

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007 Y 7 DE DICIEMBRE DE 2010, POR LAS QUE SE APROBARON LAS OFERTAS DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS TERMINALES DE ESTA OPERADORA.

SNC/DTSA/1821/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de octubre de 2015

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 23 de octubre de 2014, por la que se pone fin al conflicto de acceso interpuesto por BT contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E de alto coste (CNF/DTSA/2494/13)

El 23 de octubre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria (en adelante, SSR) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E (Ethernet) de alto coste (CNF/DTSA/2494/13/ORLA alto coste BT) (El expediente consta incorporado como folio 20 del expediente administrativo).

En el Resuelve Cuarto de dicha resolución se acordó la procedencia de incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, por las que se aprobaron las revisiones de la Oferta de Referencia de líneas Alquiladas Terminales de Telefónica (en adelante, ORLA), modificada esta última por la Resolución de la CMT, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010.

SEGUNDO.- Consulta planteada por Jazztel sobre la facultad de Telefónica de repercutir altos costes a los circuitos Ethernet en zona A de conformidad con lo dispuesto en la ORLA (CNS/DTSA/1250/14)

El 23 de octubre de 2014 la SSR de la CNMC emitió la contestación a la consulta planteada por Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) sobre si resulta conforme a la regulación actual que Telefónica le repercuta altos costes sobre circuitos Ethernet en zona A –según la definición de zonas de la ORLA-. En dicha contestación se concluyó que, de conformidad con lo establecido en la ORLA, Telefónica no puede aplicar sobrecostes en la provisión de circuitos Ethernet regulados por la ORLA ubicados en zona A (Folios 7 a 14 del expediente administrativo).

TERCERO.- Resolución de 23 de octubre de 2014, relativa al acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica

El 23 de octubre de 2014 la SSR de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, modificada esta última por la Resolución de la CMT, de 18 de julio de 2013, por las que se aprobaron las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales de esta operadora (SCN/DTSA/1821/14), tal y como se determinó en la Resolución adoptada el mismo día, citada en el Antecedente de hecho primero (Folios 30 a 41 del expediente administrativo).

Mediante sendos escritos, de fechas 27 y 29 de octubre de 2014, se procedió a notificar la citada Resolución a Telefónica, así como a la instructora del expediente sancionador, dándole a ésta última traslado de los citados expedientes, CNF/DTSA/2494/13 y CNS/DTSA/1250/14, para su incorporación y consideración en este procedimiento (Folios 42 a 43 y 45 a 46 el expediente administrativo, respectivamente).

CUARTO.- Acceso al expediente por parte de Telefónica

El 4 de noviembre de 2014 Telefónica solicitó el acceso a la documentación incorporada del expediente CNS/DTSA/1250/14. Con fecha 7 de noviembre de

2014 Telefónica tuvo acceso a la información solicitada (Folios 73 a 92 del expediente administrativo).

QUINTO.- Solicitud de Telefónica de ampliación del plazo

El 5 de noviembre de 2014 Telefónica solicitó una ampliación del plazo para presentar alegaciones al inicio del procedimiento. Mediante un escrito de 13 de noviembre de 2014, se concedió a Telefónica la ampliación del plazo solicitado en 5 días hábiles adicionales, para que presentase las alegaciones y documentos que estimase oportunos (Folios 70 a 72 del expediente administrativo).

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

El 5 de diciembre de 2014, Telefónica presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador (Folios 97 a 111 del expediente administrativo).

SÉPTIMO.- Requerimientos de información a BT y Jazztel

Con fecha 9 de febrero de 2015 se realizaron dos requerimientos de información a BT y Jazztel, con la finalidad de conocer los hechos susceptibles de infracción y determinar, en su caso, las presuntas responsabilidades objeto de sanción (Folios 118 a 120 y 112 a 115 del expediente administrativo, respectivamente).

Mediante sendos escritos de fechas 11 y 12 de marzo de 2015 estos operadores respondieron a dichos requerimientos de información (Folios 145 a 682 y 1221 a 1226 del expediente administrativo, respectivamente). El 13 de mayo de 2015 BT subsanó la información remitida en relación con tres circuitos que son objeto del expediente (Folios 1299 a 1319 del expediente administrativo).

OCTAVO.- Resolución de 10 de febrero de 2015, que puso fin al conflicto de acceso interpuesto por Vodafone contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste (CNF/DTSA/1189/14)

El 10 de febrero de 2015, la SSR de la CNMC aprobó la Resolución que puso fin al conflicto de acceso interpuesto por Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) contra Telefónica, sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E de alto coste (CNF/DTSA/1189/14/ORLA ALTO COSTE VODAFONE).

Esta Resolución estableció en su Resuelve Cuarto que se remitiese a la instructora del presente procedimiento sancionador la resolución y la

documentación completa obrante en el citado expediente, al objeto de que este procedimiento sancionador se extendiera al conocimiento de los indicios de presunto incumplimiento de la ORLA por parte de Telefónica, analizados en el Fundamento Jurídico Material Sexto de la citada resolución.

El 3 de marzo de 2015 se comunicó a Telefónica la incorporación del referido expediente (CNF/D TSA/1189/14) al presente procedimiento, así como la incorporación efectuada, el 10 de febrero de 2015, de un escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) que presentó el 23 de mayo de 2014 en el seno del expediente MTZ 2014/1114, de revisión de la ORLA, debido a que en el mismo se pone en conocimiento de esta Comisión la realización por parte de Telefónica de conductas presuntamente infractoras en la provisión de circuitos Ethernet de la misma naturaleza a las que dieron lugar a la incoación del presente procedimiento (Folios 136 y 137 del expediente administrativo).

NOVENO.- Escrito presentado por Vodafone en el seno del expediente CNF/D TSA/1189/14 y requerimiento de información a este operador

El 18 de febrero de 2015, en el marco de la instrucción del procedimiento de referencia CNF/D TSA/1189/14, se recibió en esta Comisión un escrito de Vodafone en el que comunica que con fecha 12 de febrero de 2015 Vodafone y Vodafone ONO han llegado a un acuerdo global con Telefónica y Telefónica Móviles España, S.A.U. Con fecha 6 de marzo de 2015, se requirió a Vodafone que aportara determinada información, necesaria para la determinación de los hechos susceptibles de sanción, así como la copia del citado acuerdo alcanzado entre los grupos empresariales Telefónica y Vodafone y Ono (Folios 139 a 143 del expediente administrativo).

El 18 de marzo de 2015 Vodafone contestó al referido requerimiento de información y el 7 de mayo subsanó los datos remitidos sobre uno de los circuitos que son objeto del expediente (Folios 1228 a 1255 del expediente administrativo).

DÉCIMO.- Acuerdo denegatorio de la apertura de un período de prueba

En el escrito de alegaciones presentado por Telefónica, el 5 de diciembre de 2014, esta operadora solicitó, con carácter genérico, que *“se acuerde la apertura de un período de prueba con el fin de que Telefónica de España pueda acreditar los hechos referidos en el presente escrito de alegaciones los cuales demuestran la inexistencia de infracción cometida por parte de esta Compañía”*.

El 16 de abril de 2015 se comunicó a Telefónica el rechazo de su solicitud, al no haberse propuesto medio de prueba alguna en concreto que fuera procedente practicar, para acreditar los hechos referidos en su escrito de

alegaciones. No obstante, se le indicó que tenía el derecho a presentar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que considerase oportunos en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, sin la necesidad de solicitar la apertura de un periodo de prueba (Folios 1256 a 1259 del expediente administrativo).

DÉCIMOPRIMERO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante acuerdos de fecha 20 de abril de 2015, se declaró la confidencialidad de determinados datos y documentos incluidos en los escritos presentados por Telefónica, BT, Jazztel y Vodafone a lo largo del procedimiento (Folios 1261 a 1303 del expediente administrativo).

DÉCILOSEGUNDO.- Requerimientos de información a Telefónica

Con fecha 4 de mayo de 2015 se realizó un requerimiento de información a Telefónica, con la finalidad de cotejar los datos aportados por Jazztel, a través de su escrito de 12 de marzo de 2015, determinar los hechos susceptibles de infracción y establecer, en su caso, las presuntas responsabilidades objeto de sanción (Folios 1303 a 1309 del expediente administrativo). Mediante un escrito de 7 de mayo de 2015, se comunicó también a Telefónica la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, por el tiempo que mediara entre la notificación (6 de mayo de 2015) del citado requerimiento de información y su efectivo cumplimiento por parte de Telefónica o, en su defecto, hasta el transcurso del plazo concedido (Folios 1311 a 1312 del expediente administrativo).

El 19 de mayo de 2015 Telefónica presentó un escrito por el que contestaba al citado requerimiento de información (Folios 1365 a 1368 del expediente administrativo).

Además, el 15 de mayo de 2015 se envió a Telefónica otro requerimiento de información, con la finalidad de conocer si los operadores BT, Jazztel y Vodafone habían reclamado a Telefónica la devolución de los sobrecostes, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones de los expedientes CNF/DTSA/2494/13, CNS/DTSA/1250/14 y CNF/DTSA/1189/14, y en el caso de que así hubiera sido, si Telefónica había procedido a su devolución. Asimismo, a través del citado escrito se informó a esta operadora de la suspensión del plazo para resolver el expediente (Folios 1358 a 1360 del expediente administrativo).

Mediante un escrito de fecha 1 de junio de 2015, Telefónica contestó al citado requerimiento de información (Folios 1394 a 1397 del expediente administrativo).

DÉCIMOTERCERO.- Accesos al expediente de Telefónica

Mediante sendos escritos de fecha 12 de mayo y 5 de junio de 2015, Telefónica solicitó el acceso a diversa información aportada por los operadores Jazztel, Vodafone y BT que consta en el expediente, así como la entrega de un índice de los documentos obrantes en el mismo. Los días 19 y 16 de junio de 2015 se dio traslado a Telefónica de la información solicitada (Folios 1407 a 1410 del expediente administrativo).

DÉCIMOCUARTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de 10 de junio de 2015, se notificó a Telefónica la declaración de confidencialidad sobre parte de la información proporcionada en sus escritos de 19 de mayo y 2 de junio de 2015 (Folios 1402 a 1405 del expediente administrativo).

DECIMOQUINTO.- Trámite de audiencia

El 21 de julio de 2015 fue notificada la propuesta de resolución a Telefónica (Folios 1411 a 1464 del expediente administrativo) y se le concedió un plazo inicial de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase oportunos. Dicho plazo fue ampliado a solicitud de Telefónica en once días naturales adicionales (Folios 1469 a 1470 del expediente administrativo).

DECIMOSEXTO.- Alegaciones de Telefónica

Telefónica presentó su escrito de alegaciones el día 2 de septiembre de 2015 (folios 1472 a 1511 del expediente administrativo), en el que, sucintamente, manifiesta:

1. Que no se produce un incumplimiento generalizado de las resoluciones que aprueban y modifican la ORLA por los siguientes motivos:
 - a) Por la naturaleza jurídico-privada de los acuerdos firmados con los operadores.
 - b) El reducido importe respecto de la facturación total por el alquiler de circuitos.
 - c) El reducido importe de los circuitos afectados respecto de la totalidad de los solicitados por los operadores.
 - d) Porque los incumplimientos se producen en un periodo irrelevante que no representa un incumplimiento continuado.

2. Que la conducta no es antijurídica ni típica ni culpable y que los hechos no habrían sido probados.
3. Que la infracción debería tipificarse como una infracción leve de las previstas en el artículo 78.12 de la LGTel, por tratarse de obligaciones en materia de calidad del servicio.
4. Que la sanción propuesta es desproporcionada por la inconcurrencia de las circunstancias consideradas para cuantificar la sanción.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente cabe considerar probados los hechos siguientes.

PRIMERO.- Para la provisión de determinados circuitos Ethernet de zona A solicitados por BT, Vodafone y Jazztel, entre octubre de 2010 y mayo de 2014, Telefónica ha estado aplicando condiciones distintas a las establecidas en el acuerdo de nivel de servicios¹ regulado en la ORLA-E, hasta, al menos, el 23 de octubre de 2014 para BT y Jazztel y, al menos, hasta el 10 de febrero de 2015 en el caso de Vodafone².

I.- Conducta de Telefónica con respecto a BT

De todos datos obrantes en el expediente y, en particular, de los listados de los circuitos asociados a centrales de cobertura A examinados y cotejados con los dos operadores durante la tramitación del conflicto de acceso tramitado con referencia CNF/D TSA/2494/13, se considera acreditado que, en diferentes fechas entre octubre de 2010 y noviembre de 2013, Telefónica comunicó a esta operadora un total de **[CONFIDENCIAL] circuitos ubicados en zona A para su provisión en condiciones de alto coste.** Esta consideración supone la aplicación de sobrecostes, plazos de comunicación y de entrega y el uso de determinadas paradas de reloj diferentes a las condiciones establecidas en el acuerdo de nivel de servicios, además del empleo de cláusulas de permanencia, motivado por la falta de acometida hasta el cliente y/o de fibras inter-central.

De dichos circuitos, se ha podido comprobar que BT aceptó la aplicación de las citadas condiciones propuestas por Telefónica para **[CONFIDENCIAL]**

¹ SLA (Service Level Agreement).

² A efectos de la determinación de los Hechos Probados se ha tomado en cuenta como fecha fin de la comisión de las conductas analizadas la de aprobación de las resoluciones de la SSR que pusieron fin a los expedientes iniciados por los operadores BT, Jazztel y Vodafone, ya que hasta dicha fecha se tiene constancia de que Telefónica continuaba aplicando las condiciones de alto coste (permanencias y cuotas mensuales de alto coste) sobre los circuitos solicitados por los citados operadores.

circuitos y anuló la provisión de **[CONFIDENCIAL]** circuitos solicitados durante el periodo comprendido entre noviembre de 2010 y noviembre de 2013³.

Sobre las cláusulas de permanencia, se ha acreditado que Telefónica condicionó a BT la provisión de **[CONFIDENCIAL]** circuitos de zona A, de entre los **[CONFIDENCIAL]** sobre los que Telefónica le comunicó la aplicación de las condiciones de alto coste, para su contratación por periodos de 12, 18, 24 y 36 meses. Asimismo, se ha podido cotejar que **[CONFIDENCIAL]** de dichos circuitos, sobre los que Telefónica propuso aplicar cláusulas de permanencia, pertenecen a los **[CONFIDENCIAL]** circuitos finalmente anulados o no aceptados por BT.

Ello se ha podido confirmar a través de los datos e información proporcionados por BT, tanto en el expediente relativo al conflicto de acceso como en este procedimiento sancionador -copias de los correos electrónicos intercambiados sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos, en relación con la aplicación de condiciones de alto coste y cláusulas de permanencia a circuitos de zona A solicitados por BT- (Documento nº 10). De ellos, se desprende que BT aceptó la aplicación de las condiciones de alto coste y/o aplicación de cláusulas de permanencia, establecidas por Telefónica para la provisión de circuitos de zona A, a pesar de mostrar, con carácter general, su disconformidad con dichas condiciones.

Esta conducta de BT se debió, principalmente, a que solicitaba que se le proveyera el servicio a su cliente lo antes posible, ya que se ha comprobado que Telefónica, en un 65% de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos de zona A que ofreció proveer en condiciones de alto coste, comunicó a BT dicha circunstancia en un plazo superior a 15 días naturales. El plazo medio fue de 29 días y llegó a demorarse hasta en 379 días naturales para comunicárselo⁴. Además, en dichas comunicaciones también indicaba la utilización de paradas de reloj, a efectos del cómputo del plazo para la entrega del circuito.

En el año 2011 BT comenzó a mostrar su disconformidad con las soluciones que le comunicaba Telefónica para la provisión de los circuitos de zona A, principalmente, por la aplicación de cláusulas de permanencia que consideraba desproporcionadas, así como con el plazo que tardaba Telefónica en comunicar las condiciones de alto coste. Posteriormente, durante los años 2012 y 2013, ante las comunicaciones de Telefónica de aplicación de condiciones de alto coste, BT solía contestar a Telefónica que, como había indicado en otras ocasiones, *“en la mayoría de los casos, no tendríamos*

³ Los cuatro circuitos restantes se encontraban, durante la tramitación del conflicto, en los estados de pendiente de entrega o en parada de reloj.

⁴ **[CONFIDENCIAL]** circuito]

problemas en aceptar la solución técnica que proponéis⁵, para que no tengáis que hacer frente a la inversión que requería dar el circuito como establece la regulación, pero el resto de condiciones (precio, SLAs, etc) deben ser los regulados”, a pesar de aceptar finalmente la provisión de los circuitos en condiciones no reguladas, debido a que su cliente también las aceptaba o porque era urgente entregarle el servicio ante el riesgo de perder el cliente⁶.

Finalmente, el plazo medio de entrega de los circuitos de zona A por parte de Telefónica, sobre los que se dispone de datos de la fecha de solicitud y de entrega ([CONFIDENCIAL] circuitos proveídos en condiciones de alto coste y aceptados por BT), ha sido de 129 días naturales⁷, plazo que excede del regulado para circuitos de zona A, como posteriormente se analizará.

II.-Conducta de Telefónica con respecto a Vodafone

Según los datos que constan en el expediente, Telefónica comunicó a Vodafone la provisión de circuitos Ethernet de zona A, en condiciones de alto coste (sobrecostes, plazos de comunicación y entrega y paradas de reloj) y/o con aplicación de cláusulas de permanencia, solicitados entre enero y mayo de 2014, en un total de [CONFIDENCIAL] circuitos, sobre un total de [CONFIDENCIAL]. Los motivos utilizados por Telefónica para justificar la aplicación de estas condiciones fueron: (1) la falta de acometida en dependencias del cliente y (2) la falta de fibras o de capacidad de transmisión entre centrales.

De los citados [CONFIDENCIAL] circuitos Ethernet de zona A, Vodafone ha comunicado que [CONFIDENCIAL] resultaron anulados; para [CONFIDENCIAL] de ellos, *“debido a los dilatados plazos de implementación el cliente finalmente decidió cancelar la instalación”*. En concreto, según datos proporcionados por Vodafone, el plazo medio de entrega de los circuitos, que

⁵ Cuando Telefónica comunicaba a BT la aplicación de condiciones de alto coste debido a la falta de fibras entre centrales, dicha operadora solía proponer a BT la entrega del tramo inter-central mediante otra solución técnica distinta a la fibra óptica (JDS o SDH en inglés). En estos casos Telefónica además aplicaba una cláusula de permanencia para poder provisionarle el circuito.

⁶ A este respecto, otras de las respuestas de BT a las condiciones de alto coste comunicadas por Telefónica eran: *“Dada la necesidad de entrega del circuito y la imposibilidad de demorarlo más o asumir el coste total de la instalación de la fibra ofertado, aunque entendemos que la solución adecuada sería la entrega según los requerimientos de la ORLA Ethernet”, o “Buenos días. Confirmamos que se acepta el alto coste para la instalación de este circuito únicamente en base a la urgencia de dar servicio a nuestro cliente, pero en desacuerdo con la aplicación de este alto coste por no corresponderse con la regulación, por lo que solicitamos por favor reactivéis la entrega a la mayor brevedad”*.

⁷ Para el cálculo del plazo medio de entrega de los circuitos se han tomado en cuenta las fechas de solicitud que se consensuaron durante la tramitación del expediente CNF/DTSA/2494/13, a raíz de la información aportada por ambos operadores (BT y Telefónica), que además son más beneficiosas para Telefónica que las comunicadas por BT en el presente procedimiento.

fueron provisionados ([**CONFIDENCIAL**]), fue de 131 días naturales. (Documento nº 21).

Vodafone también ha aportado copia de algunos correos intercambiados con Telefónica, en relación con las comunicaciones sobre la aplicación de condiciones de alto coste para la provisión de los circuitos, de los que se constata que el patrón seguido por Telefónica fue aplicar sobrecostes a Vodafone bien por falta de acometida en domicilio del cliente ([**CONFIDENCIAL** circuitos]) o por falta de fibras inter-centrales ([**CONFIDENCIAL** circuitos]).

Con respecto al resto de circuitos ([**CONFIDENCIAL**]), Telefónica no llegó a aplicar un sobrecoste a Vodafone, ya que el servicio se lo terminó proveyendo a través de una solución MAN (Metropolitan Area Network) de circuitos Ethernet de calidad de nivel 2⁸ para tramos inter-centrales. Además, cuando aplicaba esta solución, tal y como se descubrió en el seno del conflicto de acceso entre ambas compañías y se ha corroborado en este expediente, Telefónica condicionaba la provisión del circuito a la aceptación de cláusulas de permanencia de 12, 18 y 36 meses.

En cuanto a los plazos de comunicación de alto coste, de los datos obrantes en el expediente se concluye que Telefónica tardó hasta 60 días naturales en comunicar a Vodafone las condiciones del alto coste y/o la aplicación de cláusulas de permanencia, junto con la solución MAN de nivel 2. El plazo medio de comunicación ha sido de 21 días naturales.

De los citados correos se observa que, sobre un circuito [**CONFIDENCIAL**], que se solicitó por primera vez el 2 de diciembre de 2013, Telefónica propuso parada de reloj hasta que el cliente tuviera infraestructura (falta de acometida hasta el cliente). Cuatro meses después, Vodafone indica que “(...) cuando se solicitó a TESA que quitase la parada (de reloj) éste nos informó que había cancelado la provisión con lo que tuvimos que solicitar de nuevo la línea)⁹. El 23 de abril de 2014, Telefónica le comunicó a Vodafone la aplicación de un “sobrecoste en acometida” para poder provisionar el circuito. Sin embargo Vodafone no quería asumir dicho sobrecoste, tal y como puso en conocimiento dentro de la compañía y finalmente Vodafone comunicó a esta Comisión que este circuito no se llegó a provisionar.

Con respecto al resto de circuitos solicitados por Vodafone, sobre los que Telefónica comunicó la aplicación de condiciones de alto coste, se ha comprobado que, si bien Vodafone durante febrero y marzo de 2014 aceptó la aplicación de dichas condiciones, sin mostrar su desacuerdo a Telefónica, en

⁸ El servicio mayorista Ethernet es una oferta de calidad de nivel 1, según lo dispuesto en la ORLA.

⁹ Este circuito fue posteriormente solicitado el 9 de abril de 2015.

abril de 2014 Vodafone ya indicaba en sus respuestas a Telefónica su disconformidad.

En concreto, en relación con la aplicación de sobrecostes por falta de acometida en cliente, para la provisión de un circuito solicitado el 27 de febrero de 2014, dicha operadora manifestó que *“Como ya os hemos comentado con anterioridad, la aplicación de sobrecostes en Zona A es una vulneración de la regulación vigente y pese a ello nos habéis confirmado su aplicación (sobrecoste por acometida) para este circuito. Lamentablemente, los plazos y las necesidades del cliente no nos dejan más alternativa que aceptar el sobrecoste si no queremos perder el cliente”*. A continuación, Vodafone le instaba a que continuara los trabajos y levantara la parada de reloj. Finalmente, dicho circuito fue también anulado a instancia del cliente por el dilatado plazo trascurrido para instalarle el circuito, según ha indicado Vodafone.

Además, en mayo y junio de 2015, en aquellos casos en los que Telefónica proponía una solución MAN, para proveer el tramo inter-central del circuito, así como una cláusula de permanencia, Vodafone añadía, a lo ya respondido a Telefónica en abril de 2014, que *“(…). Lamentablemente, los plazos y la necesidad del cliente no nos dejan más alternativa que aceptar el sobrecoste (la solución MAN que no está regulada y que implica permanencia) si no queremos perder al cliente. La utilización de la MAN en este caso no presupone que vayamos a aceptarla con carácter general cada vez que nos trasladéis un sobrecoste en un circuito de Zona A”*.

Finalmente, en relación con los datos aportados por Vodafone cabe indicar que, tal y como se menciona en el Antecedente de Hecho Noveno, el 18 de febrero de 2015 Vodafone comunicó a este organismo que habían llegado a un acuerdo global con Telefónica y Telefónica Móviles España, S.A.U. Por ello, esta operadora manifiesta que, si bien *“las condiciones de provisión de determinados circuitos ORLA podrían ser, en el momento en que se presentó la denuncia, justificativas de la iniciativa adoptada, con posterioridad las actuaciones de Telefónica de España conjuntamente con el acuerdo global alcanzado el 12 de febrero, han hecho que aquellas hayan de ser consideradas correctas y admisibles para las partes”*. En virtud de ello, Vodafone decidió no reclamar a Telefónica cantidad alguna en relación con la devolución de los sobrecostes cobrados por los circuitos de zona A solicitados, pese a que la CNMC reconoció en su Resolución de fecha 10 de febrero de 2015 que se habrían cobrado de forma indebida en atención a lo previsto en la ORLA.

La existencia del citado acuerdo global, posterior a la apertura del presente procedimiento, no obsta para analizar la conducta que ha mantenido Telefónica en relación con el incumplimiento de las sucesivas resoluciones dictadas por la CMT de aprobación de la ORLA. Por esta razón, los hechos probados y constatados en la presente resolución, en relación con los circuitos de zona A

solicitados por Vodafone, serán tenidos en cuenta a la hora de valorar la tipicidad de la conducta de Telefónica y su culpabilidad.

III.- Conducta de Telefónica con respecto a Jazztel

De los datos presentados por Jazztel, cotejados por Telefónica durante la instrucción de este expediente, en relación a los circuitos Ethernet de zona A solicitados, entre octubre de 2010 y mayo de 2014, se ha podido comprobar que Telefónica inicialmente comunicó a Jazztel la aplicación de condiciones de alto coste sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos, aunque finalmente acabó aplicando dichos altos costes sobre **[CONFIDENCIAL]**. Asimismo, sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos Telefónica también comunicó y aplicó a Jazztel cláusulas de permanencia¹⁰. Finalmente, también se ha probado que Jazztel acabó cancelando o anulando **[CONFIDENCIAL]** circuitos del total de los referidos **[CONFIDENCIAL]**. Los motivos alegados por Telefónica coinciden con los analizados para BT y Vodafone: (i) falta de acometida hasta el cliente y/o (ii) falta de fibras inter-centrales.

Para su acreditación, Jazztel ha presentado correos electrónicos y burofaxes enviados a Telefónica, a través de los cuales ha estado reclamando la aplicación de las referidas condiciones sobre circuitos de zona A. De los correos se desprende que si bien Jazztel aceptó en alguna ocasión los sobrecostes y otras condiciones que le aplicaba Telefónica para poder provisionarle el circuito de zona A, ya en diciembre de 2013 y febrero de 2014 reprochaba a Telefónica que le aplicara un sobrecoste cuando le solicitaba un circuito en zona A. Telefónica ante estas reclamaciones, contestaba que *“en un servicio de alquiler de infraestructuras como es éste, Telefónica no debe asumir la inversión necesaria para provisionar el circuito a vuestro cliente. Por ese motivo se os traslada el coste de acometida que corresponda, independientemente de que la zona de cobertura del cliente sea A o B”*.

Posteriormente, en marzo de 2014 Jazztel le indicó que la aceptación de algún sobrecoste no iba a ser lo habitual, por los compromisos adquiridos con el cliente. Asimismo, Jazztel también le manifestó que la propia CMT le había indicado que *“cuando se elaboró la ORLA se sabía que podría darse este caso (que Telefónica tuviera que incurrir en costes adicionales de acometida hasta el cliente) pero que consideraron que sería un mínimo, por lo que se decidió que los sobrecostes en Zona A no eran trasladables al otro operador”*. Por ello, entendían que no debía aplicarse un sobrecoste y solicitaba el levantamiento de la parada de reloj activada por Telefónica.

Además, para evitar los sobrecostes motivados por falta de fibra inter-central o de acometida hasta el cliente, era Jazztel y no Telefónica quien proponía que le

¹⁰ Se ha comprobado que sobre **[CONFIDENCIAL]** circuito de los comunicados por Jazztel, Telefónica al final no aplicó altos costes ni cláusulas de permanencia comunicados al solicitar el servicio **[CONFIDENCIAL]**. Pero este circuito sí que se computará a los efectos de analizar el plazo de comunicación de alto coste y de provisión del circuito.

provisionara los circuitos a través de la MAN de menos de 35 Km, como se ha podido comprobar en **[CONFIDENCIAL]** circuitos solicitados en enero y marzo de 2014. A este respecto, cabe indicar que Telefónica también proponía a Jazztel provisionarle el servicio, cuando no disponía de fibra óptica inter-central, a través de su red de transporte tradicional de nivel 1 (JDS) aunque cobrándole un sobrecoste en relación al precio regulado en la ORLA.

También se ha acreditado que, el 26 de mayo de 2014, Jazztel le envió a Telefónica un burofax por el que le solicitaba la rectificación de los sobrecostes aplicados sobre tres circuitos de zona A, que había abonado debido a la urgencia que le suponía la contratación de los circuitos y el acceso a los mismos. Finalmente, el 4 de noviembre de 2014, Jazztel volvió a enviar a Telefónica un correo electrónico en el que le reiteraba la devolución de los sobrecostes aplicados sobre los referidos tres circuitos de zona A. En este correo, Jazztel manifestaba que ya en diciembre de 2013 le solicitó mediante burofaxes *“la corrección de los presupuesto en los que se daba esta casuística, sin que Telefónica se aviniera a suprimir los sobrecostes asociados a circuitos ORLA situados en Zona A. En dichos burofaxes, además, Jazztel dejaba constancia de su disconformidad con los sobrecostes repercutidos, informando de que haría efectivo el pago de estos importes únicamente por la necesidad de contratación de los circuitos”*.

Por lo que respecta al tiempo de comunicación de los sobrecostes y/o aplicación de cláusulas de permanencia, cabe indicar que también a través de los correos aportados por Jazztel, se acredita que en diciembre de 2013 esta operadora recriminó a Telefónica que le comunicara la existencia de sobrecostes cuando ya debía de estar provisionando el circuito puesto que lo solicitó en octubre de ese año. El plazo medio de comunicación del alto coste por parte de Telefónica fue de 28 días naturales, llegando a tardar hasta 89 días naturales para comunicar dicha circunstancia, por falta de acometida del cliente, y luego proveer el servicio en 8 días naturales, es decir, en un total de 97 días desde su solicitud.

Con respecto al plazo de provisión, se ha detectado que en relación con el plazo de entrega de los circuitos finalmente aceptados por Jazztel, salvo **[CONFIDENCIAL]** circuito, que fue entregado dentro del plazo de 60 días naturales, el resto de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos se proveyeron en plazos superiores a 97 días naturales, llegando hasta los 276 días naturales¹¹. De hecho, el plazo medio de entrega de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos fue de 139 días naturales.

Finalmente, cabe señalar que Jazztel también reclamaba a Telefónica la imposición de cláusulas de permanencia elevadas (36 meses) por lo que intentaba que Telefónica le diera otra oferta con permanencias no superiores a

¹¹ **[CONFIDENCIAL]** Circuito]

12 meses, debido a que dichas condiciones debía aceptarlas el cliente. Esto ocurrió con [CONFIDENCIAL] circuitos solicitados en mayo de 2014, que Jazztel finalmente no llegó a aceptar en junio y julio de 2014. En otra ocasión Jazztel decidió aceptar la cláusula de permanencia (ej. 18 meses) para evitar el sobrecoste que Telefónica le aplicaba para provisionarle [CONFIDENCIAL] circuito de zona A.

IV.- Conducta de Telefónica con respecto a los tres operadores

Por último, se ha constatado una conducta común de Telefónica frente a estos tres operadores cada vez que les comunicaba la aplicación de condiciones de alto coste y/o de cláusulas de permanencia para la provisión de los circuitos de zona A. Dicha conducta consistía en utilizar el mecanismo de parada de reloj, a los efectos de suspender el cómputo del plazo de provisión de los servicios, y mantener esta suspensión hasta que BT, Jazztel y Vodafone contestasen aceptando la provisión de los circuitos en las citadas condiciones proporcionadas por Telefónica.

A este respecto, en la Resolución que puso fin al conflicto de acceso existente entre Vodafone y Telefónica (expediente CNF/DTSA/1189/14) se determinó que:

“todos los circuitos notificados por Vodafone son de zona A y, por tanto, no puede aplicarse sobre éstos situaciones de alto coste. Sin embargo, en los correos aportados por Vodafone se ha constatado que Telefónica le ha estado aplicando la referida parada de reloj al comunicarle indebidamente que dichos circuitos debían ser calificados de alto coste.

Telefónica no debería haber cargado a Vodafone un sobrecoste para la provisión de dichos circuitos, ni haber utilizado la parada de reloj asociada a la comunicación de circuitos de alto coste. En consecuencia, tal como indica Vodafone, las paradas de reloj aplicadas por este motivo deben descontarse del plazo de provisión, que en el caso de circuitos provistos en zona A se debe corresponder con el plazo estándar, siendo de aplicación las penalizaciones que pudieran dar lugar por incumplimiento de este plazo de entrega, de conformidad con las reglas para el cálculo de penalizaciones establecidas en la ORLA”.

La aplicación de estas paradas conllevó a un aumento en el plazo de provisión de los circuitos a las tres empresas, siendo los tiempos de provisión en la mayor parte de los casos muy elevados, alcanzándose valores de entre los 6 meses y un año, tal y como se ha determinado para cada operador.

Finalmente, resta señalar que la realización de las actuaciones de Telefónica citadas en el presente Hecho Probado, que ha seguido en relación con varios

operadores que operan en el mercado de empresas, ha sido corroborada por ASTEL a través de un escrito, de 23 de mayo de 2014¹², en el que indicó que:

“TESAU incumple sistemáticamente lo establecido en la ORLA relativo a la posibilidad de establecer costes adicionales por indisponibilidad de recursos.

Actualmente la ORLA establece nítidamente que TESAU solo puede aplicar un coste adicional cuando se cumplen tres requisitos (i) el circuito Ethernet se encuentra en cobertura B, (ii) es imprescindible llevar a cabo una acometida en casa del cliente y (iii) que TESAU lo haya notificado al operador en un plazo de 15 días naturales desde la solicitud del circuito, aportando toda la documentación acreditativa correspondiente.

TESAU está incumpliendo dichas obligaciones, solicitando costes adicionales en zonas de cobertura A, igualmente por indisponibilidad de medios de transmisión y no respetando dicho plazo ni documentación”.

SEGUNDO.- Para la provisión de determinados circuitos Ethernet de zona B solicitados por BT y Jazztel, entre octubre de 2010 y septiembre de 2014, Telefónica ha estado (i) aplicando condiciones de alto coste ante situaciones de falta de fibras entre centrales y/o (ii) aplicando cláusulas de permanencia, (iii) aplicando soluciones MAN para circuitos de menos de 35 Km, y (iv) comunicando, con carácter general, el alto coste de los circuitos pasados 15 días naturales. Esta actuación se desplegó hasta el 23 de octubre de 2014.

I.- Conducta de Telefónica con respecto a BT

Con respecto a los circuitos asociados a centrales de cobertura B solicitados por BT, se ha podido comprobar que sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos solicitados por BT a Telefónica, durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y noviembre de 2013, dicha operadora aplicó a BT condiciones de alto coste (sobrecostes) y/o cláusulas de permanencia, como consecuencia de la falta de fibras inter-centrales para provisionarle los servicios solicitados.

De dichos circuitos, según datos obtenidos en el conflicto de acceso, BT acabó aceptando **[CONFIDENCIAL]** circuitos y anulando **[CONFIDENCIAL]¹³**, no obstante, según ha informado este operador, se ha conocido que uno de los circuitos aceptados, sobre el que Telefónica propuso a BT una solución de nivel 2 (MAN) para proveerle el servicio, ha sido también finalmente anulado.

¹² Ver Antecedente de Hecho Octavo.

¹³ Los otros **[CONFIDENCIAL]** circuitos se encontraban en parada de reloj a fecha de resolución del conflicto.

La aplicación de los sobrecostes por parte de Telefónica fue motivada (i) por la falta de acometida hasta el cliente y de fibras inter-centrales ([CONFIDENCIAL circuitos]), o (ii) solo por la falta de fibras inter-centrales ([CONFIDENCIAL circuitos]).

Además, los datos de los circuitos obrantes en el expediente CNF/DTSA/2494/1 fueron cotejados y reconocidos por parte de Telefónica y también han sido probados a través de los correos electrónicos intercambiados entre BT y Telefónica en relación con [CONFIDENCIAL] circuitos aceptados por BT. De dichos correos se ha podido extraer que sobre [CONFIDENCIAL] de estos circuitos, al igual que sucedía con los circuitos de zona A analizados en el Hecho Probado Primero, BT acababa aceptando las condiciones que le ofrecía Telefónica para que le provisionara el servicio, debido a la urgencia que tenía en proporcionar los circuitos a sus clientes, pero mostraba su disconformidad con la aplicación de sobrecostes.

Asimismo, BT reclamaba a Telefónica que le aplicase cláusulas de permanencia, añadidas a los sobrecostes, superiores a 12 meses, ya que las consideraba desproporcionadas y estaban sujetas a la aceptación por el cliente -por regla general Telefónica ofrecía a BT aplicar permanencias en la contratación de los circuitos de 18, 24 y 36 meses-. Finalmente, BT manifestaba a Telefónica que no tenía problemas en aceptar las soluciones técnicas alternativas que le proponía, para evitar la aplicación de los sobrecostes (fundamentalmente red de transporte tradicional SDH) -a la provisión del circuito mediante fibra óptica-, pero pedía la aplicación de los precios y el acuerdo de nivel de servicios regulados en la ORLA.

En relación con uno de los circuitos aceptado por BT, [CONFIDENCIAL con código administrativo], cabe indicar que este operador ha aportado una copia de un proyecto específico de la valoración económica del circuito que Telefónica elaboró para BT, en el que se detalla un acuerdo de la oferta de condiciones de provisión del referido circuito, incluyendo las condiciones de contratación. Los precios y cláusula de permanencia que constan en dicho acuerdo de oferta coinciden con las condiciones de alto coste aceptadas por BT para la provisión del circuito, a través de un correo electrónico.

En relación con los plazos de comunicación de provisión del circuito en condiciones de alto coste, se ha constatado que, sobre [CONFIDENCIAL] circuitos solicitados por BT Telefónica, se puso en contacto con dicho operador en un plazo superior a 15 días naturales. El plazo medio de comunicación de las condiciones de alto coste, tomando de referencia los [CONFIDENCIAL] circuitos solicitados, fue de 23 días naturales. Sin embargo, teniendo en cuenta los citados [CONFIDENCIAL] circuitos en los que se superó el plazo regulado de 15 días, el plazo medio de comunicación fue de 35 días naturales-. En uno de esos circuitos se llegó a tardar hasta 75 días naturales.

Por último, respecto a los plazos de provisión de los circuitos de zona B, se dispone de las fechas de entrega relativas a **[CONFIDENCIAL]** circuitos. De estos datos se ha obtenido que el plazo medio de entrega de los circuitos de zona B a los que se le aplicó sobrecoste y/o cláusulas de permanencia fue de 110 días naturales, llegando a tardar hasta 203 días naturales en proveer **[CONFIDENCIAL]** de los citados circuitos.

II.- Conducta de Telefónica con respecto a Jazztel

Sobre los circuitos Ethernet de zona B presentados por Jazztel y cotejados por Telefónica en fase de instrucción, se constata que Telefónica aplicó sobre **[CONFIDENCIAL ¹⁴]** circuitos, solicitados entre diciembre de 2010 y septiembre de 2014, altos costes y/o cláusulas de permanencia para proceder a su entrega. De dichos datos se observa que para **[CONFIDENCIAL ¹⁵]** circuitos, solicitados por Jazztel en enero de 2013 y marzo de 2014, los sobrecostes fueron aplicados por Telefónica debido sólo a la falta de acometida hasta el cliente. Asimismo, tampoco sobre estos circuitos Telefónica aplicó cláusula de permanencia. No obstante, sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos Telefónica comunicó la situación de alto coste a Jazztel en el plazo de 31 días naturales, sobrepasando en consecuencia el plazo regulado de 15 días.

Sobre el resto de circuitos solicitados por Jazztel, **[CONFIDENCIAL]**, Telefónica aplicó soluciones MAN de nivel 2 para circuitos de menos de 35 Km y cláusulas de permanencia de 12, 18, 24 y 36 meses, justificado en la falta de fibras entre centrales.

Por lo que respecta a los plazos de comunicación de alto coste, como se acaba de señalar, para uno de los circuitos sobre los que Telefónica aplicó sobrecostes por falta de acometida hasta el cliente, dicha comunicación se realizó por encima de los 15 días naturales regulados, al igual que ha sucedido con respecto a **[CONFIDENCIAL]** circuitos. El plazo medio de comunicación de los altos costes ha sido de 26 días, tomando en cuenta los circuitos solicitados por Jazztel en el periodo considerado, sobre los que se aplicó condiciones de alto coste [CONFIDENCIAL].

En cuanto al plazo de entrega de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos citados sobre los que se aplicó alto coste por falta de fibra inter-central, cabe indicar que Telefónica provisionó estos circuitos en el plazo medio de 86 días. En particular, solo [CONFIDENCIAL] circuitos fueron provistos en menos de 60 días.

Asimismo, de los correos aportados por Jazztel se ha constatado que esta operadora aceptó para todos los circuitos las condiciones propuestas por

¹⁴ Según datos proporcionados por Jazztel y cotejados por Telefónica uno de estos circuitos, solicitado en septiembre de 2014 se encuentra pendiente de facturar.

¹⁵ Con números administrativos **[CONFIDENCIAL y]**.

Telefónica o las que planteaba la propia Jazztel para intentar bajar los sobrecostes y/o los plazos de permanencia, por petición del cliente o por razones de urgencia en la provisión del circuito.

Por último, interesa señalar los correos intercambiados entre estos dos operadores sobre uno de los circuitos, **[CONFIDENCIAL]**, donde Jazztel manifestaba que no entendía la aplicación de sobrecostes, ya que se estaba proponiendo proveer mediante una solución MAN para el tramo inter-central. En este caso Telefónica le respondía que se debía a que la longitud del circuito era de zona 3, y que no influía en el precio ofrecido (cuota de alta y mensual más cláusula de permanencia) si la central del circuito era de cobertura A o B.

Esto demuestra, como también se ha comprobado al analizar los correos electrónicos de Jazztel en el Hecho Probado Primero, que con independencia de la regulación establecida en la ORLA, que es diferente en función de que los circuitos se encuentren en zona A o B, Telefónica aplicaba a Jazztel condiciones de alto coste y/o cláusulas de permanencia ante situaciones no contempladas en la ORLA para la negociación de las condiciones de alto coste entre los operadores, como es la falta de fibras inter-centrales.

TERCERO.- Con carácter general, Telefónica no aportaba a los operadores BT, Jazztel y Vodafone información suficientemente desglosada en relación con los altos costes que les comunicaba aplicar sobre los circuitos solicitados, que han sido analizados en los Hechos Probados Primero y Segundo.

Como se concluyó en el expediente CNF/DTSA/2494/13 y se ha podido acreditar en este procedimiento, con carácter general Telefónica no aportaba información suficientemente desglosada, sobre las actuaciones que necesitaba realizar para provisionar el servicio en condiciones no reguladas de alto coste.

Así, en los formularios de detalles del sobrecoste que enviaba Telefónica y que constan en el expediente, se acredita que esta operadora indicaba el número administrativo del circuito, el importe del sobrecoste y el motivo que originaba éste con indicaciones como, por ejemplo: *“Trabajos requeridos para tendido de fibra óptica en acometida (1,5 Km por canalización) necesarios para acceder a las dependencias del cliente de operador desde salida de la central”, o “Acometida de fibra a cliente de Operador + FO desde Central cliente hasta Central de Agregado de Operador con fibra urbana y provincial de la red de Telefónica”.*

De las copias de los correos electrónicos aportados por ambos operadores se acredita que, en la mayoría de los casos, Telefónica, tras la solicitud del circuito por parte de BT y Jazztel, únicamente les mandaba la siguiente información:

“Debido a la indisponibilidad de medios en un tramo intermedio del trazado del circuito citado en Asunto, para poder ofrecerlo de acuerdo a la ORLA E y

teniendo en cuenta que la ampliación en este tramo no está prevista en los planes de despliegue de FO actuales de Telefónica, ofrecemos la siguiente alternativa a través de medios de transporte de la red de Telefónica. Adicionalmente, es necesario realizar trabajos para construir una nueva acometida al cliente: (...)” o “Ante la inexistencia de medios para provisionar este circuito por FO directa, se proponen las siguientes ofertas alternativas:

*Por la MAN: con cuotas de ORLA-E, con un compromiso de permanencia mínimo de 12 meses C. alta: (...) € C. mes: (...) €/mes
Permanencia: >12 meses*

*Por JDS:
C. alta: (...) €
C. mes: (...) €/mes
Permanencia: 18 meses.”*

Este hecho también se ha constatado a través de la información proporcionada por los operadores en relación con los circuitos de zona A. Con carácter general, las comunicaciones de alto coste enviadas por Telefónica a Vodafone, por falta de fibra inter-central para provisionar el circuito de zona A, eran “*Ante la inexistencia de infraestructuras necesarias en un tramo del trazado para constituir el circuito (...), conforme al modelo de provisión regulado ORLA-E, y al no estar contemplada en los planes de despliegue de fibra de Telefónica la ampliación de este tramo intermedio, se ofrece como alternativa la provisión del circuito a través de la red de transporte de Telefónica, con las siguientes cuotas:*

*C. alta: (...) €
C. mes: (...) €
Permanencia: 18 meses*

Esperamos vuestro ok para levantar la parada de reloj y continuar así la provisión”.

También cabe indicar que, en algunos casos, Telefónica, principalmente por falta de acometida hasta el cliente para provisionar el circuito, se encontraría éste en zona A o B, proporcionaba alguna información adicional a los operadores, como por ejemplo, los kilómetros del nuevo tendido de fibra o de la canalización a instalar y el tipo de trabajos a realizar (empalmes, fusión de fibras,...), pero sin desglosar el sobrecoste en función de cada una de las actuaciones que indicaba que debía realizar.

En la resolución que puso fin al citado conflicto de acceso entre BT y Telefónica se estableció que:

“Como modelo de información aportada que podría ser valorada como suficientemente detallada, para que el operador pueda valorar la oferta de Telefónica, sería la siguiente aportada para uno de los circuitos: «...el circuito del asunto de referencia se

ve afectado por un alto coste debido a la necesidad de instalar 280m de canalización y 8 postes, así como el tendido de 850m cable FO entre canalizado y aéreo. El coste estimado es de (...) EUR».

*Teniendo en cuenta únicamente los casos en los que la falta de acometida hasta el usuario final es citada por Telefónica como motivo para justificar el alto coste del circuito, de los **[Confidencial:]** circuitos que aparecen en las respuestas dadas, tanto por Telefónica como por BT, a los requerimientos de información realizados durante la instrucción de este expediente, se contabiliza que en **[Confidencial:]** circuitos la justificación del alto coste no aporta información alguna que permita a BT valorar la razonabilidad del precio. En conclusión, en la mayoría de casos, no ha suministrado la información adecuada incumpliendo con las disposiciones establecidas en la ORLA sobre las condiciones de provisión de los circuitos de alto coste”.*

Esta declaración se confirma en el presente expediente: las comunicaciones examinadas carecen de la concreción necesaria para que el operador alternativo pueda conocer la necesidad de pagar circuitos de altos costes.

CUARTO.- Conclusiones de los Hechos Probados

Según los Antecedentes y Hechos Probados descritos, se considera acreditado que al menos hasta el 23 de octubre de 2014, en el caso de BT y Jazztel y hasta el 10 de febrero de 2015, en el caso de Vodafone, Telefónica ha estado aplicando, sobre los circuitos de zona A solicitados por estos operadores entre octubre de 2010 y mayo de 2014 mencionados en el Hecho Probado Primero, condiciones distintas a las establecidas en el acuerdo de nivel de servicios regulado en la ORLA-E.

Ello se concluye porque Telefónica, con carácter general, sobre los circuitos analizados a estos operadores (i) aplicaba sobrecostes sobre los precios regulados en la ORLA y/o (ii) aplicaba cláusulas de permanencia de 12, 18, 24 o 36 meses, (iii) comunicaba la existencia de altos costes, en la mayoría de los casos, pasados 15 días naturales, (iv) proveía los circuitos desde su solicitud en una media de entre 129 o 131 días, (v) aplicaba paradas de reloj hasta que los operadores le comunicaran su conformidad con los altos costes y (vi) proveía sobre los circuitos, en los que no existían fibras entre centrales, soluciones MAN de nivel 2 con independencia de los kilómetros del circuito.

Se considera acreditado que esta última conducta también se producía ante la comunicación de altos costes de los circuitos de zona B solicitados por los operadores BT y Jazztel.

Asimismo, se ha demostrado que, para la provisión de los circuitos Ethernet de zona B, analizados en el Hecho Probado Segundo, que fueron solicitados por los operadores BT y Jazztel, entre octubre de 2010 y septiembre de 2014, con carácter general Telefónica ha estado (i) aplicando condiciones de alto coste ante situaciones de falta de fibras entre centrales, además de (ii) imponiendo

cláusulas de permanencia, (iii) comunicando la situación de alto coste en un plazo superior a 15 días naturales, y (iv) proveyendo los circuitos en una media de entre 86 o 110 días naturales.

Finalmente, tal y como se expone en el hecho probado tercero, se ha comprobado que, con carácter general, Telefónica no aportaba información suficientemente desglosada a los tres operadores (BT, Vodafone y Jazztel) en relación con los altos costes que les comunicaba aplicar sobre los circuitos solicitados, ya estuvieran estos asociados a centrales de zona A o B, que les permitiera valorar su razonabilidad.

En conclusión, se ha acreditado que Telefónica aplicó condiciones distintas a las reguladas en la ORLA-E para la provisión de los circuitos solicitados por BT, Jazztel y Vodafone, tanto de zona A como B, analizados a lo largo de los tres Hechos Probados, desde octubre de 2010 y hasta el 23 de octubre de 2014, respecto de BT y Jazztel y, hasta el 10 de febrero de 2015, respecto de Vodafone. Ambas fechas son las de resolución de los conflictos de acceso y de respuesta a la consulta de Jazztel, que estas operadoras interpusieron debido a la conducta seguida por Telefónica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, LCNMC), señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Es competente para su resolución la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 27 y 29.1 de la LCNMC.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimientos la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Telefónica ha incumplido las resoluciones de la CMT que aprobaban las diferentes versiones de la su oferta mayorista ORLA.

III. Tipificación de los hechos probados: incumplimiento de la ORLA.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que calificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que llevase a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

La LGTel de 2014, por su parte, tipifica en su artículo 76.12 la misma conducta, al calificar como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medias cautelares dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en material de comunicaciones electrónicas.

Al haber finalizado la conducta sancionada durante la vigencia de la LGTel de 2014, y al no existir ninguna diferencia entre ambos preceptos en lo que se refiere a la clasificación de la infracción ni de las sanciones a imponer que justifique la aplicación de la norma sancionadora más favorable, procede calificar la conducta como una infracción de las previstas en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014

En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Segundo del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el expediente se incoó contra Telefónica debido a *“(...) la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet, tanto asociados a centrales de zona A como B, conforme a lo dispuesto en la ORLA para ambos tipos de circuitos (por el tratamiento de los circuitos ORLA-E en zona A como de alto coste, alto coste en zona B debido a indisponibilidad de medios intercentral, plazos excesivos para la comunicación de la fecha de entrega del circuito, falta de información desglosada que permita analizar a BT la razonabilidad del precio propuesto por Telefónica e imposición de cláusulas de permanencia).*

Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (artículo 76.12 de la vigente LGTel).”

A continuación se detalla la regulación a la que está sujeta Telefónica, en cuanto operador declarado con poder significativo en el mercado de líneas alquiladas terminales mayoristas (mercado 6), sobre el que se han impuesto las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación anteriormente

referidas, que se han de garantizar, entre otras conductas, a través del cumplimiento de la ORLA.

1. Obligación de Telefónica de proporcionar circuitos Ethernet

El servicio mayorista de líneas alquiladas terminales pone a disposición de los operadores que las solicitan una capacidad de transmisión permanente hasta las dependencias de los usuarios finales conectándolos con los puntos de presencia de su red a través de la red de acceso de Telefónica. Una característica muy relevante del suministro de las líneas alquiladas es que no es un servicio de uso residencial. Su principal aplicación es conectar diferentes sedes de una empresa o institución.

De acuerdo con las resoluciones aprobadas por la CMT sobre las tres revisiones que se han llevado a cabo del mercado 6, Telefónica tiene la obligación de suministrar a otros operadores circuitos Ethernet en base a las condiciones técnicas y económicas establecidas en la ORLA.

El apéndice 1B de la ORLA¹⁶ establece las centrales en las que Telefónica está obligada a suministrar circuitos Ethernet, que coinciden con aquellas en las cuales Telefónica está prestando servicios minoristas. Dichas centrales se encuentran divididas en dos zonas: (i) la zona A, que se corresponde con centrales con área de cobertura estándar, en las cuales existe una elevada disponibilidad de fibra óptica de acceso y que, por tanto, han de ser provistas aplicando los precios (calculados según una metodología retail minus y no de orientación a costes) y niveles de calidad regulados en el anexo 3 y en el apartado 4 de la ORLA, respectivamente, y (ii) la zona B, donde no se cumplen estas condiciones y para cuya provisión Telefónica ha de seguir una serie de principios regulados en dicha oferta mayorista.

El listado de centrales Ethernet ha de ser actualizado regularmente por parte de Telefónica, determinando unilateralmente la adscripción de dichas centrales a la zona A o zona B, según las condiciones establecidas en la ORLA para su clasificación. Telefónica debe comunicar dichas actualizaciones tanto a esta Comisión como a los operadores a los que suministra líneas alquiladas.

Como se ha señalado a lo largo de los dos hechos probados y a partir, en concreto, de los correos electrónicos analizados, se ha podido demostrar cómo Telefónica manifestaba a Jazztel que, con independencia de si el circuito Ethernet se encontraba asociado a una centra de zona A o B, ella le aplicaba las condiciones de alto coste que a continuación se analizarán.

¹⁶ Recogido tanto en la ORLA 2007 como en la ORLA 2010, esta última modificada el 18 de julio de 2013.

Esta conducta de Telefónica, consistente en decidir unilateralmente eludir la ORLA, afectó a Jazztel, BT y Vodafone, tal y como se ha comprobado en los citados hechos probados.

2. Niveles de calidad aplicables a la provisión de los circuitos en zona A

➤ Regulación aplicable

La **ORLA 2007**, en relación con los niveles de calidad de los servicios regulados en condiciones estándar en su apartado 4, establecía lo siguiente:

*“Se establecen los siguientes plazos de provisión de medios circuitos:
(...)”*

Interfaces Ethernet:

*Circuitos Ethernet: 60 días
Circuitos Fast Ethernet: 60 días”*

(...)”

El porcentaje de cumplimiento de estos plazos ha de ser superior al 85%. Dicho porcentaje se medirá de forma trimestral por cada operador. Telefónica de España deberá indicar el plazo de provisión del circuito y la fecha prevista de instalación en el momento de aceptar la solicitud del Operador. Para el 15% restante Telefónica de España podrá indicar unos plazos de provisión que no excedan el doble de los plazos recogidos anteriormente.

La fecha indicada por Telefónica en el momento de aceptar la solicitud debe considerarse como una primera estimación de la fecha de entrega. La fecha vinculante a efectos de entrega y penalizaciones asociadas en caso de incumplimientos debe ser facilitada por Telefónica como máximo transcurrido un 50% del plazo estándar para cada tipo de circuito¹⁷, redondeado el día a la baja. (...) Transcurrido el plazo establecido sin que Telefónica haya fijado la fecha vinculante, se asumirá que la misma vendrá dada por el plazo inicial comunicado por Telefónica o, en su defecto, por el plazo estándar (...)”

Por su parte, el apartado 4, punto 2, de la ORLA 2010, en términos similares a lo establecido en la ORLA 2007 sobre los niveles de calidad del servicio, establece lo siguiente para el plazo de provisión de todos los circuitos, tanto de zona A como de zona B, que no sean de alto coste:

“El plazo de entrega, de acuerdo a la definición de la Orden de Calidad, es el tiempo que transcurre desde el instante en el que el proveedor del servicio recibe una solicitud válida de suministro hasta que la línea o líneas, están disponibles para su uso y se ha notificado al solicitante.

¹⁷ Es decir, a los 30 días naturales desde la solicitud para los circuitos Ethernet.

Se establecen los siguientes plazos de provisión de medios circuitos:

(...)

Interfaces Ethernet:

Circuitos Ethernet (10Mb): 60 días

Circuitos Fast Ethernet (100 Mb): 60 días

Circuitos Gigabit Ethernet (1 Gb): 60 días¹⁸

El porcentaje de cumplimiento de estos plazos ha de ser superior al 85%¹⁹. Dicho porcentaje se medirá de forma trimestral por cada operador. Telefónica de España deberá indicar el plazo de provisión del circuito y la fecha prevista de instalación en el momento de aceptar la solicitud del Operador. Para el 15% restante Telefónica de España podrá indicar unos plazos de provisión que no excedan el doble de los plazos recogidos anteriormente.

La fecha indicada por Telefónica en el momento de aceptar la solicitud debe considerarse como una primera estimación de la fecha de entrega. La fecha vinculante a efectos de entrega y penalizaciones asociadas en caso de incumplimientos debe ser facilitada por Telefónica como máximo transcurridos 9 días naturales desde la solicitud del servicio para las líneas de nx64 Kbit/s y 15 días naturales para el resto de velocidades. En el caso de que se supere el plazo establecido sin que Telefónica haya fijado la fecha vinculante, se asumirá que la misma vendrá dada por el plazo inicial comunicado por Telefónica o, en su defecto, por el plazo estándar (...).

Sin perjuicio de las obligaciones existentes en cuanto a plazos vinculantes y penalizaciones asociadas, Telefónica deberá informar al operador de las circunstancias que se produzcan en la provisión que puedan suponer un retraso en la entrega".

Dado que la ORLA de 2010 –o la ORLA en vigor- no permite aplicar alto coste para circuitos en zona A, Telefónica tiene establecida la obligación de notificar la fecha vinculante de entrega de los circuitos Ethernet de cobertura A, sometidos a condiciones estándar, en un plazo máximo de 15 días naturales desde su solicitud.

Además, esta operadora tiene regulada la obligación de provisionar estos circuitos en un plazo máximo de 60 días naturales para el 85% de las solicitudes que reciba por operador dentro de cada trimestre; permitiéndole que para el 15% restante el plazo de provisión sea como máximo el doble del regulado (para los circuitos Ethernet hasta 120 días naturales). Si Telefónica no notifica la fecha vinculante de entrega dentro del plazo de 15 días naturales establecido para los circuitos Ethernet, el plazo de provisión del circuito, por defecto, ha de ser el regulado de 60 días naturales.

➤ Hechos probados y tipificación

¹⁸ En la ORLA 2007 los circuitos de 1 Gb no se encontraban aún regulados.

¹⁹ Siempre que el operador haya solicitado a Telefónica al menos 50 circuitos en uno o varios trimestres.

Vista la citada regulación establecida en ambas ORLA sobre los plazos de provisión y comunicación de la fecha vinculante de entrega de los circuitos estándar Ethernet, cabe indicar que, solo a **[CONFIDENCIAL]**²⁰ circuitos de zona A solicitados por los operadores BT y Jazztel con anterioridad a la entrada en vigor de la ORLA 2010, el 13 de diciembre de 2010, les es aplicable lo dispuesto en la ORLA 2007.

Sobre estos circuitos Ethernet Telefónica no informó sobre la fecha de entrega vinculante del circuito, sino que, dentro del plazo establecido para ello (30 días naturales desde la solicitud), esta operadora comunicaba las condiciones de sobrecostes y cláusulas de permanencia que les aplicaba para su provisión, ya que trataba estos circuitos de zona A como de alto coste, debido a la falta de acometida hasta el cliente y/o de fibras inter-centrales para poder provisionarles los servicios. Además, a pesar de que **[CONFIDENCIAL]** de dichos circuitos Ethernet fueron provisionados dentro del plazo establecido de 60 días naturales, los otros **[CONFIDENCIAL]** lo fueron en plazo superior (86 y 116 días naturales).

En consecuencia, no es posible considerar que para alguno de estos circuitos Telefónica haya cumplido con los niveles de calidad establecidos en la ORLA 2007 al tratarlo como circuitos de alto coste, cuando no concurrían las circunstancias que justificasen la inaplicación de los niveles de calidad regulados.

Es posible alcanzar la misma conclusión con respecto al resto de circuitos Ethernet de zona A solicitados por los tres referidos operadores, **[CONFIDENCIAL]**²¹, en relación con los niveles de calidad regulados en la ORLA 2010.

Ello porque, con carácter general, en el Hecho Probado Primero se ha determinado que Telefónica tampoco comunicaba la fecha vinculante de entrega en el plazo de los 15 días naturales, ya que lo que comunicaba a los operadores, además fuera de dicho plazo de 15 días naturales en media, eran las condiciones, entre otras, de altos costes, para poder provisionarles los circuitos Ethernet.

Además, en cuanto a los plazos de provisión de los circuitos de zona A también se ha acreditado en el Hecho Probado Primero que éstos han sido en media superiores a 120 días naturales para los circuitos de zona A analizados de los tres operadores. En concreto, sin tener en cuenta los citados circuitos a los que se aplica la ORLA 2007, los plazos medios de entrega de los circuitos ORLA 2010, por operador, fueron: 132 días para BT, 131 días para Vodafone y 153 días para Jazztel.

²⁰ **[CONFIDENCIAL]** de Jazztel y, y de BT]

²¹ **[CONFIDENCIAL]** de BT, de Vodafone y de Jazztel]

Finalmente, cabe apuntar que, debido a la aplicación de las citadas condiciones a los circuitos de zona A fuera de los niveles de calidad establecidos en la ORLA, los tres operadores tuvieron que anular determinados circuitos solicitados, con la consecuente pérdida de clientes empresariales que ello les supuso, tal y como se ha constatado en el Hecho Probado Primero.

3.Circunstancias justificativas de alto coste y principios regulados para la provisión de los circuitos de alto coste de zona B

➤ Regulación aplicable

En el apartado 3.1 de la ORLA se ha regulado una serie de circunstancias bajo las cuales ciertas solicitudes pueden conllevar un sobrecoste para el peticionario (denominado “alto coste”) al considerarse que para ellas las condiciones estándar pueden no ser razonables. Dicha calificación de alto coste conlleva el establecimiento de un precio superior para su provisión, así como un procedimiento específico para la notificación de dicha situación y negociación del precio final aplicado al circuito de alto coste.

En base a lo establecido en las ORLA de 2007 y 2010, cuando la central asociada a los circuitos Ethernet solicitados se encuentra en zona B, Telefónica puede, bajo determinadas situaciones, plantear a los operadores la condición de alto coste. En concreto ya en la ORLA 2007 se indicaba lo siguiente:

*“El apéndice 1B informa del tipo de cobertura prestada por cada central. El área de cobertura estándar se identifica como cobertura A. Para el área cubierta por las centrales identificadas como **cobertura B** ciertas solicitudes (principalmente por la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la **acometida de fibra en el domicilio del cliente**) pueden no ser razonables en las condiciones estándar reguladas por esta oferta”.*

Las situaciones y zonas en las que puede plantearse la condición de alto coste según lo establecido en la ORLA 2007 ha sido objeto de análisis por parte de la CMT a instancia de la propia Telefónica. En Resolución, de 7 de diciembre de 2010, relativa a la modificación de la ORLA de Telefónica (MTZ 2009/2042), dicha Comisión recordó a Telefónica lo siguiente²²:

“(…), puesto que la obligación de transparencia impuesta a Telefónica hace referencia expresa a la ORLA para las líneas Ethernet, conviene aclarar que, como se vio en la anterior revisión de la ORLA y dada la situación en el mercado minorista, Telefónica sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B.

²² Página 16 de la Resolución de 7 de diciembre de 2010.

En cuanto a las causas que pueden motivar la calificación de un circuito como de alto coste, se considera que la única causa que debe figurar en la ORLA como posible causante de alto coste es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

En particular, no debe incluirse en la ORLA la posibilidad de que un circuito sea de alto coste por la dedicación de fibras inter-centrales de la red de transporte nacional, pues la fibra dedicada es una característica intrínseca del servicio mayorista Ethernet (cabe recordar que el servicio fue propuesto y definido por Telefónica) y no una circunstancia excepcional que justifique un alto coste.

En este sentido, la petición de Telefónica con respecto a esta cuestión no es coherente con su posición sobre el servicio E-Line²³, pues si realmente la dedicación de fibras inter-centrales le supone una inversión de alto coste, Telefónica debería ser la primera interesada en evolucionar el servicio Ethernet hacia la tecnología E-Line, donde el servicio no necesita ser provisto a través de fibras dedicadas”.

En la Resolución de fecha 28 de abril de 2011, por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por Telefónica y France Telecom España, S.A.U.²⁴ contra la citada Resolución de 7 de diciembre de 2010 (AJ 2011/13), la CMT volvió a abordar la cuestión relativa a la posible existencia de circuitos de alto coste en zona A, ante la reiteración de los argumentos de Telefónica sobre esta cuestión.

En ella se acordó que:

“Las alegaciones de TESAU son una reiteración de las ya presentadas en el expediente cuya resolución se recurre, donde están debidamente contestadas. Sólo cabe añadir que fue la propia TESAU quien comunicó a esta Comisión, en la primera revisión de la ORLA, dónde se definió el servicio Ethernet, las características de las centrales situadas en zona de cobertura A y B, y una de las características de las zonas cubiertas en zona A es que su despliegue de red era tal que hacía altamente improbable un alto coste. De hecho, si ahora se permitieran los circuitos de alto coste también en zona A, la diferencia entre zona de cobertura A y B dejaría de tener sentido.”

En consecuencia, de conformidad con lo establecido expresamente en reiteradas ocasiones por la CMT desde el año 2007, Telefónica sólo puede repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura (zona) B y la única causa regulada, que justifica el alto coste en la provisión de un circuito, es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

²³ Los servicios E-Line son conexiones Ethernet punto a punto prestadas sobre una red Ethernet de nivel 2. Este tipo de servicio tiene la ventaja de permitir emular conexiones dedicadas, con las mismas garantías de calidad que las líneas alquiladas tradicionales, sobre una red Ethernet de nivel 2 compartida.

²⁴ Actualmente, su denominación social es Orange Espagne, S.A.U.

➤ Hechos probados y tipificación

A la vista de los datos acreditados en el hecho probado segundo, Telefónica ha estado aplicando condiciones de alto coste, no solo sobre los circuitos de zona A previamente citados, sino también sobre los circuitos asociados a una central de zona B, ya que alegaba no disponer de fibras entre centrales para provisionar los circuitos solicitados por BT y Jazztel, en total sobre **[CONFIDENCIAL]** circuitos²⁵. Es decir, Telefónica aplicaba, entre otras, condiciones de alto coste, ante circunstancias no reguladas en la ORLA que justifiquen la inaplicación de los niveles de calidad analizados en el punto 2 del presente fundamento jurídico.

Sin embargo, estos circuitos debieron ser provisionados cumpliendo los niveles de calidad establecidos en la ORLA 2007, para **[CONFIDENCIAL]** circuitos - **[CONFIDENCIAL** de Jazztel y , , , de BT]- y en la ORLA 2010 para el resto de circuitos (**[CONFIDENCIAL]**).

• **Plazos, precios e información a cumplir y aportar por Telefónica ente la provisión de circuitos de alto coste**

➤ Regulación aplicable

A este respecto, la ORLA 2007 obligaba a Telefónica al cumplimiento de los siguientes principios para la provisión y fijación de los circuitos de zona B:

“Para tratar este tipo de solicitudes, Telefónica y Operador se ajustarán a los siguientes principios:

-Telefónica será transparente en el proceso de provisión de los accesos mayoristas, lo que significa que es su obligación informar a Operador con diligencia y detalladamente sobre la existencia de circunstancias especiales que afecten a una solicitud determinada.

-Si Telefónica cumple con lo establecido en el punto anterior, Operador se mostrará dispuesto a negociar las condiciones específicas de estos accesos.

Telefónica de España actualizará mensualmente el listado de centrales abiertas al servicio de líneas alquiladas terminales con interfaces Ethernet. Dicho listado reflejará fielmente la situación del servicio minorista de Telefónica, incluyendo la clasificación por zonas”.

Posteriormente, a través de la ORLA 2010 (apartado 3.1) se ampliaron dichos principios:

²⁵ **[CONFIDENCIAL** de BT y de Jazztel].

“Para tratar este tipo de solicitudes, Telefónica y Operador se ajustarán a los siguientes principios:

- *Telefónica será transparente en el proceso de provisión de los accesos mayoristas, lo que significa que es su obligación informar a Operador con diligencia y detalladamente sobre la existencia de circunstancias especiales que afecten a una solicitud determinada.*
- ***En el plazo máximo de 15 días naturales desde la solicitud del circuito, Telefónica deberá comunicar si el circuito es de “alto coste”, el importe del mismo y la fecha vinculante de entrega, sin perjuicio del resultado final de la negociación posterior con Operador.***
- *Telefónica deberá aportar **información suficientemente desglosada de las actuaciones a realizar y el precio de las mismas que permita valorar al operador su razonabilidad.***
- *Asimismo, siempre que las actuaciones que justifican el alto coste tengan relación con algún otro servicio regulado por la CMT (uso de canalizaciones, tendido de fibra, cableados, etcétera), para determinar el importe extra a repercutir, Telefónica deberá utilizar siempre que sea posible los precios regulados que por analogía sean de aplicación.*
- *Si Telefónica cumple con lo establecido en el punto anterior, Operador se mostrará dispuesto a negociar las condiciones específicas de estos accesos.*
- *Telefónica y Operador deben negociar de buena fe las condiciones de prestación de este servicio antes de acudir a la CMT, lo que debe ser considerado como una solución de último recurso. En este sentido, cualquier solicitud de alto coste notificada a la CMT deberá incorporar una descripción del proceso de negociación seguido antes de acudir a la CMT, y las causas concretas del desacuerdo entre las partes.”*

En definitiva, tras la aprobación el 20 de diciembre de 2010 de la ORLA de Telefónica, se establece un plazo máximo de quince días naturales (15) para notificar si el circuito solicitado por el operador es de alto coste, su importe y la fecha vinculante de entrega. Asimismo, en dicha comunicación, Telefónica debe aportar información con un detalle suficientemente desglosado para que el peticionario pueda evaluar su razonabilidad. Además, Telefónica deberá utilizar, siempre que sea posible, los precios regulados que por analogía sean de aplicación. Por último, tanto Telefónica como el operador deben negociar de buena fe las condiciones de prestación de este servicio.

➤ Hecho probado y tipificación

Como se ha indicado anteriormente, BT y Jazztel solicitaron **[CONFIDENCIAL]** circuitos de zona B, sujetos a la ORLA 2007, que Telefónica decidió calificar de alto coste debido a la falta de medios inter-centrales; circunstancia sobre la que ya se ha indicado que Telefónica no puede aplicar los principios de alto coste.

Es de interés indicar que sobre dichos circuitos Telefónica propuso aplicar una solución SDH, que es una solución de nivel 1 permitida por la ORLA, pero cobrando un sobrecoste sobre el precio regulado.

Sobre estos circuitos cabe indicar también que, debido al tratamiento de alto coste que les dio Telefónica, esta operadora no comunicó la fecha vinculante de su entrega. Por ello, el plazo para dicha entrega, por defecto, debió ser como máximo de 60 días naturales. Pues bien, salvo los circuitos **[CONFIDENCIAL de Jazztel y de BT]** que fueron provisionados dentro de dicho plazo máximo, el resto de circuitos ORLA 2007 lo fueron por encima de dicho plazo -entre 81 y 148 días naturales-.

Para el resto de circuitos ORLA 2010 (**[CONFIDENCIAL]**), tratados también por Telefónica como de alto coste, por motivos de falta de acometida hasta el cliente y/o falta de fibra inter-centrales, de conformidad con el Hecho Probado Segundo, se determina que para estos circuitos Telefónica también eludió el cumplimiento de los niveles de calidad para su provisión, en cuanto a la comunicación de la fecha de entrega vinculante o, en su defecto, en el plazo de provisión de los circuitos.

Es más, incluso realizando el ejercicio de aplicar los principios de alto coste regulados en la ORLA 2010, tampoco es posible considerar que Telefónica los haya observado para la provisión de los circuitos Ethernet objeto de análisis. De los datos determinados en el citado Hecho Probado Segundo, se ha comprobado que Telefónica, con carácter general, comunicaba la existencia de alto coste en un plazo superior a los 15 días naturales regulados. De hecho, no computando los circuitos ORLA 2007, los plazos medios de comunicación del alto coste fueron de 28 días naturales para Jazztel y 29 días naturales para BT.

A ello hay que añadir que, tal y como se determinó en el conflicto de acceso entre BT y Telefónica y se ha acreditado durante la tramitación del expediente a través del Hecho Probado Tercero, por regla general, en las comunicaciones de alto coste esta operadora no aportaba información detallada sobre la existencia de circunstancias especiales que afectaban a la solicitud (ORLA 2007) o suficiente y desglosada (ORLA 2010) sobre las actuaciones que necesitaba realizar para poder provisionar el servicio (ej. el coste de cada actuación, la distancia del tendido que debe desplegarse, ...). Telefónica en la generalidad de los casos, se limitaba a indicar que necesitaba desplegar nuevas fibras sin detallar las circunstancias que lo motivaban o desglosar las

actuaciones, de modo que los operadores no podían valorar la razonabilidad de las condiciones que les aplicaba.

Por último, es de interés mencionar que, al igual que se ha determinado en relación con los circuitos de zona A calificados como alto coste, la conducta infractora desarrollada por Telefónica provocó que tanto BT como Jazztel tuvieran que anular la provisión de algunos circuitos, principalmente debido a que no les encajaba las condiciones de sobrepuestos y/o cláusulas de permanencia que pretendía aplicar Telefónica con las ofertas presentadas a sus clientes del sector empresarial.

- **Cláusulas de permanencia**

- Regulación aplicable

Ninguna de las versiones de la ORLA aprobadas por la CMT han regulado la posibilidad de establecer cláusulas de permanencia para la contratación de algún tipo de circuito. Esta cuestión fue tratada de manera explícita en la Resolución, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de precios de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica (AEM 2013/237). En respuesta a la propuesta de Telefónica de permitir el establecimiento de un compromiso mínimo de permanencia de dos años para los circuitos ORLA y de establecer penalizaciones de un 15% de las cuotas restantes hasta completar el plazo de 2 años si el operador no cumpliera el periodo de permanencia en la contratación de los circuitos, la CMT desestimó dicha petición.

En consecuencia, la ORLA no reconoce el derecho de Telefónica para imponer cláusulas de permanencia en la contratación de circuitos considerados como estándar.

Por lo que respecta a los circuitos de alto coste, en la ORLA tampoco se establece la posibilidad para Telefónica de imponer cláusulas de permanencia en su contratación. Por tanto, no es ajustado a la ORLA condicionar la entrega del circuito a la aceptación de una cláusula de permanencia que suponga un compromiso añadido del operador contratante del circuito de alto coste.

La aplicación de este tipo de cláusulas fue analizada en los expedientes CNF/DTSA/2494/13 y CNF/DTSA/1189/14. Concretamente, por ejemplo, en la Resolución de la CNMC que puso fin al primero de éstos se indicó:

“Esta Comisión no se opone al establecimiento negociado entre los operadores de cláusulas de permanencia cuando se produce una situación legítima de alto coste, como es el caso del despliegue de acometida a cliente en centrales de zona B. Eso sí, siempre que dicha condición se plantee como una alternativa para reducir el sobrepuesto del circuito a repercutir al operador alternativo o, incluso, para eliminarlo.”

Sin embargo, no aceptar la imposición de cláusulas de permanencia ante situaciones donde el cobro del alto coste no está justificado, por tratarse de la provisión de circuitos en condiciones reguladas bajo niveles de calidad (circuitos de centrales en zona A), o por no ser razonable la justificación del alto coste propuesto por Telefónica, no implica que a través de esta Resolución se esté modificando la ORLA.

Ello porque como bien conoce Telefónica, a diferencia de lo estipulado para otros servicios regulados, como en la provisión de interconexión por capacidad o la prestación del servicio de conexión a la red de Telefónica que se incluían en la OIR –donde la CMT aprobó expresamente periodos mínimos de contratación, dadas las especiales circunstancias de estos servicios–, la ORLA no recoge el derecho de Telefónica para imponer este tipo de cláusulas de permanencia a los operadores en las situaciones antes citadas, ni los operadores están sujetos a esta condición para la contratación de los circuitos solicitados.

En este sentido, cabe recordar que ya Telefónica solicitó a la CMT la inclusión de cláusulas de permanencia en la última modificación de la ORLA por la que se revisaron los precios regulados, de modo similar a la interconexión por capacidad, y dicha petición le fue denegada.”

➤ Hechos probados y tipificación

A través de los dos hechos probados se ha podido acreditar que Telefónica aplicó a los operadores BT, Jazztel y Vodafone cláusulas de permanencia, además de sobrecostes, para la provisión de los circuitos de zona A y B analizados en este expediente sobre los que no concurría la situación de alto coste, excepto para los circuitos solicitados por Jazztel antes mencionados.

4. Retrasos en provisión debido a paradas de reloj para circuitos de alto coste

➤ Regulación aplicable

Con la aprobación de la ORLA 2010 se incluyeron por primera vez una serie de causas que podían motivar una suspensión del plazo de provisión o “parada de reloj”. Entre ellas se encuentra la siguiente causa de “parada de reloj” en los plazos de provisión de los circuitos de alto coste:

“Cliente con exceso de inversión”. *En este caso, debe aclararse que el plazo de la parada de reloj comienza en el momento en el que Telefónica ha facilitado toda la información al operador que permita valorar el importe de alto coste, y finaliza en el momento en el que el operador acepta o rechaza el circuito. (...)*

Las comunicaciones electrónicas relativas a las paradas de reloj (tanto en provisión como para la resolución de incidencias) deberán indicar de forma clara la causa, el inicio y la conclusión de la suspensión por parada.”

Esto es, bajo la causa “Cliente con exceso de inversión”, Telefónica puede realizar paradas de reloj para circuitos de alto coste durante el periodo en el cual el operador petionario evalúa y toma la decisión sobre si aceptar o rechazar el alto coste, en base a la información detallada que ha de proporcionarle Telefónica.

La justificación de esta parada de reloj es que el operador petionario puede rechazar el circuito a la luz del importe del alto coste y/o de los plazos de provisión que le comunique Telefónica. Por tanto, Telefónica no sigue con la provisión hasta que el operador le confirma su aceptación de las condiciones del alto coste.

Sin embargo, la causa “Cliente con exceso de inversión” está contemplada de forma exclusiva para circuitos de alto coste, no siendo válida su aplicación para la provisión de circuitos que no reúnan esta característica.

➤ Hechos probados y tipificación

En la relación de hechos probados consta demostrado que el incumplimiento de Telefónica, al calificar como de alto coste los circuitos de zona A y B en situaciones no permitidas por la ORLA, ha conllevado que, por defecto, cuando comunicaba la aplicación, entre otras, de condiciones de alto coste ante situaciones no reguladas en la ORLA, utilizara incorrectamente esta parada de reloj hasta que tuviera la aceptación del operador de provisionar el circuito en dichas condiciones.

5. Prestación de fibras inter-centrales a través de una solución MAN de nivel 2

➤ Regulación aplicable

Hasta la aprobación de la tercera revisión del mercado 6 y de la Resolución, de 18 de julio de 2013, de modificación de la ORLA 2010, la regulación de las líneas alquiladas no contemplaba la posibilidad para Telefónica de proveer los circuitos Ethernet para enlace a cliente mediante soluciones de nivel 2 compartida, como la MAN, puesto que el servicio Ethernet “nativo” (regulado) ha de proveerse sobre fibra dedicada de nivel 1, con las características técnicas definidas en la ORLA y garantizando un caudal así como unos niveles de retardo y de transparencia (Anexo 1).

De hecho, durante la tramitación de la ORLA 2007, a propuesta de Telefónica, en el proceso de definición de los servicios ORLA-E¹² ya se estableció que dicha oferta debía ser de nivel 1 y no de nivel 2, es decir, que para su prestación no debían utilizarse equipos de red de conmutación de paquetes sino solo equipos de transmisión de nivel físico.

No ha sido hasta la última definición del mercado 6, aprobada mediante Resolución de 11 de abril de 2013, cuando la CMT permitió a Telefónica lo siguiente para los circuitos de distancias superiores a 35 Km:

“[...] Telefónica estará obligada a facilitar, al menos, las siguientes alternativas, a escoger por el operador:

- Líneas Ethernet/Fast Ethernet sobre tecnología de transporte SDH. Telefónica deberá calcular los precios utilizando como referencia los precios de las líneas alquiladas terminales tradicionales²⁶.*
- Líneas Ethernet/Fast Ethernet mediante la red de nivel 2. Telefónica deberá garantizar que la solución prestada sea similar, dentro de las posibilidades técnicas de la red de nivel 2, a la solución de nivel 1. El esquema de precios para las líneas de más de 35 Km será el mismo que para las líneas Gigabit Ethernet, es decir, las líneas de más de 35 Km tendrán un precio independiente de la distancia que se calculará añadiendo 485,19 €/mes a los precios de los circuitos de zona 3.”*

Posteriormente, mediante la citada Resolución de 18 de julio de 2013, relativa a la revisión de los precios de la ORLA, se regularon los precios para los circuitos de nivel 2 de más de 35 Km, de conformidad con lo dispuesto en el mercado 6.

➤ Hechos probados y tipificación

A la vista de la información que consta en el presente expediente, Telefónica ofreció soluciones MAN de nivel 2 para la provisión de circuitos Ethernet a los tres operadores (BT, Jazztel y Vodafone), por motivo de falta de fibras entre centrales. En concreto los circuitos afectados fueron:

- **BT: [CONFIDENCIAL]** de zona B.
- **Vodafone: [CONFIDENCIAL]** de zona A
- **Jazztel: [CONFIDENCIAL y]** de zona A y **[CONFIDENCIAL]** de zona B.

Todos estos circuitos fueron solicitados a Telefónica por los citados operadores entre diciembre de 2012 y septiembre de 2014, por lo que para su provisión aplicaba lo dispuesto en la ORLA 2010.

²⁶ “Telefónica no estará obligada a prestar la opción de Ethernet sobre SDH en aquellas localizaciones en las que ninguno de los equipos SDH de los que disponga Telefónica permita el encapsulado de señales Ethernet sobre SDH”.

Con respecto al circuito de zona B de BT, no se dispone de datos sobre su distancia. No obstante, Telefónica no llegó a aplicar dicha solución MAN, ya que el circuito fue cancelado antes de su provisión.

En relación con los **[CONFIDENCIAL]** circuitos de zona A solicitados por Vodafone, sobre los que Telefónica ofreció una solución MAN de nivel 2 para provisionarlos, uno de ellos resultó ser anulado por Vodafone al igual que en el caso de BT. Con respecto a los restantes circuitos de zona A, se ha comprobado a través de las copias de las solicitudes aportadas por Vodafone que ninguno de estos circuitos era de distancia superior a 35 Km; el de mayor distancia fue de 22,3 Km.

Por último, respecto de Jazztel, cabe indicar que uno de los circuitos de zona A, sobre los que Telefónica ofreció aplicar la solución MAN para el tramo inter-central, fue también anulado. En relación con el resto de circuitos, tanto de zona A como B, provisionados por Telefónica a través de la citada solución de nivel 2, también se ha acreditado que ninguno de éstos era superior a 35 Km de distancia y el mayor fue de 25,7 Km.

Por otra parte, cabe indicar que sobre estos circuitos provisionados indebidamente a través de una solución MAN de nivel 2, Telefónica cobró a los operadores Vodafone y Jazztel los precios regulados para los servicios Ethernet de nivel 1, cuando dichos precios se han establecido teniendo en cuenta unas determinadas características técnicas y garantías de caudal, de niveles de retardo y de transparencia, no garantizadas a través de una solución MAN de nivel 2.

En consecuencia, en relación con la conducta de Telefónica analizada es este punto, es posible determinar la existencia de un incumplimiento de la ORLA 2010, ya que con anterioridad a la aprobación de la última revisión del mercado 6 Telefónica no podía provisionar ningún tipo de circuito a través de soluciones de nivel 2, ya que no estaba obligada a proveer circuitos de enlace a cliente de más de 35 Km²⁷. Los circuitos analizados eran de distancias inferiores a 35 km, por lo que debieron de entregarse siguiendo los niveles de calidad regulados, características técnicas, garantías y precios establecidos en la ORLA 2010, que aseguran la entrega de circuitos Ethernet de nivel 1, esto es, de fibra dedicada extremo a extremo.

Conclusión

²⁷ Ver segunda revisión del mercado 6 (Expediente MTZ 2008/1944 -Resolución de 23 de julio de 2009): "(...), la distancia máxima para los circuitos Ethernet se fijó en el expediente de aprobación de la ORLA atendiendo a limitaciones técnicas, por lo que no procede modificar ahora dicho límite. Por tanto, se mantiene la distancia máxima para las líneas Ethernet en 35 Km, sin perjuicio de que esta distancia pueda revisarse en futuras modificaciones de la ORLA por haberse superado las limitaciones mencionadas".

Una vez analizadas todas las conductas infractoras llevadas a cabo por Telefónica, acreditadas a través de los antecedentes y hechos probados y concretadas en el presente fundamento jurídico material, se concluye que, desde octubre de 2010 y hasta el 23 de octubre de 2014, respecto de BT y Jazztel y desde enero de 2014 hasta el 10 de febrero de 2015 para Vodafone, Telefónica ha estado incumpliendo de forma continuada, con respecto a los tres operadores analizados, las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, por la que se aprobó la ORLA 2007, de 7 de diciembre de 2010, que aprobó la ORLA 2010 y 18 de julio de 2013, que modificó ésta última.

Este incumplimiento reiterado a lo largo de los años se cometió por Telefónica como consecuencia de aplicar, sobre los circuitos analizados en esta resolución, condiciones de alto coste ante situaciones no reguladas como tal, y cobrar a los operadores sobrecostes sobre los precios regulados. Además, esta operadora ha estado condicionando la entrega de los circuitos a la aceptación de cláusulas de permanencia de hasta 36 meses y de soluciones MAN de nivel 2, para la provisión de los tramos inter-centrales de circuitos de menos de 35 Km, cuando estas condiciones tampoco están permitidas en olas sucesivas versiones de la ORLA.

Finalmente, con carácter general, Telefónica comunicaba la aplicación de las citadas condiciones pasados 15 días naturales y aplicaba indebidamente paradas de reloj asociadas a la provisión de circuitos de alto coste, lo que provocó que la entrega de los circuitos afectados, en la mayoría de los casos, fuera superior a 60 días naturales.

IV. Análisis a las alegaciones iniciales de Telefónica.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al analizar las alegaciones de Telefónica en el trámite de audiencia, cabe reproducir los argumentos expuestos en la propuesta de resolución sobre las inicialmente presentadas por el operador sancionado, si bien algunas de ellas son coincidentes.

Así, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento, de 5 de diciembre de 2014, Telefónica alega que su conducta no puede considerarse antijurídica ni estar tipificada, puesto que los operadores habrían negociado y firmado contratos privados amparados en el principio de libertad de pactos y la autonomía de su voluntad. Por ello, manifiesta que se han aplicado precios y cláusulas de permanencia pactadas en los contratos, para compensar el coste real al que Telefónica tiene que hacer frente para la construcción de las infraestructuras solicitadas por los operadores.

Telefónica expone que las ofertas de referencia no restringen la capacidad de celebrar contratos privados para la prestación de esos servicios y acordar la aplicación de condiciones diferentes a las previstas en las ofertas reguladas, sin que ello implique vulnerar el contenido de las mismas y, por tanto, el de las

resoluciones administrativas que las aprueban. Además, esta operadora considera que en estos casos el organismo regulador no puede actuar como componedor de los intereses privados en conflicto. Si en las relaciones entre las partes del citado contrato surgen discrepancias, éstas deberán ser solucionadas en las instancias judiciales, para evitar una duplicidad jurisdiccional no deseable.

Telefónica también considera que *“el hecho que la ORLA no prevea la posibilidad de exigir permanencias no debe interpretarse, como hace la CNMC, como una prohibición de las mismas pues nada impide a las partes negociar y acordar libremente las condiciones de prestación de los servicios”*.

Finalmente, alega que *“del amplio y complejo elenco de obligaciones impuestas a Telefónica de España en la ORLA, el impacto e importancia que tiene el plazo de comunicación de una circunstancia tan especial como la aplicación de sobrecostes es mínima. De hecho se trata de una actuación que debe ser considerada como accesoría a la principal del contrato, que es la «prestación del servicio de líneas alquiladas terminales sobre interfaces terminales y/o sobre interfaces Ethernet y Fast Ethernet”*.

Con respecto al primero de los argumentos cabe indicar que, efectivamente, nada impide que los operadores modifiquen sus acuerdos con la finalidad de pactar condiciones distintas a las fijadas en la regulación (ORLA). Ni la CMT ni actualmente la CNMC cuestionan esta posibilidad, tal y como ya se indicó en el expediente CNF/DTSA/2494/13. Ahora bien, como se apuntaba en la propuesta de resolución, no puede aceptarse esa posibilidad porque, en primer lugar, Telefónica no ha acreditado la existencia de los acuerdos en los que los tres operadores hayan aceptado la aplicación de condiciones de pago de sobrecostes, cláusulas de permanencia, así como soluciones de nivel 2, cuando así lo considere Telefónica en función de la inversión en infraestructuras en la que deba incurrir para la provisión de los circuitos que le soliciten y modificado sus acuerdos de adhesión a la ORLA, según lo establecido en su cláusula 15 -que regula los supuestos y los principios de negociación de revisión del acuerdo-.

En segundo lugar, a la vista de los burofaxes aportados por Jazztel, los correos electrónicos aportados por los tres operadores afectados, así como de las alegaciones e informaciones que constan en los expedientes CNF/DTSA/2494/13, CNS/DTSA/1250/14 y CNF/DTSA/1189/14, no es posible deducir que estos operadores -que interpusieron conflictos y una consulta a esta Comisión relativos a la infracción que estaba cometiendo Telefónica- hayan pactado con ésta la aplicación de condiciones diferentes a las reguladas para la provisión de los circuitos Ethernet, que han sido objeto de análisis en los dos hechos probados.

De dicha información lo que se ha comprobado es la expresa oposición manifestada por los tres operadores contra la aplicación por parte de Telefónica de las referidas condiciones sobre los circuitos Ethernet solicitados tanto en zona A como en zona B. En este sentido, BT alegó en el seno del referido conflicto de acceso que mantuvo con Telefónica que *“BT siempre ha rechazado la aplicación de condiciones diferentes a la ORLA para los circuitos objeto de discusión en este expediente, siendo falso que BT negociara un acuerdo al margen de la ORLA, aceptando altos costes por encima de lo establecida en la misma”*.

Telefónica pretende hacer valer que los operadores pactaron con ella condiciones diferentes a las reguladas, circuito a circuito. Sin embargo, no es posible admitir que tras la solicitud de los circuitos por parte de los operadores, basándose en lo dispuesto en la ORLA y en virtud de la cual diseñaron las ofertas a sus clientes, haya existido una negociación con Telefónica basada en la libertad de pactos y con la finalidad de modificar sus acuerdos de adhesión a la ORLA.

Telefónica parece olvidar que las obligaciones a las que está sujeta, en virtud de lo establecido en el mercado 6 y en la ORLA, están justificadas en su condición de operador con poder significativo en el citado mercado y, por tanto, en el principio de fomentar la competencia en el mercado de líneas alquiladas terminales. En concreto, cabe recordar que esta operadora detentaba en el año 2012 una cuota en este mercado del 80%, en términos de líneas, y del 76%, en términos de ingresos, tal y como se determinó en la última revisión de 2013. Por ello, este operador dispone de una infraestructura que ha de poner a disposición del resto de operadores del mercado para permitirles prestar servicios minoristas en condiciones similares, de precio y calidad, a las que se presta a sí misma.

Por tanto, durante las presuntas negociaciones no existía un equilibrio entre ambas partes ante la solicitud de los circuitos. Los tres operadores no han obtenido ninguna ventaja de dichos “supuestos acuerdos”, sino que han tenido que asumir mayores precios a los establecidos para la provisión de los circuitos, ya fueran en zona A (por acometidas a clientes y/o fibra inter-central) o B (por fibra inter-central), y aceptar condiciones –cláusulas de permanencia y soluciones MAN de nivel 2– fuera de lo establecido en la ORLA, todo ello con la finalidad de no perder al cliente –empresa– con el que se había comprometido bajo una oferta comercial²⁸.

²⁸ Un ejemplo sobre las reticencias de los clientes para aceptar los sobrecostes y las cláusulas de permanencia aplicadas por Telefónica se encuentra en los correos aportados por Jazztel en relación con el circuito [CONFIDENCIAL]. En uno de ellos se indica que: *“Este tema se nos está complicando con el cliente porque nos indica que no acepta aumentar la permanencia del contrato ni asumir los altos costes, os copio textualmente (...)”*. El usuario acabó aceptando las condiciones y Telefónica provisionó el circuito.

Para acreditar que no la aceptación de las condiciones se produjo solo para no perder el cliente, se argumentaba en el acuerdo de inicio que, por ejemplo, Vodafone, en su escrito de interposición del conflicto de acceso que mantuvo con Telefónica, alegó que:

“VODAFONE se encuentra en una situación de total indefensión ya que la alternativa a no aceptar el sobrecoste es perder al cliente, un cliente al que el equipo comercial de mi representada ya ha facilitado una oferta en base a los precios que son de aplicación para su circuito y que se ve indebidamente incrementada sin base alguna y vulnerándose la normativa vigente.

Además esta actitud de TESAU introduce retrasos en la provisión de los clientes puesto que hasta la aceptación de los sobrecostes se producen paradas de reloj que afectan al tiempo global de la provisión del circuito de cliente.

Tanto los precios como las condiciones de servicio afectan negativamente a la capacidad de competir que mi representada tiene frente a las ofertas de TESAU”.

Efectivamente, los operadores tenían que trasladar a sus clientes las condiciones de precio, soluciones para tramos inter-centrales y cláusulas de permanencia no regulados, que les establecía de modo unilateral e indebidamente Telefónica, para aceptar la provisión del circuito solicitado. Esto les llevó a cancelar algunos de los referidos circuitos Ethernet, tal y como se ha comprobado en los hechos probados, debido a que algunos clientes no aceptaron las nuevas ofertas de servicio que les trasladaban BT, Vodafone y Jazztel, para el suministro de las líneas alquiladas.

En cuanto a la habilitación de esta Comisión, como componedora de los intereses que han resultado afectados por la conducta infractora de Telefónica, cabe apuntar, como señaló la propuesta de resolución, que las condiciones de provisión de los servicios reguladas a Telefónica no son de carácter privado sino jurídico-público, puesto que éstas se han establecido con el objetivo de promover la competencia en el mercado de líneas alquiladas Ethernet.

En este sentido, es conocida la jurisprudencia²⁹ que, de conformidad con la regulación sectorial, reconoce la existencia de ciertas prerrogativas a esta Comisión con la finalidad última de favorecer la competencia entre operadores. Entre estas prerrogativas se encuentra la de supervisar el comportamiento de los operadores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar el acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios. En consecuencia, no se comparte la opinión de Telefónica sobre que pueda concurrir una duplicidad jurisdiccional.

²⁹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).

En relación con la regulación de las cláusulas de permanencia, cabe indicar que esta cuestión ya fue planteada durante la tramitación de los expedientes relativos a los conflicto de acceso que interpusieron BT y Vodafone, en cuyas resoluciones, de fecha 23 de octubre de 2014 y 10 de febrero de 2015, este organismo acordó no aceptar la imposición de cláusulas de permanencia en base a los argumentos ya señalados en el anterior fundamento jurídico.

Por último, sobre la consideración de Telefónica de que el plazo de comunicación de los altos costes es de carácter accesorio, se indicó en la propuesta de resolución que la justificación que motiva la imposición de dicha obligación de transparencia a Telefónica –como parte de sus obligaciones de dar acceso en las condiciones reguladas y de no discriminación--, en cuanto operador con PSM en el mercado 6, es la de aportar seguridad jurídica a los operadores en relación con sus clientes, cuando solicitan la provisión de circuitos de alto coste, con el fin de evitar que, como se ha observado para algunos circuitos analizados en este expediente, Telefónica comunicaba a los operadores la existencia de altos costes una vez transcurrido el plazo de entrega (60 días naturales) establecido en los niveles de calidad de la ORLA. Por ello, en la ORLA 2010 se estableció un plazo de 15 días naturales para que Telefónica comunicara las condiciones de alto coste.

En consecuencia, para esta Comisión la citada obligación de comunicación a los operadores que tiene impuesta Telefónica no tiene carácter accesorio, sino que es fundamental para permitir a éstos planificar la prestación de sus servicios en condiciones equivalentes a las de Telefónica. Además, con independencia de si esta obligación es o no de carácter accesorio, Telefónica está obligada a cumplirla, ya que las resoluciones, tanto las dictadas en su momento por la CMT como ahora por la CNMC, no constituyen meras declaraciones sin fuerza vinculante, sino verdaderos mandatos en todos sus términos, como son las resoluciones de aprobación y modificación de la ORLA 2007 y 2010, que tienen por objeto fomentar la competencia en el mercado mayorista de líneas alquiladas terminales, en beneficio de los usuarios (en este caso clientes del sector empresarial).

Además, cabe tener en cuenta que esta operadora solo puede solicitar altos costes para los circuitos de zona B en los que concurra la única circunstancia regulada en la ORLA (la necesidad de realizar una mayor inversión para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente), por lo que el correcto cumplimiento de las obligaciones analizadas no tiene por qué serle complejo.

Finalmente, de esta alegación parece desprenderse la voluntad de esta operadora de obviar que lo que tenía que haber aplicado sobre los circuitos analizados eran los niveles de calidad regulados en la ORLA y, en concreto, comunicar la fecha de entrega vinculante del circuito, ya que sobre dichos circuitos no concurrió una situación de alto coste que motivara una

comunicación en tal sentido, salvo en los precitados **[CONFIDENCIAL]** circuitos comunicados por Jazztel.

V. Análisis de las alegaciones de la imputada en el trámite de audiencia.

Las alegaciones iniciales de Telefónica fueron en su día contestadas en la propuesta de resolución, como se ha expuesto más arriba al trasladar los argumentos empleados a la presente resolución en la medida en que completan su motivación.

Asimismo, por medio de un escrito que entró en el Registro electrónico de esta Comisión el día 2 de septiembre de 2015, Telefónica efectuó alegaciones al trámite de audiencia tras finalizar la instrucción del procedimiento y a la vista de la propuesta de resolución.

En primer lugar, mantiene que no se produce un incumplimiento generalizado de las resoluciones que aprueban la ORLA por las siguientes razones:

- a) La naturaleza jurídico-privada de los acuerdos suscritos con los diferentes operadores.

A este respecto, Telefónica sostiene que las condiciones de provisión de los circuitos afectados han sido aceptadas por los operadores solicitantes.

Telefónica insiste en sus alegaciones en que la existencia de acuerdos voluntarios para la provisión de los circuitos descarta el ilícito cuya sanción se propone. La propuesta de resolución ya analizó esa cuestión y descartó la existencia de los pretendidos acuerdos en la medida en que los operadores alternativos se han opuesto en los diversos conflictos y consultas acumuladas a la aplicación de condiciones diferentes a las reguladas para la provisión de los circuitos Ethernet analizados.

Dicha postura debe mantenerse, pues aunque los acuerdos fueran realmente voluntarios y los operadores alternativos hubieran aceptado las condiciones de provisión de los servicios analizados sin reservas y libremente, Telefónica no puede imponer condiciones más onerosas para los operadores, lo que desvirtuaría el carácter de contenido mínimo de la oferta minoristas. En este caso, los operadores han tenido que asumir mayores precios que los establecidos tanto en zona A como en zona B, y aceptar condiciones más onerosas (cláusulas de permanencia y soluciones MAN de nivel 2) no previstas en la ORLA sin una contrapartida que restablezca el equilibrio. Además, como principio general, los administrados no pueden disponer de la infracción administrativa e impedir con su conducta el nacimiento del ilícito. La libertad de pactos que preside los acuerdos de acceso no puede suponer una vía libre para incumplir resoluciones administrativas, pues en ese caso, la efectividad de las resoluciones de la CNMC quedaría a la voluntad de los operadores.

El cumplimiento de las condiciones de los servicios previstos en las ofertas mayoristas no es una cuestión estrictamente privada, sino que existe un interés público que justifica la intervención de esta Comisión (la promoción de la competencia en el mercado de líneas alquilada Ethernet). La aplicación de condiciones reservadas a circuitos de alto coste, o que no están previstas en la ORLA, puede ser aceptada por el operador solicitante, lo cual puede tener incidencia en las consecuencias de orden privado. Pero esa actuación por parte de Telefónica también supone el incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión y de las condiciones de suministro de servicios previstas en las ofertas mayoristas. Este incumplimiento es perjudicial para la competencia en el mercado concreto en la medida en que impide a otros operadores diferentes de Telefónica prestar los servicios incluidos en él. La respuesta a esta conducta puede ser doble, como apunta la jurisprudencia (STS de 29 de junio de 2011, entre otras): (i) a sancionadora y (ii) la exigencia del cumplimiento por los cauces legalmente previstos para la ejecución forzosa de resoluciones administrativas.

En definitiva, negar la posibilidad de esta Comisión de sancionar los incumplimientos de sus resoluciones, tal y como pretende Telefónica alegando *la convalidación del incumplimiento* equivaldría a negar su carácter vinculante.

b) La irrelevancia del porcentaje de ingresos y circuitos afectados y del periodo en que sucedieron los hechos.

En lo que respecta al supuesto “insignificante” porcentaje de los ingresos y circuitos afectados, así como a la “irrelevancia” del periodo en el que sucedieron los hechos, cabe señalar que un solo incumplimiento sería suficiente para considerar una infracción administrativa autónoma susceptible de sanción independiente. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 6 de junio de 2007, en la que ordenó recalcular una sanción impuesta a Telefónica pero no la anuló, al modificarse los hechos probados en la sentencia de primera instancia, pues de los 2155 incumplimientos achacados, solo quedaron acreditados dos.

Ello es así porque el tipo sancionador comprende el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones, sin que sea precisa ninguna circunstancia más, tales como una “resistencia” generalizada (en cuanto conducta sistemática o generalizada de oposición a los mandatos de la autoridad) del operador infractor o que el incumplimiento se produzca en un porcentaje significativo de ocasiones, como en este caso invoca Telefónica.

Bajo el epígrafe “*periodos irrelevantes que no representan un incumplimiento continuado*”, Telefónica en realidad niega el carácter continuado de la infracción pues, según su criterio, no se cumplen los requisitos para tal

calificación, tales como la existencia de una pluralidad de actos o la existencia de un plan preconcebido.

En cuanto al primero, insiste en que ha cumplido las condiciones pactadas con los operadores demandantes de los servicios ORLA y seguidamente argumenta que no puede considerarse que el incumplimiento es generalizado porque del amplio elenco de obligaciones que allí se le imponen, solo habría incumplido alguna. Al parecer, eso le hace concluir que no hay una pluralidad de actos, sino una “unidad de acción”.

El argumento debe descartarse, pues el carácter de infracción continuada en el supuesto de incumplimiento de resoluciones que aprueban ofertas mayoristas en los que los actos ilícitos son muy variados, tiene un indudable fundamento único e idéntico propósito. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013 (recurso de casación Recurso de Casación núm. 1465/2010), en la que se anula una sanción de la CMT a la propia Telefónica pero en la que se descarta cualquier duda interpretativa sobre el carácter continuado de este tipo de infracciones. Así, en el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia se señala:

“La realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, debe ser objeto de una repuesta punitiva única y no de tantas cuantos actos ilícitos se hayan cometido, conforme previene el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora . Cuestión distinta es que dicha respuesta única pueda tomar nota de la repetición y continuidad en el tiempo de los actos ilícitos para modular la intensidad de la sanción que el conjunto de todos ellos merezca.

Hasta tal punto ello es así que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con acierto, no dudó en utilizar la categoría de "infracción continuada" para los incumplimientos de "Telefónica de España, S.A.U." que fueron objeto del expediente al que puso fin la resolución de 16 de noviembre de 2006, aun siendo muy variados los actos ilícitos en él comprendidos. Precisamente por considerar que todos ellos, referidos a la conducta reiterada de "Telefónica de España, S.A.U." respecto de diversos (la práctica totalidad) operadores, tenían no sólo una base común sino un mismo designio obstaculizador del acceso de éstos al bucle de abonado, según un plan preconcebido o en aprovechamiento de la ocasión que le facilitaba su posición de titular de la red, precisamente por estas razones, decimos, y a la vista de que aquellos actos infringían el mismo precepto legal, impuso una única sanción.

Apreció de este modo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin dificultades interpretativas respecto de los preceptos aplicables en materia de continuidad infractora, que "Telefónica de España, S.A.U." había incumplido "de manera continuada y generalizada" las resoluciones administrativas que determinaban el contenido obligatorio de la oferta de referencia, razón por la

que la respuesta sancionadora fue única y no plural. Semejante apreciación, según hemos corroborado en nuestra sentencia de esta misma fecha al desestimar el recurso de casación 4037/2010, fue admitida por la Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de él y resulta conforme a Derecho”.

En todo caso, la alternativa a la calificación de la infracción como continuada no es la atipicidad de la conducta, sino la sanción autónoma de cada incumplimiento, lo que conllevaría una respuesta punitiva no necesariamente menor.

Mención aparte merece la referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2014 (Recurso de Casación núm. 2319/2011) que, según Telefónica, impide sancionar el incumplimiento analizado. La interpretación de la sentencia no puede compartirse, pues, expresamente señala que (fundamento de Derecho tercero):

“... Por otra parte es claro y así lo hemos indicado ya en alguna ocasión, que el mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de modificación de una OBA no se circunscribe a la obligación literal de modificar y publicar la OBA nueva en los plazos especificados, sino que supone también la de cumplir los mandatos y especificaciones contenidos en la OBA de manera puntual y completa. Ahora bien, la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas impuestos al operador que ha de aplicarla, muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, y que con frecuencia afectan a intereses contrapuestos del operador dominante o con poder significativo por un lado y los operadores alternativos por otro. Pues bien, aduce la actora con razón, y ello va a determinar la estimación del presente motivo, que no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y, en efecto, si un mandato como el acordado en la resolución de 14 de septiembre de 2.009 sobre modificación de la OBA supone no solo dicha modificación y publicación, sino asimismo el efectivo cumplimiento de una multiplicidad de obligaciones concretas contenidas en la OBA, resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptuado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA.

En nuestra Sentencia de 13 de noviembre de 2.013 confirmamos la Sentencia de instancia en la que se desestimaba el recurso contencioso- administrativo interpuesto por TESAU contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2.006, en la que se le achacaban a la operadora una variada serie de comportamiento ilícitos que fueron calificados como un incumplimiento continuado y generalizado durante un determinado periodo de tiempo (enero de 2.004 a abril de 2.005) de diversos procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la OBA vigente entonces. En lo que ahora importa, entendimos correctamente aplicado el tipo que se discute, puesto que no se trataba del incumplimiento de una obligación concreta y específica contenida en la OBA, sino de un

incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en ella. Pero no puede equipararse o identificarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una concreta obligación de una OBA con un incumplimiento continuado y generalizado de los mandatos contenidos en la OBA, como sucedía en aquella ocasión”.

Es decir, que debe diferenciarse el incumplimiento de una obligación concreta incluida en una oferta minorista (sancionada en la anterior LGTel bajo la letra s) del artículo 53: *“El incumplimiento grave y reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*³⁰ de aquellos supuestos, como el que nos ocupa, en que se constata un incumplimiento generalizado de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas en materia de precios, información a suministrar, cumplimiento de plazos o inclusión de cláusulas no permitidas.

En todo caso, como hacía la propuesta de resolución, más adelante se justificará expresamente en un apartado independiente la consideración de los hechos analizados como infracción continuada.

El segundo de los apartados de las alegaciones de Telefónica se refiere a la inexistencia de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, así como a la falta de prueba.

En cuanto a la antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, pretende Telefónica que la inclusión a lo largo de la propuesta sancionadora de términos como “con carácter general” impide la identificación de la conducta infractora y que en el fondo no se habrían expuesto con claridad los hechos probados.

En primer lugar, sorprende que Telefónica no haya propuesto durante la instrucción del procedimiento prueba alguna para desacreditar los hechos, y que en fase de audiencia los discuta, cuando no lo ha hecho a lo largo de la instrucción y pese a constar en el expediente administrativo todos y cada uno de los circuitos, identificados con su código, sobre los que se produjeron las incidencias. Por ejemplo, a Telefónica se le comunicó la incorporación del expediente CNF/DTSA/1189/14 (páginas 136 y 137 del expediente administrativo), en el que constan, por ejemplo, los incumplimientos sancionados respecto de los circuitos solicitados por un operador, así como del escrito de ASTEL en el que se pone en conocimiento de esta Comisión la realización de determinadas conductas en la provisión de circuitos Ethernet. Lejos de rebatir los hechos y proponer pruebas que desacreditaran que los servicios han sido prestados en las condiciones que señala la OBA, Telefónica considera que no se ha probado, pese a las manifestaciones en ese sentido de los operadores alternativos que destruyen la presunción de inocencia que le

³⁰ La actual LGTel ha cambiado ligeramente la redacción de la sanción, al tipificar como sanción grave en su artículo 77.17 K *“La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”.*

asiste, sobre todo cuando, de no ser ciertos, podría haberlos desacreditado en el correspondiente trámite en lugar de guardar silencio.

Es significativo también que, como se ha expuesto, solicitara la apertura de un periodo de prueba pero no propusiera ninguna para ser practicada en el mismo, motivo por el cual se denegó su solicitud por acuerdo de fecha 16 de abril de 2015.

Asimismo, en lo que se refiere a la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, baste lo ya expuesto en la presente resolución. En todo caso, debe señalarse que los argumentos opuestos ya han sido rechazados por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en su sentencia también de fecha 13 de octubre de 2013 (Recurso de Casación núm. 4037/2010), interpreta el artículo que recoge el tipo consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC (CMT, en ese momento) de una forma totalmente divergente a como expone Telefónica.

Así, según esta jurisprudencia, la sancionada parte de una premisa que es totalmente errónea, pues el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas definidos en la ORLA no tiene consecuencias únicamente en el ámbito contractual privado. Las ofertas mayoristas no son actuaciones privadas del operador obligado a ponerlas a disposición de sus competidores que sirve para celebrar contratos posteriores. Por el contrario, las resoluciones de la CMT, y en la actualidad de la CNMC, que las aprueban o modifican, responden a un interés público, lo que justifica su actuación, sin perjuicio de las limitaciones propias (por ejemplo, la exigencia de pagos entre los operadores). El tipo infractor del artículo 76.12 se cumple plenamente cuando el operador no aplica las condiciones de la oferta mayorista aprobada por la CNMC, pues esa conducta supone el incumplimiento de un deber impuesto en el ejercicio de una potestad pública, sin perjuicio de las consecuencias que, además, podría tener en el ámbito privado en la medida en que también podrían infringir el contenido de los acuerdos de acceso, en su caso. No basta, simplemente, incorporar formalmente las condiciones de la ORLA a los acuerdos de acceso para cumplir las resoluciones de la CNMC y considerar que, de su incumplimiento, solo se derivan consecuencias privadas, pues así se conseguirá vaciar de contenido una herramienta esencial de intervención regulatoria.

La misma sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2013 (Recurso de Casación núm. 4037/2010) analiza también la tipicidad de la conducta y rechaza que se produzca un déficit de tipicidad en la infracción que nos ocupa. Con cita en su jurisprudencia anterior (STS de 6 de junio de 2007, Recurso de Casación núm. 8217/2004), señala que Telefónica puede perfectamente predecir que su conducta constituye una infracción que puede ser subsumida en el tipo que sanciona el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus

funciones. Este precepto pretende evitar a la CNMC la obstrucción del ejercicio de sus competencias y por eso el bien jurídico protegido no es el interés de los operadores en la prestación de los servicios, sino el cumplimiento de sus resoluciones.

La infracción de este tipo de preceptos genéricos exige la concurrencia de determinados elementos: a) existencia de una resolución de la CMT, b) notificación al operador obligado a su cumplimiento para su imprescindible conocimiento, y c) incumplimiento de la misma. A lo largo de la presente resolución se ha ido exponiendo en qué ha consistido el tercero, no poniéndose en duda los anteriores, por lo que no hay dudas sobre la tipicidad de la conducta de Telefónica.

En cuanto a su culpabilidad, nuevamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el *"incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones es una infracción que se consuma por el mero incumplimiento de una resolución cuando ha sido notificada a la parte interesada y ésta conoce las consecuencias sancionadoras que derivarán de su conducta activa u omisiva dirigida a evitar la ejecución de la resolución"* (STS de 14 de diciembre de 2007). Esta misma jurisprudencia, al analizar los elementos objetivos y subjetivos definitorios de la infracción, señala que debe existir una *"intención deliberada y cierta de no cumplir el mandato de la autoridad"* y que esa intención se exterioriza *"por sus actos de resistencia u omisiones dejando transcurrir los plazos legales sin demostrar un deseo de acatamiento del mandato contenido en el acto"*.

En este caso, pocas dudas surgen sobre el carácter intencional de los incumplimientos, pues hay una conducta activa más allá de una mera falta de diligencia, destinada a ofrecer condiciones de provisión diferentes de las que corresponderían en atención a los criterios fijados por la CMT en su resolución.

Como tercer motivo, se alega la incorrecta tipificación de la sanción.

Para descartar la alegación baste lo ya expuesto y las citas jurisprudenciales contenidas en la presente resolución, en las que, sin mayor esfuerzo dialéctico, se acepta la aplicación del tipo consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus competencias cuando se trata de sancionar incumplimientos de las ofertas mayoristas que las aprueban.

Olvidando estos antecedentes, Telefónica pretende una *tipificación a la carta* y la subsunción de su conducta en el tipo previsto en el artículo 78.12 de la actual LGTel, con menor gravedad y por tanto, consecuencias punitivas. Para ello, destaca las referencias de la propuesta y de la propia resolución a que algunos incumplimientos se refieren a la calidad de los servicios. Dicha observación es parcial, pues es cierto que una parte del componente de la

conducta se refiere a parámetros de calidad, como los plazos de entrega, pero no todos ellos. Por ejemplo, la imposición de condiciones no previstas en la ORLA (permanencias) o el cobro de mayores precios por calificar los circuitos erróneamente de “alto coste” no son estrictamente incumplimientos de obligaciones en materia de calidad de los servicios mayoristas.

No obstante, la pretensión debe descartarse porque el tipo mencionado por Telefónica (“*el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio*”) se refiere a las obligaciones a las que hace mención el artículo 50 de la LGTel (“Calidad de servicio”) actualmente reguladas en la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por ese motivo, la competencia para su sanción no corresponde a la CNMC, tal y como se señala en el artículo 84.2 de la LGTel, que reserva a la CNMC solo la sanción de las infracciones leves previstas en el apartado 4 del artículo 78.

Finalmente, Telefónica cuestiona la proporción de la sanción y niega uno de los criterios considerados agravantes (el daño causado no solo a los operadores sino también a los clientes empresariales afectados por la conducta infractora), aunque no así el otro (la situación económica del infractor).

A tal efecto, cree que el tope máximo de la sanción debería ser 50.000 euros, al tratarse de una infracción leve. Descartada esta consideración, según lo arriba expuesto, debe señalarse que al tratarse de una infracción continuada, la sanción debería imponerse en su mitad superior. Teniendo en cuenta que el límite máximo son veinte millones de euros, la imposición de una multa de cinco millones de euros por una sanción continuada muy grave descarta absolutamente la desproporción denunciada.

Telefónica argumenta para defender la rebaja en la multa pretendida, en primer lugar, la falta de acreditación del incumplimiento, lo que no se refiere a la proporcionalidad de la sanción, sino en todo caso a la tipicidad de la conducta. Ya se ha señalado más arriba que la discusión de los hechos y la propuesta de pruebas para desacreditarlos debe producirse durante la instrucción del expediente. Alega Telefónica que la CNMC ha tenido por ciertas las alegaciones de los operadores, pero lo cierto es que no ha hecho ningún esfuerzo para acreditar lo contrario. Concretamente, para negar el perjuicio que supone la pérdida del cliente ante la aplicación de condiciones de suministro más onerosas que las previstas en la ORLA, Telefónica aporta una tabla que recoge los días de media que dejaron transcurrir Vodafone y Jazztel para cancelar los circuitos una vez recibida la oferta y descarta la producción de perjuicios, al considerar que los motivos del rechazo serían diferentes a la demora o al resto de condiciones ofertadas. Telefónica también insiste en la baja incidencia de los circuitos afectados y el reducido porcentaje que representan los altos costes respecto del total facturado por el alquiler de

circuitos de clientes mayoristas a los tres operadores durante el periodo considerado.

En todo caso, considera que no hay un incumplimiento generalizado porque el porcentaje de circuitos afectados es inferior al 2% sobre el total de los solicitados por todos los operadores, pese a que el tipo infractor no exige un incumplimiento *generalizado*. A este respecto, cabe indicar que el incumplimiento puede considerarse *generalizado* no solo cuando se produce en varios de los servicios mayoristas a los que se refiere la ORLA, sino también cuando afecta a varias de las condiciones aplicables al suministro de un servicio concreto.

Para rechazar el perjuicio consistente en la pérdida de clientes, Telefónica presenta un cuadro con el número de clientes de cada uno de los tres operadores, en el que se constataría su incremento desde 2010, así como el aumento de las altas de circuitos, si bien ello no acredita que en los casos concretos de las cancelaciones analizadas no se habría producido la pérdida de ese cliente. Otros aspectos del perjuicio considerado, como el daño a la imagen de marca, no se han discutido.

Así las cosas, cuando el límite máximo de la sanción es de veinte millones, y pese al carácter continuado de la infracción (lo que permitiría una sanción incluso superior al poder llegar hasta la mitad inferior de la multa superior en grado) y la consideración de algún criterio agravante (es decir, aunque se considerase solo la situación económica de Telefónica y no el daño causado, como pretende), se impone ésta dentro del cuarto inferior, no parece que sea una sanción desproporcionada ni, desde luego, arbitraria, a la vista de la justificación del cálculo de su importe.

VI. Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador³¹, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”* En efecto, en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título

³¹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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 de infracción.

En el presente caso se ha podido acreditar que Telefónica ha sido plenamente consciente de que sus actuaciones, (i) de cobrar sobrecostes en situaciones no reguladas, tanto sobre circuitos de zona A como B, (ii) de eludir los niveles de calidad para la provisión los circuitos (precios y plazos de comunicación y provisión), (iii) de imponer cláusulas de permanencia, soluciones de nivel 2 y paradas de reloj asociadas a los circuitos de altos costes, suponían un incumplimiento de lo dispuesto en las ORLA 2007 y 2010.

Ello porque como ya se ha anticipado en los hechos probados así como en el anterior fundamento jurídico material, Telefónica a pesar de conocer perfectamente la diferente regulación que existe para la provisión de los circuitos de zona A y B -en este último tipo de circuitos sólo cuando se detecte una falta de acometida en domicilio del cliente-, aplicaba a los operadores BT, Vodafone y Jazztel las citadas condiciones no reguladas, pretendiendo seguir los principios establecidos en la ORLA para los circuitos de zona B de alto coste; los cuales también se ha determinado que no ha cumplido, ya que, con carácter general, ni comunicaba la existencia de altos costes en el plazo de 15 días naturales, ni aportaba información detallada sobre las actuaciones que necesitaba acometer para poder provisionar el circuito solicitado, que permitiera al operador valorar su razonabilidad.

Durante la tramitación del expediente de modificación de la ORLA 2007, Telefónica ya planteó a la CMT que regulara la posibilidad de repercutir altos costes tanto sobre circuitos de zona A como de zona B, estos últimos también por falta de fibras inter-centrales, sin embargo esta Comisión no aceptó dicha modificación indicando expresamente que *“En particular, no debe incluirse en la ORLA la posibilidad de que un circuito sea de alto coste por la dedicación de fibras intercentrales de la red de transporte nacional, pues la fibra dedicada es una característica intrínseca del servicio mayorista Ethernet (cabe recordar que el servicio fue propuesto y definido por Telefónica) y no una circunstancia excepcional que justifique un alto coste”*.

Asimismo, durante la modificación de la ORLA 2010 la CMT también rechazó la solicitud de Telefónica de regular la posibilidad de imponer cláusulas de permanencia a los operadores de hasta 2 años para la provisión de circuitos Ethernet.

En todo caso, tratándose de actuaciones referidas al cumplimiento de obligaciones especializadas de las que el sujeto es perfectamente conocedor

por razón de su actividad o profesionales, no puede aducirse ausencia de culpabilidad. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.007 (Recurso de Casación 1.341/2.005), en la que se desarrollan los elementos objetivos y subjetivo del tipo enumerado en el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1.988, cuya dicción se recoge en el artículo 76.12 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, al señalar que concurre el elemento subjetivo cuando se constata *“la intención deliberada y cierta de no cumplir el mandato de la autoridad exteriorizada por sus actos de resistencia u omisiones dejando transcurrir los plazos legales sin demostrar un deseo de acatamiento del mandato contenido en el acto”*.

En estos casos, tal y como señala el Tribunal Supremo, el carácter intencional del incumplimiento deriva de su propio conocimiento que hay que suponerle de la normativa que regula la interconexión o el acceso, y de su actuación dirigida a evitarla haciendo el ofrecimiento de unos servicios que no iban en línea de los marcado en las resoluciones de la CNMC. Estos ofrecimientos irregulares permiten también concluir que el retraso en el cumplimiento, o el ofrecimiento de condiciones más onerosas, por ejemplo, son deliberadamente buscadas, no siendo una simple demora, sino un retraso culpable, que no precisaba una nueva intervención de la CNMC, o el mero ofrecimiento de condiciones diferentes a las previstas en la ORLA incumplida que se compensaban con otras ventajas para el operador. Su cumplimiento posterior o la aceptación final de los operadores demandantes del servicio podrá determinar otras consecuencias pero no eludir la concurrencia del elemento culpabilístico, ya que el menoscabo de la *“auctoritas”* de la 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, máxime cuando en el art. 76.12 de la LGTel no se establece la distinción entre incumplimiento y demora, pues el retraso por si mismo ya la supone.

En definitiva, a la vista de la instrucción practicada, se concluye que las conductas tipificadas como infracción son imputables a Telefónica, al concurrir el elemento de culpabilidad a título de dolo. Por consiguiente, se concluye que existe un incumplimiento, por parte de esta operadora, de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, por la que se aprobaron y modificaron las ORLA 2007 y 2010.

VII. Consideración de los hechos analizados como infracción continuada.

El artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento Sancionador establece lo siguiente en lo referente al régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas:

“(...) será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes

preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

A largo de la presente propuesta se ha probado y tipificado que durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y febrero de 2015 Telefónica estuvo incumpliendo sucesivamente la ORLA 2007 y ORLA 2010, en relación con la provisión de determinados circuitos Ethernet, tanto de zona A como B, por lo que cabe analizar si la conducta infractora de esta operadora podría calificarse como continuada.

La interpretación de las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada la ha realizado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004, con el siguiente tenor literal:

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

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.”

Aplicando los criterios a las circunstancias del presente caso, se concluye que **concorre una infracción continuada** en relación con la conducta infractora seguida por Telefónica ya que, de conformidad con lo dispuesto en los dos Fundamentos Jurídicos Materiales anteriores, dicha conducta infractora cumple con los tres requisitos establecidos por la jurisprudencia.

- En primer lugar, a lo largo de esta propuesta ya se ha descrito con detalle la existencia de una pluralidad de actos que se concretan en una serie de acciones infractoras realizadas por Telefónica, desde octubre de 2010 hasta octubre de 2014, para BT y Jazztel y desde enero de 2014 hasta

febrero de 2015, para Vodafone, consistentes en no aplicar los niveles de calidad regulados en las ORLA 2007 y 2010.

- En segundo lugar, se da una actuación por parte de Telefónica con dolo continuado. Tal y como se ha indicado esta operadora fue plenamente consciente de que con su actuación estaba incumpliendo las resoluciones de aprobación y modificación de la ORLA 2007 y 2010, ya que algunas de las condiciones que esta operadora ha aplicado, como sobrecostes sobre circuitos y principios de alto coste ante situaciones no reguladas como tal, y la imposición de cláusulas de permanencia, expresamente fueron rechazadas por la CMT a través de las Resoluciones de 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, que aprobaron y modificaron la ORLA 2010.
- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, que es el artículo 76.12) de la LGTel de 2014 *“incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas (...)”*.

VIII. Cuantificación de la sanción aplicable.

1. Límite legal

La LGTel de 2014 fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la LGTel de 2014:

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

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

Este artículo de la LGTel de 2014 simplifica las reglas hasta el momento establecidas en la LGTel de 2003 (artículo 56) para fijar la cuantía máxima de la sanción que pueda imponerse, eliminando los criterios de la rama de actividad afectada y de los fondos utilizados en la infracción.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

Para calcular el posible beneficio bruto, cabe indicar que, en las resoluciones que pusieron fin a los conflictos de acceso interpuestos por BT y Vodafone contra Telefónica, la SSR de esta Comisión acordó reconocer a dichos operadores el derecho a reclamar a Telefónica las cantidades resultantes de la diferencia entre el precio regulado en la ORLA y el precio de alto coste aplicado por esta operadora a los circuitos. Asimismo, en sendas resoluciones se resolvió que no eran de aplicación las condiciones de permanencia ya establecidas por Telefónica.

Según comunicó Vodafone a este Organismo y ha ratificado Telefónica en su escrito de 2 de junio de 2015, ambas operadoras negociaron entre sí diversos servicios mayoristas, entre ellos, los circuitos objeto de conflicto. Además, Telefónica ha comunicado que Jazztel tampoco le ha reclamado la devolución de los sobrecostes.

El único operador que sí le ha requerido la citada devolución de la diferencia entre los precios regulados y los altos costes cobrados por Telefónica sobre **[CONFIDENCIAL circuitos]** ha sido BT, por importe de **[CONFIDENCIAL]** euros. Sin embargo, Telefónica alega que *“tal y como viene manifestando (...) Telefónica de España y BT acordaron libremente en acuerdos privados válidamente suscritos entre ellas las condiciones de prestación de los circuitos que están siendo analizados en el marco del presente procedimiento sancionador”*.

Finalmente, debe señalarse que esta Comisión ha conocido de la interposición de sendos recursos contenciosos-administrativos ante la Audiencia Nacional por parte de Telefónica, contra las resoluciones de 23 de octubre de 2014 y 10 de febrero de 2015 relativas a los expedientes CNF/DTSA/2494/13 y CNF/DTSA/1189/14 (PO 0000597/2014 y PO 0000180/2015).

En consecuencia, de los datos anteriores se desprende que Telefónica no ha hecho frente a ningún pago derivado de los circuitos cobrados indebidamente como consecuencia de su conducta infractora, y que tampoco tiene intención de hacerlo, a la vista de los recursos interpuestos y de la postura mantenida frente al derecho reconocido por esta Comisión a BT.

Sin perjuicio de lo anterior, **no ha sido posible determinar en el presente procedimiento el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción imputada a Telefónica**, debido a que **no es posible calcular los beneficios indirectos** obtenidos por esta operadora como consecuencia de su infracción,

derivados de la ventaja competitiva conseguida por el deterioro de la imagen de marca de los operadores y su pérdida de presión competitiva, la prestación de circuitos con menores niveles de calidad y la facturación de los posibles clientes captados o recuperados a causa de la cancelación de los circuitos por parte de los operadores afectados por el incumplimiento de Telefónica.

Asimismo, tampoco es posible calcular el menor coste que supone a Telefónica proveer los circuitos a través de soluciones MAN de nivel 2, respecto al despliegue de fibras o las soluciones basadas en SDH.

No obstante, de los datos aportados por todos los operadores (Telefónica, BT, Vodafone y Jazztel) y que obran en el expediente, **esta Comisión ha podido estimar los beneficios directos obtenidos por Telefónica por la facturación** (sobrecostes por acometidas y cuotas de alta y mensuales) **de los circuitos de zona A y B sobre los que aplicó las citadas condiciones no reguladas en la ORLA**, ya que fueron aceptados por los operadores BT, Jazztel y Vodafone y finalmente entregados por Telefónica.

Para ello se han tomado, como fecha fin del cómputo de la facturación, las fechas de aprobación por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de las resoluciones de los conflictos de acceso interpuestos por BT y Vodafone (23 de octubre de 2014 y 10 de febrero de 2015) así como del acuerdo sobre la consulta presentada por Jazztel (23 de octubre de 2014), ya que no se ha probado que Telefónica a partir de dichas fechas haya continuado en la comisión de su infracción.

Estimación de sobrecostes

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

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 131.3 de la LRJPAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) 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”.*

A.- Criterios que permiten imponer una sanción agravada.

Daño causado no solo a los operadores sino también a los clientes empresariales afectados por la conducta infractora de Telefónica.

El porcentaje de circuitos Ethernet afectados por las infracciones cometidas por Telefónica, en función del total de circuitos solicitados por los operadores BT, Vodafone y Jazztel, durante el periodo comprendido entre octubre de 2010 y septiembre de 2014, fue de 6,10%, 9,85% y 9,60%, respectivamente³².

Asimismo, cabe tener en cuenta que, como consecuencia de las condiciones impuestas indebidamente por Telefónica para provisionar los circuitos Ethernet, los operadores tuvieron que cancelar un número importante de solicitudes con la consecuente pérdida del cliente empresarial y, por tanto, de la retribución de los servicios que podría haber prestado a estos clientes, que es muy superior a la que pueda generar cualquier cliente residencial.

Tal y como se observa de la siguiente tabla, los porcentajes de circuitos cancelados sobre el total de los solicitados por cada operador fueron los siguientes:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

³² **[CONFIDENCIAL BT: ; Vodafone: y Jazztel:]**

Además, se ha de tener en cuenta que estas consecuencias derivadas de la conducta infractora de Telefónica repercutieron negativamente sobre la imagen de marca de los referidos operadores respecto a los clientes, empeorando de este modo su situación competitiva. Ello debido a las incertidumbres que les generó Telefónica sobre los costes mayoristas, la condiciones de permanencia y los niveles de calidad del servicio (retrasos en la comunicación inicial de fecha de entrega y en la provisión de los servicios, así como aplicación de soluciones MAN de nivel 2), lo que les supuso tener que variar las ofertas de servicios que inicialmente transmitieron a sus clientes, en base a lo dispuesto en ORLA 2007 y 2010.

Como consecuencia de lo anterior, la conducta de Telefónica ha originado un perjuicio a los clientes empresariales solicitantes a nivel minorista de las líneas alquiladas Ethernet. Estos clientes han tenido que soportar la repercusión de los sobrecostes, cláusulas de permanencia y las soluciones de nivel 2, es decir, condiciones de calidad de los servicios peores de las que podrían haber disfrutado si los operadores hubieran podido mantener las ofertas realizadas desde un principio en base a lo dispuesto en la ORLA.

B.- Situación económica del infractor.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la LGTel, a efectos de fijar la sanción a imponer esta Comisión podrá tener en cuenta la situación económica de Telefónica.

Fijándonos solo en los ingresos obtenidos por esta operadora en el sector empresarial a través de las líneas alquiladas, cabe indicar que, de acuerdo con los datos de que dispone esta Comisión (CMT Data), Telefónica durante el año 2013 obtuvo unos ingresos minoristas derivados de la prestación de servicios empresariales, sin considerar los circuitos minoristas incluidos en ofertas personalizadas, de **384,28 millones de euros**.

Además, por lo que respecta a los ingresos mayoristas de circuitos alquilados, Telefónica ingresó en 2013 -también de acuerdo a los datos disponibles en CMT Data- **un total de 608,99 millones de euros** en concepto de circuitos alquilados mayoristas.

Así pues, sumando los ingresos minoristas 384,28 millones de euros y los ingresos mayoristas de 608,99 M€, se obtiene que los ingresos obtenidos por Telefónica en 2013 mediante la provisión de los circuitos alquilados fueron de 993 millones de euros.

Conclusión

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

3. Determinación de la sanción.

Hay que tener en cuenta que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sirva de ejemplo, la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998. Este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

Asimismo, siguiendo dicho criterio de proporcionalidad cabe tener en cuenta que la infracción cometida por Telefónica se ha determinado como continuada en el tiempo, por ello, para la determinación de la sanción esta Comisión deberá atender a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, que establece que:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- Al presente procedimiento se aplica la LGTel de 2014, al haberse finalizado de cometer la infracción una vez entrada en vigor esta norma.
- No ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por Telefónica de la comisión de la infracción cometida. Por tanto, la cifra de **20 millones de euros** fijada por el artículo 79.1.a) de la LGTel, es la que ha de ser tomada como el **límite máximo de la sanción a imponer**.
- Se considera que el incumplimiento de Telefónica ha sido tipificado como infracción continuada.

- Se considera que la infracción se ha extendido durante un largo periodo de tiempo.
- Además, se han apreciado la concurrencia de una circunstancia que agrava la sanción a imponer a Telefónica en la comisión de la infracción, como es el daño causado a los operadores de comunicaciones electrónicas y a sus clientes empresariales.
- En cuanto a la situación económica de Telefónica, que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la sanción, se ha determinado que, sólo en el sector empresarial, esta operadora obtuvo unos ingresos en 2013 de 993 millones de euros, ello sin tener en cuenta los ingresos que ha obtenido por ofertas personalizadas.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, 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 definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 79 de la LGTel de 2014, en relación con el artículo 74 del Código Penal, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de cinco millones de euros (5.000.000 €) por el incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, que aprobó la ORLA 2007, de 7 de diciembre de 2010, que aprobó la ORLA 2010 y 18 de julio de 2013, que modificó la ORLA 2010.

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 directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones aprobadas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010 y 18 de julio de 2013, relativas a la aprobación y modificación de las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de 2007 y 2010.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una multa por importe de cinco millones de euros (5.000.000 €) por la anterior conducta.