



Roj: **SAN 1853/2025 - ECLI:ES:AN:2025:1853**

Id Cendoj: **28079230082025100186**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **07/03/2025**

Nº de Recurso: **2093/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0002093/2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 09457/2020

Demandante: Telefónica de España, S.A.U

Procurador: D^a GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a siete de marzo de dos mil veinticinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n^o **2093/2021**, seguido a instancia de **Telefónica de España, S.A.U.**, representada por la procuradora de los tribunales **D^a Gloria Robledo Machuca**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. 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 (Resolución de los mercados de banda ancha).

2. En el apartado quinto de dicha resolución se estableció lo siguiente:

"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".

3. El 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.

4. El 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 (Resolución del ERT).

5. Dicha resolución, en su resuelve segundo, acordó: "Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones de información contenidas en el Anexo IV del presente documento".

6. 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).

-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).

-Además: "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.

7. En todos los casos, 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).

8. Durante el periodo comprendido entre marzo de 2018 y abril de 2019, la información mensual correspondiente a varios meses no fue presentada en plazo, especificándose en la resolución 12 cumplimientos tardíos siendo en dos casos, necesario emitir un requerimiento adicional de información y apercibir a Telefónica de las posibles consecuencias sancionadoras que estos retrasos podían acarrear.

9. La información semestral debía ser remitida a la CNMC antes de los días 1 de septiembre y 1 de marzo de cada año. 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, por lo que se emitió un requerimiento para completarla. Telefónica remitió la información complementaria requerida el 15 de marzo de 2019, con un retraso de 15 días con respecto a la fecha establecida en la resolución del ERT.

10. En cuanto a 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, la fecha límite de presentación era el día 31 de julio de 2018. Sin embargo y tras varios requerimientos, Telefónica la presentó el 18 de octubre de 2018.

11. Tras la incoación y tramitación del correspondiente expediente sancionador, la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia dictó, el 29 de julio de 2021 una resolución en cuya parte dispositiva se dispone lo siguiente:

"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".

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Ausencia de antijuricidad en la conducta de Telefónica.

-En el presente procedimiento, no existe lesión del bien jurídico protegido por la norma, pues en ningún momento Telefónica ha incumplido las obligaciones de suministro de información, ya que aportó toda la información establecida en la resolución del ERT y en los posteriores requerimientos de información de CNMC que concretaban la información a aportar no detallada en la citada resolución.

-La CNMC realizó la primera revisión de parámetros del test del ERT el 3 de abril de 2019, debiendo tenerse en cuenta que la información suministrada por Telefónica se realizó con una anterioridad de algo más de 7 meses respecto a esa fecha. El retraso es imputable a la CNMC.

2. Ausencia de tipicidad en la conducta de Telefónica.

La conducta de telefónica no es típica ya que no existe fundamentación jurídica para sancionar la conducta conforme al artículo 77.27 de la Lgtel.

-Indefinición del alcance del suministro de información en relación con los costes comerciales:

La resolución del ERT, en su apartado 5 del Anexo IV relativo al suministro de información de los costes comerciales, no concreta qué información es la necesaria para determinar los costes comerciales de Telefónica, y ello se evidencia en el hecho de que la CNMC se vio obligada a concretarlo a través de múltiples requerimientos de información.

En concreto se indica en la resolución que: "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, de manera coherente con los principios impuestos en el ERT".

La indefinición del apartado 5 del Anexo IV de la resolución ERT donde no concretaba la información a suministrar respecto a los costes comerciales provocó que Telefónica no conociera el alcance y detalle de la información a aportar a CNMC hasta que recibió las peticiones posteriores de la CNMC.

-Falta de proporcionalidad de las obligaciones de suministro de información mensuales y semestrales. Invoca el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y el artículo 68.3 de la LGtel.

La complejidad creciente del portfolio de Telefónica implica una mayor complejidad en el reporte de la información a suministrar a CNMC en virtud de la resolución del ERT, al contrario de lo que CNMC afirma en la resolución impugnada.

Las Directrices de la Comisión sobre análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03)³¹ advierten que las obligaciones ex ante deben partir de "una evaluación estructural y prospectiva del mercado pertinente, basándose en las condiciones de mercado existentes" (párrafo 20).

La CNMC no ha tenido en cuenta el dinamismo del mercado de banda ancha residencial. En 2018 y tras la aprobación de la resolución ERT, Telefónica debe recabar y tratar, entre otros, datos de la planta y de los movimientos de más de 2.500 productos sobre los que aplican casi 25.000 promociones distintas, lo que

conllevó un nivel de procesamiento elevado y complejo debido al volumen de información que Telefónica tiene que tratar.

Además, para, la revisión semestral de los parámetros utilizados en el test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial sólo se necesita la información de carácter semestral y los costes comerciales. Por ello, la obligación de suministro de información mensual vulnera el principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima de la Administración.

-Ausencia de establecimiento de un periodo de transición para dar cumplimiento a las nuevas obligaciones de carácter mensual y semestral recogidas en la resolución del ERT

-Concurrencia de numerosos requerimientos de información por parte de la CNMC.

Telefónica se vio sometida a una alta concentración de requerimientos de información por parte de la CNMC, tanto de la DC como de la DTSA, en la que una parte relevante de los mismos no podían haber sido previstos en un mismo periodo lo que provocó a Telefónica una carga desproporcionada de obligaciones de suministro de información.

3. Ausencia de culpabilidad por parte de telefónica, vulneración de los principio de seguridad jurídica

-Al no conocer Telefónica con la exactitud necesaria las obligaciones que la CNMC considera incumplidas, no podía anticipar que su conducta podría considerarse una infracción.

-Telefónica actuó en todo momento de buena fe y mostró toda la diligencia exigible en su obligación de suministro de información.

-Con respecto a la aportación de la información de los costes comerciales tampoco existe culpabilidad en la conducta de Telefónica ya que CNMC no concretó debidamente el alcance de la información a suministrar para poder determinar los costes comerciales en la Resolución del ERT, y se vio obligada a detallarlo a través de múltiples requerimientos.

-Faltando el elemento subjetivo de culpabilidad, ya que Telefónica no podía anticipar razonablemente que estaba cometiendo una infracción, su conducta no cabe ser sancionada.

-Hay vulneración del principio de seguridad jurídica, pues la falta de concreción en la información a suministrar ha dejado a Telefónica en una situación de inseguridad jurídica provocando la imposibilidad de conocer con antelación la información que tenía que aportar.

4. La sanción es desproporcionada y arbitraria.

-La sanción es inadecuada a la gravedad del pretendido hecho constitutivo de la supuesta infracción, de conformidad con el artículo 80.1 de la LGTel y del artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pues no hay adecuación entre la gravedad del hecho imputado y la sanción finalmente impuesta.

-La CNMC tampoco ha tenido en cuenta la falta de intencionalidad de Telefónica ya que aportó la información de carácter semestral en plazo, es decir el 31 de agosto de 2018 así como la información de los costes comerciales también en plazo, es decir el 31 de julio de 2018 y posteriormente fue contestando diligentemente los sucesivos requerimientos de información adicional que iba formulando la CNMC para concretar el alcance de la información de los costes comerciales.

-La CNMC, por causas ajenas a Telefónica, empleó más de 7 meses (desde el 31 de julio que tenía la información disponible) o más de 4 meses (desde que la CNMC dio por debidamente aportada la información hasta el 18 de octubre de 2018 por los sucesivos requerimientos de información) en aprobar la revisión semestral de los parámetros del test de replicabilidad en el segmento residencial correspondiente al primer semestre de 2018.

-La dilación referida no puede imputarse a Telefónica, por lo que la actuación de Telefónica no ha generado daño o perjuicio alguno a terceros y menos aún al mercado o a los consumidores.

- La determinación de la multa es arbitraria, pues la CNMC no motiva el cálculo del importe de la sanción e impone una multa de 400.000 euros sin una explicación mayor de su cálculo, tan sólo se limita a mencionar que no concurre ninguno de los criterios del artículo 29.3 de la LRSJP y que aplica la situación económica de Telefónica.

-Es exigible demandar una motivación específica que permita justificar por qué se impone una concreta sanción y no otra menos gravosa también incluida dentro del abanico legal de posibles sanciones.



-No se ha aplicado la atenuante de la inexistente repercusión social de la supuesta infracción, a pesar de que la actuación de Telefónica no ha afectado a la CNMC, ni por tanto ha tenido ninguna afectación al mercado ni a los consumidores ni ha hurtado a la CNMC de ejercer sus competencias de regulación en el mercado.

-La CNMC no ha tenido en cuenta que el artículo 80.1 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRJSP, disponen que para determinar (y graduar) la cuantía de las sanciones se debe tener en cuenta la "repercusión social de las infracciones".

-Subsidiariamente, se solicita que la actuación de Telefónica debería calificarse como infracción leve conforme el artículo 78.4 de la LGTel o haberse minorado la cuantía de la sanción por la inexistente repercusión social de la supuesta infracción.

TERCERO:La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO:Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:Señalado el día 26 de febrero de 2025 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO:La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de 29 de julio de 2020 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

En la parte dispositiva de dicha resolución se indica lo siguiente:

"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".

SEGUNDO:El presente recurso debe ser desestimado y por lo tanto conformada la resolución impugnada por los motivos siguientes, esencialmente conformes con lo alegado por la abogacía del Estado que asume los fundamentos de la resolución recurrida.

1. Sobre la infracción del principio de legalidad y tipicidad.

1.El artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT), tipifica como infracción grave "el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa", mientras que la resolución ERT de 6 de marzo de 2018 en su Anexo 4, establece el contenido la obligación de presentación de información que de manera singular se impone a Telefónica.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada, debe subrayarse, como señala la abogacía del Estado y se indica en la resolución del ERT, que las resoluciones de los mercados de banda ancha y la 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. Así, se procede a la sustitución de un criterio de orientación de los precios a costes por un 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.

3. Por este motivo resulta especialmente exigente la obligación impuesta específicamente a Telefónica, de remitir la información establecida en el Anexo IV de la resolución ERT, 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.

4. En este sentido, la propia ERT señala 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".

5. El examen de las actuaciones revela que no hay violación del principio de legalidad y tipicidad, pues la obligación de aportar la documentación requerida por la resolución ERT está especificada en términos suficientemente claros y concretos para ser cumplida.

6. Debe tenerse en cuenta el sofisticado carácter técnico de esta regulación junto con los específicos conocimientos y experiencia de la empresa recurrente en esta concreta materia y, en particular, su experiencia en remisiones de informaciones análogas en los tres apartados consignados, por primera vez desde 2007. Así, en la resolución ERT, se consignan las observaciones que Telefónica realizó al cumplimiento de las obligaciones que dicha resolución le imponía y que se reflejan en la demanda que da origen a este procedimiento, así como la respuesta de la CNMC, que destaca y detalla los expedientes en los que se tramitaron obligaciones de carácter análogo impuestas a Telefónica en el pasado. Telefónica, que fue oída en el curso de la adopción normativa en cuestión (artículo 30 Ley 3/2013), no puede ampararse en el carácter inopinado de las obligaciones de información requeridas, ni invocar razonablemente en fase de demanda la implantación de un período transitorio para la efectividad del cumplimiento de tales obligaciones.

7. Esta singular posición en la que se encuentran la recurrente y el regulador, determina que no resulte estrictamente aplicable a sus relaciones particulares la jurisprudencia general sobre predeterminación de la norma invocada por la recurrente, pues este requisito, sin duda ineludible desde el respeto al principio de legalidad, debe interpretarse de forma más flexible en supuestos como el descrito.

8. Esta singular vinculación de Telefónica con el regulador y, sobre todo, la existencia de obligaciones información análogas previas que fueron cumplimentadas por Telefónica, permite descartar también la existencia de desproporcionalidad de la obligación misma.

9. Por otra parte y frente a las alegaciones de Telefónica en el sentido de que la CNMC no tuvo en cuenta la dinámica del mercado y su crecimiento exponencial desde 2018 unido a la cantidad de requerimientos de información que debía cumplimentar Telefónica, resulta muy significativo, como señala la abogacía del Estado, 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 y que hubieran podido justificar una hipotética modulación y en su caso de ampliación de los plazos para su remisión de conformidad con la normativa procedimental vigente.

10. Finalmente, el artículo 79.1 c) de LGT establece que "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".

11. De esta manera, y dado que la sanción impuesta fue de 400.000 euros, se completan las obligaciones de predeterminación normativa y sancionadora, que permiten descartar la violación del principio de legalidad sancionadora invocado.

II. Sobre la ausencia de antijuridicidad en la conducta de Telefónica

1. La lesión del bien jurídico protegido se produce por el retraso en el cumplimiento de la obligación impuesta, por lo que el cumplimiento tardío no exonera de responsabilidad y a lo sumo opera que un elemento que permite una calificación sancionadora de menor gravedad que el total incumplimiento, justamente por la carga de antijuridicidad de dichas conductas es distinta en uno y otro caso, pero en ambos contraria al ordenamiento jurídico.

2. El hecho de que la CNMC realizara la primera revisión de parámetros del test del ERT el 3 de abril de 2019 a pesar de que la información suministrada por Telefónica se realizara con una anterioridad de algo más de 7 meses respecto a esa fecha, resulta irrelevante respecto del deber de Telefónica de cumplir sus obligaciones en el plazo establecido. El retraso de la CNMC en adoptar su resolución no condicionó la previa obligación de suministro de información.

III. Sobre la ausencia de culpabilidad por parte de Telefónica.

1. Telefónica es un operador con poder significativo de mercado conforme a la normativa sectorial de telecomunicaciones, por lo que su deber de diligencia tiene una singular intensidad respecto de cualquier otro operador en una materia relativa al cumplimiento de obligaciones vinculadas a tal condición.



2. Telefónica, contrariamente a lo que afirma, conocía con la exactitud necesaria las obligaciones que la CNMC le imponía, pues como se puede comprobar mediante la simple lectura de la resolución del ERT de 2018, tuvo una participación particularmente intensa en este extremo de la elaboración de la misma. Formuló las preguntas y observaciones que estimó oportunas que fueron respondidas por la CNMC.

3. No se discute la buena fe de Telefónica, sino su falta de implicación en cumplimentar de manera diligente y en plazo la obligación que le fue impuesta con su pleno conocimiento.

4. De lo expuesto se deduce, como consecuencia lógica, que no existe vulneración del principio de seguridad jurídica, pues Telefónica supo con la antelación y precisión suficiente las aportaciones de información que debía realizar.

IV. Sobre la falta de proporcionalidad de la sanción.

1. El artículo 79.1 c) de LGT establece que "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".

2. A la vista de lo dispuesto en la referida norma, no es exigible a la CNMC, como pretende la recurrente, exteriorizar un nivel de motivación más específico que el realizado de acuerdo con una metodología objetiva que determine de manera concreta la cuantía de la multa, pues la propia ley reserva al regulador un margen de apreciación en la imposición de la multa.

3. En el ejercicio de ese margen de apreciación no se aprecia un desvío abusivo e injustificado, lo que, efectivamente, hubiera dado lugar a una modulación de la sanción por parte de este Tribunal.

4. En efecto, la determinación de la multa no es desproporcionada ni arbitraria, pues la CNMC la ha fijado en 400.000 euros, esto es, en la mitad del primer tercio de la cuantía máxima posible, decisión ponderada que la CNMC justifica, esencialmente, por no concurrir ninguno de los criterios de modificación de responsabilidad del artículo 29.3 de la LRSJP y la toma en consideración la capacidad económica de Telefónica.

5. La recurrente alega que era aplicable al presente caso la atenuante el prevista en los artículos 80.1 de la LGTel y 29.3 de la LRJSP consistente en la inexistente repercusión social de la supuesta infracción, pues no ha existido afectación de mercado, ni a los consumidores, ni ha impedido a la CNMC ejercer sus competencias de regulación en el mercado.

6. Debe tenerse en cuenta que, como se indica en la resolución impugnada, 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. Dicho incumplimiento afecta directamente a los intereses de los consumidores por lo que no puede estimarse la alegación de la recurrente en este punto.

V. Petición subsidiaria

1. Subsidiariamente, Telefónica solicita que se califique su actuación como infracción leve conforme el artículo 78.4 de la LGTel, o haberse minorado la cuantía de la sanción por la inexistente repercusión social de la supuesta infracción.

2. Tampoco procede estimar este motivo de recurso una vez se ha constatado tanto la gravedad de la conducta de Telefónica, como su repercusión al obstaculizar la elaboración de los test de replicabilidad.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, con un límite máximo por todos los conceptos de 3000 euros.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente con un límite máximo por todos los conceptos de 3000 euros.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá



acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ