019 (requerimiento de información complementario de la CNMC de fecha 2 de abril de 2019).

En segundo lugar, la **información semestral** contenida en el Anexo IV ha de ser remitida a la CNMC antes de los días 1 de septiembre y 1 de marzo de cada año. Por consiguiente, la información correspondiente a los dos semestres transcurridos desde la aprobación de la Resolución del ERT debía haber estado a disposición de la CNMC los días 31 de agosto de 2018 y 28 de febrero de 2019 (como fechas límite).

En relación con esta cuestión, la información que Telefónica debería haber suministrado en fecha 31 de agosto de 2018 fue entregada en plazo.

Sin embargo, la información que Telefónica puso a disposición de la CNMC en fecha 28 de febrero de 2019 fue incompleta, tal y como la misma operadora reconocía en su escrito, en el que señalaba que *"del resto de información que se le requiere a Telefónica, mi representada está haciendo su mejor esfuerzo para poder facilitar la misma en el menor plazo temporal que le resulte posible"*.

Ante esta dilación, la CNMC debió proceder a formular un requerimiento de información complementario en fecha 11 de marzo de 2019. La información semestral no fue presentada de manera completa hasta el día 15 de marzo de 2019, esto es, con un retraso de 15 días con respecto a la fecha establecida en la Resolución del ERT.

Por último, Telefónica tampoco presentó en plazo la información necesaria para poder determinar los **costes comerciales** correspondientes a los diferentes segmentos de clientes de Telefónica a partir del sistema de contabilidad de costes. Dicha información tenía que haber sido facilitada a la CNMC el día 31 de julio de 2018, sin que Telefónica aportase información alguna dentro del plazo establecido a tal efecto, o solicitase una ampliación de plazo.

La CNMC debió, por consiguiente, efectuar un requerimiento de información en fecha 7 de septiembre de 2018, que fue respondido de manera incompleta por Telefónica mediante dos escritos de fecha 2 y 3 de octubre de 2018.

Mediante un requerimiento de información complementario de fecha 8 de octubre de 2018, se instó a Telefónica a que diera completo cumplimiento a la solicitud de información inicialmente formulada el día 7 de septiembre de 2018, lo que este operador no hizo hasta el día 18 de octubre de 2018.

A la luz de estos hechos, cabe concluir que Telefónica no aportó en plazo la información que -tal y como establece la Resolución del ERT- debe poner a disposición de la CNMC, o aportó la misma de manera incompleta. Como consecuencia de ello, en varios casos la CNMC debió proceder a efectuar requerimientos de información complementarios, a fin de que este operador aportara la información requerida o subsanara las deficiencias detectadas.

Este fue el caso tanto para la información que Telefónica debe remitir a este organismo con carácter <u>mensual</u> (donde llegan a computarse hasta once retrasos y/o entregas parciales de información en el periodo marzo 2018 – abril 2019), como para la información que ha de ser puesta a disposición de la CNMC de manera <u>semestral</u> (que en uno de los dos casos analizados fue entregada de manera incompleta, sin que Telefónica subsanara las deficiencias hasta que transcurrieron quince días desde la fecha límite para la puesta a disposición de los datos).

En relación con la información relativa a los <u>costes comerciales</u> de Telefónica, dicha información no fue remitida en el plazo establecido a tal efecto (31 de

julio de 2018), existiendo posteriormente numerosas deficiencias en los datos que Telefónica fue remitiendo a la CNMC, lo que hizo que este organismo no pudiese considerar que la información aportada tenía un carácter completo hasta el 18 de octubre de 2018.

Telefónica no ha negado los hechos descritos, si bien discrepa de su calificación jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento sancionador

De conformidad con el acuerdo de incoación, el objeto del procedimiento consiste en determinar si Telefónica ha incumplido las obligaciones de suministro periódico de determinada información que le imponía la Resolución del ERT y si dicha conducta puede ser objeto de responsabilidad administrativa.

SEGUNDO.- Habilitación competencial y normativa aplicable

La competencia de la CNMC para instruir y resolver el procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *"realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre*[4]*, y su normativa de desarrollo"*.

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

En desarrollo de estos preceptos, en la Resolución de los mercados de banda ancha se impusieron a Telefónica, en tanto operador con poder significativo en los mercados de referencia, una serie de obligaciones en relación con los servicios mayoristas de (i) acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; (ii) acceso a la infraestructura de obra civil; (iii)

[4] Actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local) y (iv) acceso indirecto de banda ancha.

Asimismo, en la citada Resolución se impusieron a Telefónica determinadas medidas en materia de replicabilidad económica, tanto en lo que se refiere a las ofertas comercializadas sobre la base de su red de cobre, como de las ofertas comercializadas sobre la base de su red de fibra óptica.

Estas medidas encuentran su desarrollo en la Resolución del ERT, en cuyo Anexo IV se establecen una serie de obligaciones en relación con el suministro periódico por parte de Telefónica de determinada información, que resulta relevante para que la CNMC pueda llevar a cabo sus análisis de replicabilidad.

Por otra parte, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a la CNMC la resolución de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial. En particular, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

> *"La competencia sancionadora corresponderá:*
> *[…]*
> *2. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78."*

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre los hechos considerados en el presente procedimiento, relativos al posible incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución del ERT, según lo dispuesto en el artículo 77.27 de la LGTel, que tipifica como infracción grave el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la LRJSP, los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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

De esta manera, la instrucción del presente procedimiento sancionador, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del hecho probado

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción contemplada en el artículo 77.27 de la LGTel, que tipifica como infracción grave *"el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes"*.

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por existir indicios de un posible *"cumplimiento tardío y defectuoso de la Resolución, de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de telefónica comercializados en el segmento residencial".*

A juicio de esta Sala, las actuaciones realizadas durante la instrucción del procedimiento permiten concluir que Telefónica ha incumplido la Resolución del ERT al no haber aportado en los plazos establecidos y con el nivel de detalle requerido la información que debe poner a disposición de la CNMC

Como se ha puesto de manifiesto en el Hecho Probado Único, ha quedado acreditado que Telefónica no puso a disposición de la CNMC, en los plazos y términos previstos en la Resolución del ERT, determinada información que debe suministrar con carácter periódico a este organismo.

A estos efectos, en virtud del Resuelve Segundo de la Resolución del ERT se acuerda "[i]*mponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones de información contenidas en el Anexo IV del presente documento*".

El Anexo IV de la Resolución del ERT recoge la información que Telefónica deberá suministrar con una periodicidad mensual y la información que deberá ser puesta a disposición de la CNMC con carácter semestral. El Anexo IV de la Resolución del ERT se refiere asimismo a la información que Telefónica ha de aportar para que puedan determinarse los costes comerciales correspondientes

a los diferentes segmentos de clientes de Telefónica, a partir del sistema de contabilidad de costes.

La Resolución del ERT fija también de manera explícita los plazos en que la información deberá obrar en poder de la CNMC:

(i) antes del último día del mes inmediatamente posterior a aquel al que correspondan los datos del requerimiento mensual (apartado VI.8 y Anexo IV de la Resolución del ERT);

(ii) antes de los días 1 de septiembre y 1 de marzo de cada año (apartado VI.8 y Anexo IV de la Resolución del ERT);

(iii) en el momento en que se entreguen las contabilidades regulatorias de Telefónica y Telefónica Móviles correspondientes a cada año, esto es, a fecha 31 de julio (Anexo IV de la Resolución del ERT).

El punto VI.8 de la Resolución del ERT se establece de manera expresa que *"*[e]*l incumplimiento de la obligación de suministrar la información de los requerimientos de información previstos en el presente expediente podrá dar lugar a la adopción por la CNMC de las medidas que resulten necesarias, incluyendo la incoación de los correspondientes procedimientos sancionadores"*.

Como ha quedado de manifiesto en el Hecho Probado, el cumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones de suministro periódico de información previstas en la Resolución del ERT se ha llevado a cabo de manera tardía y defectuosa. La conducta reprochada a Telefónica afectó a los datos que debe remitir a este organismo (i) con carácter mensual; (ii) con carácter semestral; (iii) en relación con sus costes comerciales.

En sus alegaciones al acuerdo de incoación y a la propuesta de resolución, y tras negar el carácter típico y antijurídico de la conducta, Telefónica considera que, en todo caso, de no atender su alegación principal de falta de tipicidad, subsidiariamente debería resultar de aplicación el artículo 78.4 de la LGTel, conforme al cual será constitutivo de una infracción leve el hecho de *"no facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas"*.

La propuesta de resolución, cuyos argumentos al respecto se dan por reproducidos, señala que la conducta reprochada es calificada como una infracción del artículo 77.27 de la LGTel, y no del artículo 76.12 de la LGTel que tipifica como una infracción muy grave *"el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa […] dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.*

El citado artículo 78.4 de la LGTel busca asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas en materia de suministro de información que les pueda ser solicitada por la CNMC en el marco de los requerimientos de información que de manera expresa la autoridad administrativa efectúe a tal efecto, en el ejercicio de las competencias que le son propias[5] y está relacionado con la infracción grave prevista en el artículo 77.35 de la LGTel, consistente en *"no facilitar, cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas, los datos requeridos por la Administración una vez transcurridos tres meses a contar desde la finalización del plazo otorgado en el requerimiento de información o una vez finalizado el plazo otorgado en el segundo requerimiento de la misma información"*[6].

Telefónica ha sido sancionada en el pasado por el incumplimiento de la obligación de facilitar los datos requeridos o retrasar injustificadamente su aportación, en concreto al dilatar injustificadamente la información sobre sus planes tarifarios que la CMT le requirió expresamente a lo largo del año 2007[7]. En el mismo sentido, en la Resolución del procedimiento sancionador incoado al Ente Público de Radiotelevisión Autonómica de Baleares EPRTVIB por el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información[8], la CMT sancionó el incumplimiento por dicho ente público de la obligación de dar cumplida respuesta a los requerimientos de información formulados para la elaboración de los informes trimestrales y anual.

Sin embargo, en el supuesto analizado el reproche a Telefónica no es por haberse retrasado o haber facilitado de manera incompleta la información que de manera puntual la CNMC pueda haberle solicitado en el marco de un requerimiento de información, sino el cumplimiento de manera tardía y defectuosa de una obligación, la relativa a la puesta a disposición de la CNMC de determinada información con carácter periódico. Esa obligación y los plazos para su cumplimiento se prevén de forma expresa en la Resolución del ERT. La importancia de que la CNMC pueda contar de manera sistemática con la información allí contenida, así como la necesidad de que la misma se proporcione periódicamente en los plazos establecidos en la citada Resolución

[5] Como, por ejemplo, las previstas por el artículo 10 de la LGTel ("Obligaciones de suministro de información").

[6] El subrayado es añadido. Por su parte, el artículo 53.x) de la derogada Ley 32/2003 contemplaba como infracción muy grave *"el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones"*.

[7] Resolución sancionadora de 15 de diciembre de 2008 dictada por el Presidente de la CMT a Telefónica por el presunto incumplimiento de la obligación de facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación, conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas (expediente RO 2008/101). Dicha infracción fue calificada como una infracción leve de la LGTel.

[8] Expediente RO 2009/1669. Dicha infracción fue calificada como una infracción muy grave de la LGTel.

(con carácter mensual, semestral, o anual para los costes comerciales) justifican su inclusión con carácter expreso en la resolución que configura la forma en que la CNMC procederá al análisis de las ofertas comerciales de Telefónica.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo sancionador[9], actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que *"sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa."* Es por ello que en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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

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

En el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el cumplimiento tardío y defectuoso de una resolución, en concreto la Resolución del ERT, al no haber cumplido en tiempo y forma con la obligación de suministro de información mensual y semestral prevista en la citada Resolución, así como la relativa a la determinación de los costes comerciales de los diferentes segmentos de clientes a partir del sistema de

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

contabilidad de costes (ver en particular el Resuelve Segundo y el Anexo IV de la Resolución del ERT).

La inobservancia de la obligación es atribuible al menos a título de culpa a Telefónica, toda vez que conociendo este operador la importancia que tienen las obligaciones de suministro periódico de información previstas en la Resolución del ERT, tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

En relación con la culpabilidad de Telefónica por la comisión de las infracciones previstas en el artículo 77.27 de la LGTel, la Audiencia Nacional, en sus sentencias de 11 de octubre de 2017 (recurso 144/2016) y de 5 de julio de 2017 (recurso 502/2015), ha reconocido la especial situación de Telefónica, a la que se le ha de suponer conocimiento y aceptación de sus obligaciones en los ámbitos jurídico y tecnológico, por lo que le es exigible un determinado nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones sin necesidad de dolo específico o incluso de mera negligencia consistente en una simple omisión:

> *(…) De ahí que tampoco pueda sostenerse una falta de culpabilidad, cuando hay, se insiste, 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 suponérsele 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, cuando menos, una falta de diligencia en su proceder, en cuanto, a los efectos ahora abordados, resulta suficiente una negligencia parangonable a la omisión del deber de cuidado exigible, sin que esto suponga olvidar, claro está, que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de dolo o de culpa;*

Durante la instrucción del procedimiento y, en concreto en sus escritos de alegaciones a la incoación del procedimiento sancionador y a la propuesta de resolución, Telefónica niega que pueda apreciarse culpabilidad en su conducta porque, a su juicio, habría puesto toda la diligencia exigible para contestar a los requerimientos de información previstos en la Resolución del ERT y dedicado todos los recursos materiales y personales para presentar la información mensual y semestral en el momento en la que la misma estaba disponible. En concreto alega que*"en ningún momento ha incumplido las obligaciones de suministro de información, ya que Telefónica ha aportado toda la información establecida en la Resolución del ERT y en los posteriores requerimientos de información que concretaban la información no detallada en la citada Resolución".* Y además, considera que no puede ser exigible que tuviera que conocer la extensión de la obligación de suministrar información en materia de costes comerciales, cuando la misma era "indeterminada" y solo fue posteriormente concretada por la CNMC mediante requerimientos de información suplementarios, todo lo cual le produjo a su juicio una situación de "inseguridad jurídica" por no poder conocer la información concreta que debía suministrar.

Dichos extremos son rebatidos por la instructora en la propuesta de resolución, por lo que se ha de tener por reproducidos los argumentos allí expuestos.

En todo caso, debe señalarse que la Resolución del ERT establece de manera clara el tipo de información que debe remitirse y los plazos en los que la información deberá obrar en poder de la CNMC. Además, señala de forma expresa que el incumplimiento de la obligación de suministro de información podrá dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador por parte de esta Comisión. Pese a ello, como se ha expuesto, Telefónica no puso a disposición de la CNMC la información que debe suministrar con carácter periódico a este organismo. Los retrasos, además, no fueron excepcionales, sino que se produjeron de forma sistemática a lo largo del período objeto de análisis (marzo de 2018-abril de 2019).

Ello descarta, a juicio de esta Sala, que una empresa del tamaño y la importancia de Telefónica en los mercados de comunicaciones electrónicas, y con los medios técnicos y humanos y la experiencia de la que dispone, haya sido incapaz de atender sus obligaciones de suministro de información pese a, supuestamente, haber dedicado todos los medios posibles para su cumplimiento.

Tampoco puede acogerse el argumento de que no es exigible el cumplimiento de la obligación de suministro de información en materia de costes comerciales por no conocer su extensión, pues dicho incumplimiento fue absoluto: a fecha 31 de julio de 2018 no había aportado ningún tipo de documentación soporte para la determinación de los costes comerciales correspondientes a los diferentes segmentos de clientes de Telefónica, tal y como exige el Anexo IV de la Resolución del ERT. Además, como se ha expuesto previamente, Telefónica lleva desde el año 2007 aportando a la CNMC información sobre sus costes comerciales. El hecho de que la Resolución del ERT introduzca algunas modificaciones parciales, en aras de garantizar el carácter completo y trazable de la información aportada, no justificaba el total incumplimiento de sus obligaciones regulatorias.

Fue precisamente esa omisión la que justificó que esta Comisión tuviera que requerirle con fecha 7 de septiembre de 2018. En ese requerimiento se le recordaba que la información en materia de costes comerciales debía estar remitida a fecha 31 de julio, por lo que no se le concretaba por primera vez. Además, la contestación a ese requerimiento fue incompleta, pues solo se aportó información relativa a uno de sus segmentos de clientes (Gran Público) pese a que el requerimiento de la CNMC se refería de manera inequívoca a la necesidad de que también fuesen aportados los datos relativos al resto de segmentos de clientes de Telefónica (Gran Empresa y PYME)[10].

[10] Según se indicaba en el apartado 7 (Costes Comerciales) del citado requerimiento de 7 de septiembre de 2018, "[…] *se deberá segmentar la información de la tabla 3.1 del SCC de 2017*

Tras un nuevo requerimiento de información, hasta el día 18 de octubre de 2018 no pudo considerarse que los datos puestos a disposición de la CNMC tenían un carácter completo.

TERCERO.- Respuesta a las alegaciones al acuerdo de incoación sobre el carácter típico y antijurídico de la conducta

Telefónica, en sus alegaciones durante el procedimiento y a la propuesta de resolución, negaba la supuesta infracción y consideraba que el alcance de las obligaciones de información mensual y semestral derivadas de la Resolución del ERT resulta, además de indeterminado, desproporcionado. A tal efecto, señalaba que la creciente complejidad de su "portfolio" de servicios comercializados implica una mayor dificultad a la hora de suministrar la información requerida por la CNMC y que en la actualidad ha de recabar datos de la planta y movimientos que afectan a más de 2.500 productos (y muchas más promociones). Este elevado número de acciones comerciales, fruto del mayor dinamismo del mercado, no habría dado lugar, sin embargo, a una relajación de las obligaciones que en materia de suministro de información tiene impuestas, y señala que la Comisión Europea habría indicado en sus Directrices 2002/C 165/03 que para que las obligaciones ex ante fijadas a Telefónica sean proporcionadas deben basarse en la evaluación del mercado, es decir, en las condiciones realmente existentes.

Además, la operadora considera que la CNMC debería haber dispuesto un periodo de transición para poder dar cumplimiento a las nuevas obligaciones que en materia de suministro de información contempla la Resolución del ERT. Asimismo, Telefónica se refiere a una concurrencia de distintos requerimientos de información en el tiempo por parte de la CNMC (tanto de la Dirección de Competencia (DC) como de la DTSA), lo que le habría generado una carga desproporcionada.

A esas alegaciones cabe responder que, en relación con las dificultades alegadas por Telefónica para cumplir la obligación de suministro de información que le impone la Resolución del ETR, la propuesta de resolución las analiza y descarta que puedan justificar para evitar la consideración de ilícita su conducta. Dichos razonamientos han de compartirse y se dan por reproducidos, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación se realizan.

En esencia, se ha de tener en cuenta que la Resolución de los mercados de banda ancha y la Resolución del ERT supusieron un importante cambio en el proceso de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica y le dotaron de mayor flexibilidad al configurar su catálogo comercial. Esta libertad se traduce en la sustitución de un criterio de orientación de los precios a costes por un

(sólo CAADS y CANADS) en función de los segmentos Gran Público, PYMES y Gran Empresa. […]".

criterio de razonabilidad en la fijación por parte de Telefónica de los precios de sus servicios mayoristas regulados, que estarán únicamente sometidos al test de replicabilidad desarrollado en la Resolución del ERT. Atendiendo a la misma orientación, en el nivel minorista el análisis de las ofertas comerciales de Telefónica deja de hacerse con carácter absoluto y ya no se verifican todas y cada una de sus ofertas y promociones con carácter previo a su lanzamiento, sino que el análisis se limita a los productos más representativos (las denominadas "ofertas emblemáticas"), en línea con la evolución del mercado.

Esta mayor libertad tiene como contrapartida el refuerzo de los mecanismos para supervisar su política comercial. La propia Resolución del ERT recoge esta idea al señalar que *"la flexibilidad que el ERT otorga a Telefónica ha de corresponderse con un seguimiento estricto de los parámetros que determinan el resultado del test de replicabilidad. Además, el hecho de que la mayor parte de los parámetros que se utilizan en el ERT procedan de Telefónica exige que éstos sean transparentes, contrastables y plenamente trazables por parte de la CNMC. La información requerida que se requiere a Telefónica pretende dar cumplimiento a tal exigencia adecuándola, a su vez, al principio de proporcionalidad"*.

Por lo tanto, Telefónica era consciente de que modelo de supervisión planteado en la Resolución de los mercados de banda ancha y en la Resolución del ERT le confería un elevado grado de flexibilidad a la hora de fijar sus precios mayoristas y diseñar sus ofertas comerciales, pero a cambio tendría importantes obligaciones de suministro periódico de información para que la CNMC pueda llevar a cabo sus análisis y garantizar una estricta supervisión de sus políticas tarifarias.

La aportación de la información concretada en la Resolución del ERT en los plazos establecidos resulta esencial para que la CNMC pueda llevar a cabo la revisión periódica, en el plazo establecido, de los diferentes parámetros que configuran el test de replicabilidad económica[11].

Telefónica consideraba también en sus alegaciones iniciales que su conducta no era sancionable porque se debía haber permitido un periodo transitorio para que adaptase sus sistemas a las nuevas exigencias de suministro de información.

Al respecto, y como también señalaba la propuesta de resolución, se trata de una cuestión que, en su caso, podría haber sido objeto de consideración durante la tramitación del procedimiento que dio lugar a la aprobación de la Resolución del ERT, pero que en ningún caso puede ser invocada por

[11] Ver a modo de ejemplo la Resolución de 23 de enero de 2020 relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial (OFMIN/DTSA/004/19 Segunda Revisión de Parámetros del ERT).

Telefónica para convalidar *a posteriori* un posible incumplimiento de las medidas allí contempladas en los términos que se fijaron y para proceder a su modificación.

También cabe recordar que este tipo de obligaciones ya estaba prevista desde la adopción de la primera metodología para el análisis de las ofertas comerciales de Telefónica en el año 2007[12], donde se le exigía la aportación de determinada información sobre ingresos y costes con carácter semestral para permitir el análisis de las ofertas comunicadas en relación con la evolución en el mercado. También presenta semestralmente a la CNMC una estimación propia de sus costes comerciales (en concreto los relativos al segmento Gran Público) desde la adopción en el año 2007 de la primera metodología para el análisis de sus ofertas.

Las obligaciones contenidas en la Resolución del ERT no constituyen, por tanto, un nuevo desarrollo sobre el que no existía referencia previa alguna. Más bien al contrario, la Resolución del ERT pretende dotar al test de replicabilidad de unos criterios de determinación de los costes comerciales más sencillos y trazables que los que se habían venido aplicando desde el año 2007[13].

En relación con la información que Telefónica debe aportar mensualmente, y que la recurrente entiende "desproporcionada", debe también reiterarse que la Resolución del ERT pone de manifiesto que la exigencia de dicha información se ciñe a determinados parámetros cuya entrega no conlleva un nivel de procesamiento elevado. La información, detallada en el apartado 3 del Anexo IV de la Resolución del ERT, es similar a la requerida en otras ocasiones, como los requerimientos que ya contemplaba el expediente AEM-INF 2014/328[14] en lo que respecta a las líneas de banda ancha y la Resolución de 1 de diciembre de 2015, sobre la revisión de varios requerimientos de información periódica que se formulan a varios operadores en relación con la información correspondiente al servicio mayorista NEBA[15].

Y en cuanto a la afirmación de la recurrente de que *"no le consta procedimiento administrativo alguno asociado a la información remitida con periodicidad mensual"* para abundar en su idea de que la obligación es desproporcionada, cabe señalar que la información suministrada por los operadores se utiliza de diversas maneras para el cumplimiento de las funciones y objetivos de esta Comisión establecidos en los artículos 1 y 5 de la LCNMC y en el artículo 10 de

[12] Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se adopta la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (expediente MTZ 2006/1486). Dicha metodología fue objeto de sucesivas actualizaciones.
[13] Ver en particular sección IV.4.2 (*"Costes de comercialización minorista"*) y Anexo IV de la Resolución del ERT.
[14] En virtud del cual se procedió a requerir de Telefónica de manera periódica información relativa a su planta y altas de los nuevos productos Fusión, así como de la evolución de su planta de abonados a servicios de televisión de pago.
[15] Expediente OFE/DTSA/999/15.

la LGTel, y que incluyen la supervisión y el análisis del mercado y de su evolución, el control del cumplimiento de obligaciones, la elaboración de informes, etc., es decir, que no siempre se plasma en procedimientos regulatorios concretos y específicamente referidos a los concretos datos suministrados en cada momento.

Tampoco se aprecia la necesidad de reconocer un periodo transitorio en relación con la información sobre los costes comerciales, tampoco definido en la Resolución del ERT, durante el cual Telefónica podría incumplir su obligación de suministro de información, tal y como parece pretender según sus alegaciones iniciales y a la propuesta de resolución. Y ello porque dicha información consiste en la presentación de los Centros de Actividad CAADS y CANADS[16] de su contabilidad de costes regulatoria, desglosada en función de los segmentos de clientes existentes en su contabilidad financiera. Por tanto, se trata de la adaptación de información de la que ya dispone la propia Telefónica, y que recae sobre un conjunto reducido de los elementos que la integran[17].

Telefónica también negaba la antijuridicidad de la conducta y consideraba que el hecho de tener que requerir diversos requerimientos de distintas Direcciones de la CNMC le impedía su cumplimiento.

Al respecto, sin perjuicio de lo ya expuesto al respecto en la propuesta de resolución, ha de señalarse que en virtud de su condición de operador con poder significativo de mercado conforme a la normativa sectorial de telecomunicaciones, así como por ejemplo, de los compromisos resultantes de la operación de concentración *Telefónica/DTS*[18], Telefónica está sujeta a distintas obligaciones en materia de suministro de información, sin que la coincidencia temporal de alguna de estas obligaciones justifique su incumplimiento. En el caso de la Resolución del ERT, se busca facilitar que Telefónica conozca con la suficiente antelación el tipo de información que debe poner a disposición de la CNMC, así como los plazos, de tal manera que pueda planificar y dimensionar sus recursos para dar cumplimiento a sus obligaciones dentro del período establecido para ello.

A mayor abundamiento, se ha de señalar que en ningún momento Telefónica se dirigió a la DTSA para poner de manifiesto la existencia de problemas específicos para la preparación de la información que había de ser remitida a la CNMC, y que hubieran podido justificar una hipotética modulación y en su caso

[16] Centros de actividad asignables directamente a los servicios (CAADS) y Centros de actividad no asignables directamente a los servicios (CANADS).
[17] Los costes de los CAADS y CANADS necesarios para el cálculo de los costes comerciales son exclusivamente los correspondientes a los servicios minoristas que figuran en la contabilidad de costes regulatoria, lo que representa un conjunto más reducido que el de la totalidad de CAADS y CANADS.
[18] Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 en el asunto C/0612/14.

de ampliación de los plazos para su remisión de conformidad con la normativa procedimental vigente.

En relación con la información a facilitar en materia de costes comerciales, Telefónica considera en sus alegaciones al acuerdo de incoación y a la propuesta de resolución que la Resolución del ERT no concretaba el contenido de la información a remitir y que se habría concretado *a posteriori*, a través de varios requerimientos de información complementarios de la CNMC.

En respuesta a esta alegación hay que señalar que, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, hay que reiterar que la Resolución ERT sí determina la información a remitir de maneta detallada y contextualizada, y que, tal y como se ha descrito en la relación de hechos, ante la omisión por parte de Telefónica de su deber de aportar la información requerida para determinar los costes comerciales en el plazo fijado (31 de julio de 2018), el requerimiento de información de la CNMC de fecha 7 de septiembre de 2018 solicitaba explícitamente de este operador la remisión de dicha información. En concreto, se solicitaban los costes imputados a todos los Centros de Actividad CAADS y CANADS de las contabilidades de costes de Telefónica y Telefónica Móviles. El requerimiento señalaba asimismo que la información debía ser presentada de manera segmentada "*en función de los segmentos Gran Público, PYMES y Gran Empresa*" (para Telefónica) y conforme a una distinción de los costes atribuibles a servicios empaquetados de banda ancha y no empaquetados (en el caso de Telefónica Móviles).

Sin embargo, la contestación de Telefónica tampoco tuvo un carácter completo. En primer lugar, la información relativa al Sistema de Contabilidad de Costes (SCC) sólo se refería de manera específica a uno de los tres segmentos requeridos (el segmento Gran Público). En segundo lugar, en lo que respecta al SCC de Telefónica Móviles, no se incluyó información relativa a todos los Centros de Actividad CAADS y CANADS. De hecho, Telefónica indicó en su respuesta al requerimiento que únicamente aportaba "*la información que Telefónica considera que deben ser los costes comerciales una vez filtrados de los CAADS las partidas que no debieran aplicar como costes comerciales por diversas causas (…)*". Es decir, Telefónica manifestó expresamente que no tenía intención de dar respuesta de manera completa al requerimiento formulado, lo que descarta que desconociera la concreción de la información que debía aportar. Esta omisión delibera motivó el nuevo requerimiento de información, de 8 de octubre de 2018.

Como señala la propuesta de resolución, cuyos argumentos se dan por reproducidos, se considera que la Resolución del ERT establece los criterios que debe cumplir la entrega de este tipo de información en su apartado IV.4.2 de la Resolución del ERT (*"Costes de comercialización minorista"*). Además, desde el año 2007 Telefónica ha estado suministrando en el marco de su contestación a los requerimientos de información semestrales de la CNMC, los

costes comerciales correspondientes al segmento residencial. El ejercicio que se exige de Telefónica en la Resolución del ERT no es sino una adaptación de aquél ya realizado periódicamente por Telefónica. Tampoco debe pasarse por alto que la CNMC ha efectuado requerimientos de información sobre costes comerciales específicos, en línea con los principios posteriormente establecidos en la Resolución del ERT[19].

Por último, en lo que se refiere a la supuesta extensión de la obligación de suministro de información sobre costes comerciales más allá del ámbito de la Resolución del ERT (centrada en las ofertas minoristas comercializadas por Telefónica en el segmento residencial), la exigencia de información relativa a todos los segmentos de clientes se explica por la necesidad de garantizar la correcta trazabilidad de los datos con la contabilidad de costes regulatoria. La Resolución del ERT señala que *"la información sobre la imputación de costes ha de presentarse de manera completa para todos los segmentos de Telefónica, con independencia de que el ámbito de este expediente se limite al segmento residencial. De otra manera, no podría verificarse la correcta imputación de los ingresos y costes a cada uno de los segmentos definidos"*. Ello implica que la CNMC debe poder comprobar que la información del SCC presenta una correspondencia absoluta con los datos remitidos por Telefónica para todos los segmentos y que la imputación de los ingresos y costes a cada segmento se realiza sobre la base de criterios y magnitudes coherentes y homogéneas.

CUARTO.- Cuantificación de la sanción

4.1.- Límites legales

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

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por Telefónica consiste en el incumplimiento defectuoso de la Resolución de ERT. El incumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones de la CNMC firmes en vía administrativa está tipificado en el artículo 77.27 de la LGTel como infracción grave.

[19] Ver por ejemplo el requerimiento de información sobre costes minoristas efectuado en fecha 14 de febrero de 2017 (referencia INF/DTSA/032/17/REQUERIMIENTO COSTES MINORISTAS), así como el requerimiento de información en relación con los costes indirectos del segmento "Gran Público" efectuado en fecha 16 de diciembre de 2014 (referencia AEM-INF 2014/533).

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

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

Por consiguiente, siguiendo lo dispuesto en la normativa citada sobre los límites legales de las sanciones a imponer por la comisión de infracciones calificadas como graves, se tendrán en cuenta los límites máximos que fija la LGTel para este tipo de infracciones, que son, (i) un importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos y omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de no poder determinarse el anterior criterio, (ii) dos millones de euros.

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

4.2.- Aplicación de los criterios legales de cuantificación de las sanciones

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

En este caso, el beneficio bruto directo obtenido por Telefónica como consecuencia de las conductas descritas no puede cuantificarse. En efecto, dado que la conducta consiste en la remisión con carácter tardío y defectuoso de determinada información contenida en la Resolución del ERT, no puede estimarse la potencial obtención de un beneficio directo por parte de Telefónica derivado de los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento.

Por lo tanto, de conformidad con el 79.1.c) de la LGTel de 2014, teniendo en cuenta que no se ha podido determinar con exactitud el beneficio directo e indirecto derivado de la infracción, se debe concluir que la cantidad máxima de la sanción es 2 millones de euros.

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

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

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

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

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

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

De los criterios anteriores, no se aprecia la concurrencia de ninguno en el presente caso.

En cuanto a la situación económica de Telefónica y la importancia de las actividades de esta empresa en España, queda de manifiesto en parámetros como el volumen de negocio (importe neto) reportado por este operador para el año 2018, que ascendió a 12.706 millones de euros[20]. El resultado operativo antes de depreciaciones y amortizaciones (OIBDA[21]) de Telefónica alcanzó la cifra de 4.763 millones de euros. Asimismo, el margen de beneficios sobre ingresos de Telefónica se situó en el 37,5%. El peso de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones en España se refleja asimismo en el hecho de que en 2018 este operador generó el 41,6% de los ingresos minoristas del sector[22].

[20] Informe Anual de Telefónica de 2018.
[21] *Operating Income Before Depreciation and Amortization*.
[22] Informe Económico Sectorial 2018 de la CNMC.

4.3.- Alegaciones de Telefónica en relación con los criterios de cuantificación de la sanción

Telefónica, en sus alegaciones al acuerdo de incoación, señala que su conducta no ha tenido ninguna repercusión en el normal funcionamiento del sector, ni ha causado perjuicio alguno a los competidores, ni ha privado a la CNMC de ejercer sus competencias de regulación del mercado. En concreto, Telefónica afirma que la reiterada demora al aportar la información no ha tenido efectos en las conclusiones de la revisión semestral de los parámetros del ERT llevada a cabo por CNMC, pues la entrega de información semestral a la CNMC, realizada en plazo por parte de Telefónica, es la que resulta determinante para efectuar los ajustes que periódicamente se vienen realizando en el test de replicabilidad.

Dicha consideración, como señala la propuesta de resolución, pasa por alto el menoscabo al bien jurídico protegido, la *"auctoritas"* de la CNMC, que se consuma, como establece la jurisprudencia, con el simple hecho de no ejecutar sus mandatos.

En efecto, la actuación de Telefónica ha derivado en el incumplimiento de sus obligaciones de suministro de información tal y como las mismas vienen recogidas en la Resolución del ERT, para lo cual no se requiere ni dolo, ni causar perjuicios a terceros. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 2014[23], ha señalado que *"el menoscabo de la auctoritas de la CMT/CNMC se consuma por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros […]".*

Sin embargo, en cualquier caso, resulta evidente que es el conjunto de toda la información que Telefónica debe suministrar periódicamente a la CNMC (y no sólo la información contenida en los informes semestrales) la que resulta de gran valor para que este organismo pueda llevar a cabo los análisis de replicabilidad y las revisiones periódicas de los parámetros conforme a los cuales se efectúan dichos análisis. Los sistemáticos retrasos y entregas parciales de información detectados en la remisión de los datos mensuales, semestrales y en materia de costes comerciales, dificultaron el cumplimiento de las funciones de este organismo.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2006[24], el incumplimiento de las resoluciones del regulador sectorial reviste especial gravedad, dada *"la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya*

[23] Recurso de casación núm. 03/2319/2011. Ver en el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2007, recurso de casación núm. 03/1341/2005.
[24] Recurso de casación 03/3898/2004.

se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones […].”

Con respecto al concreto importe de la sanción propuesta, Telefónica alega que la CNMC no motiva el cálculo del importe de la sanción, proponiendo una multa de 400.000 euros sin una explicación mayor de su cálculo, tan sólo limitándose a mencionar la situación económica de Telefónica, que no es posible cuantificar el beneficio directo por lo que el límite máximo es de dos millones de euros y que se ha menoscabado en el ámbito funcional de la CNMC. Por tanto, la CNMC está adoptando una decisión carente de motivación y arbitraria, ya que no ha garantizado su derecho de defensa, al no haber detallado los criterios seguidos para concretar la cuantía de la sanción, así como la relevancia que a tales efectos otorga a la concurrencia de todas y cada una de las posibles causas modificativas de la responsabilidad.

A esta alegación hay que responder remitiéndose a la motivación de la aplicación de cada uno de los criterios legales establecidos en los artículos 29.3 de la LRJSP y 80.1 de la LGTel que se acaba de detallar; y señalar asimismo que la cuantía máxima de las sanciones por infracciones graves es de 2 millones de euros (artículo 79.1.c de la LGTel), y que la multa propuesta y que se va a imponer es de 400.000 euros, es decir, cinco veces inferior al máximo teórico posible. Todo ello sin perjuicio de lo señalado, a mayor abundamiento, en el apartado siguiente.

4.4.- Determinación de la sanción

En particular, para determinar la cuantía de la sanción a imponer hay que tener en cuenta los límites legales y los criterios para graduar la sanción concurrentes anteriormente citados, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual “*el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.* Por ello y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término ha de procurar determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, “*la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren*” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; núm. 03/4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando “*las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la*

infracción cometida" (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión[25].

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre las sanciones que deban aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

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

- Que se imputa a Telefónica la comisión de una infracción tipificada como grave (artículo 77.27 de la LGTel), consistente en el cumplimiento tardío y defectuoso de sus obligaciones de suministro de información conforme a lo previsto en la Resolución del ERT. El comportamiento reprochado a Telefónica derivó de una falta de la debida diligencia, ya que Telefónica era plenamente conocedora del contenido de la Resolución del ERT y las obligaciones allí contenidas.

- Que como consecuencia del comportamiento reprochado se ha menoscabado la *"auctoritas"* de la CNMC, bien jurídico protegido por el artículo 77.27 de la LGTel, con la relevancia que ello tiene en el buen funcionamiento del sector y los mercados afectados[26].

- Que los incumplimientos detectados tuvieron un carácter sistemático, y afectaron a las obligaciones relativas al suministro mensual de información (de marzo de 2018 a abril de 2019); al suministro semestral de información (en lo que se refiere a la entrega de la información debida para el 28 de febrero de 2019); y a la información en materia de costes comerciales (que no fue entregada en la fecha prevista, esto es el 31 de julio de 2018, sino casi tres meses más tarde).

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

[26] Telefónica ya ha sido sancionada en el pasado por incumplimientos de una naturaleza similar a los aquí analizados, ver en particular la Resolución de 28 de enero de 2014 del expediente sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de las obligaciones de comunicación contenidas en la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la Resolución de los mercados 4 y 5 (expediente RO 2013/708) y Resolución de 15 de junio de 2010 del procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 y de la Resolución de 26 de julio de 2007 (expediente RO 2009/1233).

- Que el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de dos millones de euros.

- Que, de conformidad con el principio de proporcionalidad, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. En este caso, no es posible cuantificar el beneficio directo derivado del proceder de Telefónica

- Que Telefónica es el operador histórico en la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas en España, ostentando una posición de prevalencia en los mercados que ha dado lugar a la imposición de una serie de obligaciones regulatorias con carácter *ex ante*, como las que son objeto de este procedimiento. El dinamismo de los mercados de banda ancha, y el impacto que los análisis de replicabilidad efectuados por la CNMC tienen sobre la configuración de los mismos, confirman la importancia de asegurar el escrupuloso respeto por parte de Telefónica de sus obligaciones regulatorias.

- La situación económica de Telefónica.

Según lo anteriormente expuesto 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 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y de la capacidad económica de Telefónica, se considera que procede imponer una sanción de **cuatrocientos mil euros (400.000 €),** tal y como se propone en la propuesta de resolución.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber cumplido de manera tardía y defectuosa las obligaciones de suministro de información contenidas en la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una sanción por importe de **cuatrocientos mil euros (400.000 €)** por la anterior conducta infractora.

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