

**RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR INCOADO
CONTRA TELEFÓNICA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE
LAS OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN CONTENIDAS EN LA
RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2009, POR LA QUE SE
APRUEBA LA RESOLUCIÓN DE LOS MERCADOS 4 Y 5
(Expdte. RO 2013/708)**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de enero de 2014

Visto el expediente sancionador incoado contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de las obligaciones de comunicación contenidas en la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados 4 y 5, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 22 de enero de 2009.

Con fecha 22 de enero de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, organismo actualmente estipulado e integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹) adoptó la Resolución por la

¹ La disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) implicará la extinción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y que las referencias que la normativa vigente

que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (en adelante, Resolución de los mercados 4 y 5)².

La Resolución precitada acuerda en su Resuelve Sexto:

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

Por su parte, el Anexo 3 de obligaciones de la Resolución (“Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s”) dispone lo siguiente:

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

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

[...]

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

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

contiene de la CMT se entenderán realizadas a la CNMC. Por su parte, el artículo 1 de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, señala que el día 7 de octubre de 2013 se iniciará la puesta en funcionamiento de la CNMC. En consecuencia, desde el 7 de octubre de 2013, la CNMC se ha puesto en funcionamiento, continuando el ejercicio de las funciones de la extinta CMT.

² Expediente MTZ 2008/626.

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

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

SEGUNDO.- Primera orden de inspección (expediente AEM-OTR 2013/238).

Con fecha 25 de marzo de 2013, y en virtud de la competencia atribuida a la CMT de conformidad con lo previsto en el artículo 48.4 (i) y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en materia de inspección sobre las actividades de los operadores de telecomunicaciones, se dictó una orden de inspección (documento núm. 1.1). Según señalaba la citada orden:

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

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

TERCERO.- Realización de la primera inspección.

Con fecha 26 de marzo de 2013, se efectuó en la sede de la CMT la inspección precitada, con los resultados que se detallan en el presente expediente, y que fueron reflejados en la correspondiente acta de inspección (documento núm. 1.2).

CUARTO.- Segunda Orden de inspección (expediente AEM-OTR 2013/321).

Con fecha 17 de abril de 2013, se dictó una segunda orden de inspección, con el mismo objeto que la orden de inspección de fecha 25 de marzo de 2013 (documento núm. 2.1).

QUINTO.- Realización de la segunda inspección.

Con fecha 18 de abril de 2013, se efectuó en la sede de la CMT la inspección precitada, con los resultados que se detallan en el presente expediente, y que fueron reflejados en la correspondiente acta de inspección (documento núm. 2.2).

SEXO.- Apertura de un periodo de información previa.

Con fecha 13 de mayo de 2013, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se procedió a abrir un período de información previa con el fin de conocer en mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador, remitiéndose asimismo un requerimiento de información a Telefónica (documento núm. 3).

SÉPTIMO.- Alegaciones de Telefónica.

Con fecha 28 de mayo de 2013, Telefónica formuló sus alegaciones en relación con la apertura del periodo de información previa reseñado en el antecedente de hecho anterior, procediendo asimismo a dar contestación al requerimiento de información practicado (documento núm. 4).

OCTAVO.- Información adicional remitida por Telefónica.

Mediante escrito de fecha 6 de junio de 2013, Telefónica procedió a comunicar, entre otras, la modificación de los precios de las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL, según el procedimiento previsto en la Resolución de los mercados 4 y 5.

Según indicaba Telefónica en su escrito, la modificación de precios, en virtud de la cual el precio del servicio Movistar ADSL pasaba a ser de 24,9 euros/mes, y el precio del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL pasaba a ser de 54,8 euros/mes, resultaría de aplicación desde el 24 de junio de 2013 (documento núm. 5).

NOVENO.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 19 de junio de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito de alegaciones a la apertura del periodo de información previa, por contener

información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (documento núm. 6).

DÉCIMO.- Incoación del procedimiento sancionador.

El 18 de julio de 2013, se aprobó la Resolución por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador contra Telefónica, por el presunto incumplimiento de las obligaciones de comunicación contenidas en la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados 4 y 5 (documento núm. 7).

El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica el día 22 de julio de 2013 (documento núm. 8).

Asimismo, el citado acuerdo de inicio fue comunicado al instructor el día 22 de julio de 2013, dándose traslado de las actuaciones practicadas en los expedientes AEM-OTR 2013/238 y AEM-OTR 2013/321 (documento núm. 9).

UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

Con fecha 21 de agosto de 2013, tuvo entrada un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador (documento núm. 10).

DUODÉCIMO.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 4 de octubre de 2013, el instructor del expediente dictó una Propuesta de Resolución (documento núm. 11) en la que proponía:

“PRIMERO.- Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, al no notificar en tiempo y forma las ofertas comerciales analizadas en el cuerpo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros) por la anterior conducta”.

La propuesta de Resolución fue notificada a Telefónica el día 7 de octubre de 2013 (documento núm. 12).

DECIMOTERCERO.- Alegaciones de Telefónica.

Con fecha 7 de noviembre de 2013, tuvo entrada un escrito de alegaciones de Telefónica en relación con la propuesta de Resolución mencionada anteriormente (documento núm. 13).

DECIMOCUARTO.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 13 de diciembre de 2013, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Telefónica sobre dicha propuesta de resolución (documento núm. 14).

Las alegaciones de Telefónica son analizadas a lo largo de la Resolución.

II HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

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

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, los días 26 de marzo de 2013 y 18 de abril de 2013 la CMT procedió a la realización de sendas inspecciones, cuyo objeto era verificar las ofertas comerciales sobre ADSL disponibles en la página web de Telefónica. A este respecto, se efectuaron las comprobaciones pertinentes en relación con la oferta y prestación de servicios de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija y banda ancha sobre ADSL, con y sin televisión (ofertas Dúo y Trío ADSL) por parte de Telefónica.

Para cada una de las dos ofertas relativas a empaquetamientos de servicios de acceso a la red telefónica pública y banda ancha sobre ADSL (Movistar ADSL y Movistar ADSL Llamadas), se accedió a la información contenida en los enlaces disponibles en la página web de Telefónica.

Igualmente, para cada una de las tres ofertas sobre empaquetamientos de servicios de acceso a la red telefónica pública, televisión y banda ancha sobre ADSL

³ Denominado en un primer momento servicio Imagenio, y que contaba con las mismas modalidades (Familiar, Ocio y Deportes) que Movistar TV.

(Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar), se accedió a la información contenida en los enlaces disponibles en la página web de Telefónica.

Por último, se verificaron las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL, así como las Condiciones Generales del servicio Movistar TV, también disponibles en la página web de Telefónica.

a) Oferta Movistar ADSL (sin llamadas a móviles desde la red fija)

Como recogía la página web de Telefónica en el momento en que la CMT llevó a cabo las inspecciones reseñadas, la oferta Movistar ADSL⁴ incluía la prestación de los siguientes servicios:

- Alta de línea de teléfono fijo asociada a Internet ADSL gratis;
- Router WiFi autoinstalable;
- ADSL hasta 10 Mb/820 kbps;
- Llamadas a números fijos nacionales.

En lo que respecta a sus condiciones comerciales, el servicio Movistar ADSL fue comunicado a la CMT por Telefónica en mayo de 2011 con un precio de 29,9 euros mensuales⁵.

De las inspecciones practicadas en marzo y abril de 2013 se deduce sin embargo que el precio del servicio Movistar ADSL (Dúo hasta 10 Mb) para clientes sin contrato móvil con Movistar era de 24,9 euros/mes (y no de 29,9 euros/mes como fue comunicado a la CMT), con un período promocional inicial de 19,9 euros/mes durante los doce primeros meses del contrato⁶.

Así, en primer lugar, de las inspecciones se deduce que en aquella fecha el precio de 24,9 euros/mes era el precio nominal que figuraba en las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL para el servicio Dúo hasta 10 Mb. En efecto, en relación con las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable, el precio de la cuota mensual del servicio Movistar ADSL hasta 10 Mb con tarifa plana en llamadas a fijo nacionales era de 30,129 euros con IVA (24,9 euros sin IVA). En relación con las Condiciones Generales de la

⁴ Telefónica también tiene disponible la oferta Movistar ADSL Llamadas, que incluye un bono de 500 minutos al mes en llamadas a móviles de cualquier operador los fines de semana, y 50 minutos al mes en llamadas a móviles de cualquier operador durante el resto de la semana.

⁵ La citada oferta fue comunicada a la CMT en fecha 4 de mayo de 2011 (expediente con número de referencia SER-PQ-11-1497).

⁶ Promoción de alta que sí fue comunicada a la CMT. Los precios con IVA del servicio Movistar ADSL serían 24,08 euros/mes (para la promoción de 19,9 euros/mes) y 30,13 euros/mes (para el precio de 24,9 euros/mes), respectivamente.

Línea Movistar ADSL, el precio de la cuota mensual del servicio Movistar ADSL hasta 10 Mb con tarifa plana en llamadas a fijo nacionales era de 30,13 euros con IVA (24,9 euros sin IVA).

Dado que las citadas condiciones generales eran de fecha 1 de septiembre de 2012, puede asimismo deducirse que según consta en estos documentos, dichos precios estuvieron disponibles en la página web al menos a partir de dicha fecha.

En segundo lugar, en las cuotas mensuales publicitadas a la hora de contratar *online* los empaquetamientos de los servicios de acceso fijo y banda ancha con TV, subyacía – en la fecha en que se llevaron a cabo las inspecciones - una cuota nominal del servicio Movistar ADSL hasta 10 Mb de 24,9 euros/mes.

A este respecto, cabe indicar que los servicios Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar sobre ADSL se construyen sobre una oferta de acceso a la red telefónica pública y banda ancha que incluye las mismas prestaciones (banda ancha hasta 10 Mb, tarifa plana nacional) que las reseñadas anteriormente para los servicios de acceso y banda ancha sin TV⁷. En el caso de la oferta de base (sin un bono de llamadas a móviles), el precio que resultaba de aplicación a los servicios de acceso y banda ancha contenidos en los servicios Movistar TV Ocio, Movistar TV Deportes y Movistar TV Familiar sobre ADSL era de 24,9 euros/mes, publicitándose además este precio como un precio definitivo.

Por último, las condiciones comerciales vigentes en el momento de la contratación del servicio Movistar ADSL señalaban que, en los casos en que el cliente no dispusiera asimismo del servicio móvil Movistar Contrato, *“el precio de Movistar ADSL hasta 10Mb, es de 19,9€/mes (24,08€/mes IVA incluido) durante los 12 primeros meses y 24,9€/mes (30,13€/mes IVA incluido) los 12 meses siguientes”*⁸. Dado que la vida media de un cliente de banda ancha se estima en 27 meses⁹, quedaría así confirmado que el precio de 24,9 euros/mes, aplicable ya en el momento de alta, sería en la práctica un precio definitivo que Telefónica vendría ofertando desde el momento de contratación del servicio Movistar ADSL.

Analizados estos hechos, ha podido constatarse que la modificación de precios recogida en los párrafos anteriores, y en virtud de la cual el precio del servicio Movistar ADSL era en la fecha en que se practicaron las inspecciones de 24,9 euros/mes, no fue comunicada a la CMT para su análisis con anterioridad a su

⁷ En el caso de la oferta que no incluye un bono de llamadas a móviles, 19,9 euros/mes durante los doce primeros meses y 24,9 euros/mes durante el resto de la vigencia del contrato; en el caso de la oferta que incluye un bono de llamadas a móviles, 24,9 euros/mes durante los doce primeros meses y 29,9 euros/mes durante el resto de la vigencia del contrato.

⁸ El subrayado es añadido.

⁹ La CMT ha fijado esta vida media del cliente en diferentes Resoluciones (ver en particular Resolución de 1 de octubre de 2009 sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (expediente AEM 2009/1106) y Resolución de 3 de noviembre de 2012 por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica (expediente AEM 2011/896)).

comercialización, tal como exige la normativa sectorial respecto de las ofertas y promociones que incluyan servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y/o banda ancha.

En particular, la comunicación relativa al servicio Movistar ADSL, realizada en fecha 4 de mayo de 2011¹⁰, se refería a un precio nominal de 29,9 euros/mes (y no de 24,9 euros/mes) por la prestación de los servicios de acceso a la red telefónica pública y banda ancha hasta 10 Mb con tarifa plana nacional pero sin llamadas a móviles.

En definitiva, debe concluirse que Telefónica no comunicó a la CMT con anterioridad a su comercialización la modificación de precios asociada a la prestación del servicio Movistar ADSL, y en virtud de la cual el precio de dicho servicio era de 24,9 euros/mes.

b) Movistar TV Familiar sobre ADSL (sin llamadas a móviles desde la red fija)

Como recogía la página web de Telefónica en el momento en que la CMT llevó a cabo las inspecciones reseñadas, la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL (sin llamadas a móviles desde la red fija) incluía la prestación de los servicios incluidos en la oferta Movistar ADSL, a los que se sumaría la provisión del servicio de TV de pago Movistar TV Familiar¹¹.

En cuanto a las condiciones económicas aplicables al servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL (sin llamadas a móviles desde la red fija), según consta en las actas de inspección llevadas a cabo por la CMT, para clientes sin contrato móvil con Movistar el precio era de 24,9 euros/mes, al que se sumaba un precio de 29,9 euros/mes por la prestación del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL (es decir, un precio total de 54,8 euros/mes, o 66,3 euros/mes con IVA).

El precio referenciado era el precio que aparecía reflejado en la propia página web de Telefónica para la contratación de servicios de conectividad relacionados con Movistar TV Familiar. Dicho precio era también el que figuraba en las condiciones generales de contratación relativas al servicio Movistar TV, y donde la cuota mensual del servicio Movistar TV Hasta 10 Mb Familiar era de 54,8 euros (66,308 euros con IVA).

Dado que las citadas condiciones generales eran de fecha 1 de enero de 2013, puede asimismo deducirse que según consta en estos documentos, dichos precios estuvieron disponibles en la página web al menos a partir de dicha fecha.

Analizados estos hechos, ha podido constatarse que la modificación de precios recogida en los párrafos anteriores, y en virtud de la cual el precio del servicio Movistar TV Familiar era en la fecha en que se practicaron las inspecciones de 54,8

¹⁰ Número de referencia SER-PQ-11-1497.

¹¹ En el momento de las inspecciones, la oferta Movistar TV Familiar incluía el acceso a más de 80 canales de televisión, así como a contenidos de fútbol y servicios de videoclub.

euros/mes, no fue comunicada a la CMT para su análisis, tal como exige la normativa sectorial respecto de las ofertas y promociones que incluyan servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y/o banda ancha.

En particular, las comunicaciones relativas a Movistar TV Familiar sobre ADSL, efectuadas en fecha 23 de junio de 2011 y 7 de julio de 2011¹², no hacen referencia alguna a la existencia de un precio para la prestación del servicio Movistar TV de 54,8 euros/mes¹³, siendo el precio efectivamente comunicado a la CMT de 59,8 euros/mes.

En definitiva, debe concluirse que Telefónica no comunicó a la CMT con anterioridad a su comercialización la modificación de precios asociada a la prestación del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL, y en virtud de la cual el precio de dicho servicio era de 54,8 euros/mes.

Alegaciones de Telefónica en relación con el hecho probado

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica alega que notificó en tiempo y forma los precios objeto de este expediente, como precios promocionales remitidos a la CMT en fecha 17 de diciembre de 2012¹⁴.

Los precios sí habrían sido por tanto adecuadamente comunicados como promociones de retención, si bien por error se recogieron en el canal *online* de la compañía como ofertas de captación (ofertas definitivas).

Así por ejemplo, en relación con la oferta Movistar ADSL, Telefónica alega que el precio de 24,9 euros/mes no sería sino una promoción de retención aplicada a clientes en planta, que resultaría de aplicación una vez expirado el plazo de vigencia de la promoción de alta inicialmente ofrecida al usuario (19,9 euros/mes durante doce meses). Según Telefónica, el precio del servicio Movistar ADSL habría sido por tanto de (i) 19,9 euros/mes durante 12 meses (promoción que habría sido comunicada a la CMT); (ii) 24,9 euros/mes durante los meses 13-24 (promoción de retención que según Telefónica también habría sido comunicada a la CMT, y que sería de aplicación a aquellos clientes que manifestasen su intención de darse de baja una vez transcurrido el periodo inicial); (iii) 29,9 euros/mes durante el resto de la vida del cliente.

En la instrucción del procedimiento, según Telefónica se habría por tanto considerado equivocadamente que el supuesto de hecho se refiere a la no comunicación del precio de dos productos (Movistar ADSL y Movistar TV Familiar

¹² Números de referencia OTR-OT-11-0056 y OTR-RC-11-0058, respectivamente. Telefónica procedió a una actualización de los precios del servicio de televisión Movistar TV Familiar mediante comunicaciones de fecha 15 de septiembre de 2011 y 7 de septiembre de 2012, con número de referencia MSV-PQ-11-0004 y MSV-PQ-12-0009, respectivamente.

¹³ Precio resultante de la suma de los servicios de conectividad (24,9 euros/mes) y el componente de TV de Movistar TV Familiar (29,9 euros/mes).

¹⁴ Números de referencia PMO-PQ-12-1865 y PMO-PQ-12-1885.

sobre ADSL), cuando realmente estaríamos ante dos ofertas promocionales debidamente comunicadas.

Telefónica reconoce sin embargo¹⁵ la existencia de “errores en la traslación de [los] precios” así como “algunas inconsistencias en su web a la hora de trasladar la información sobre su política comercial”, al publicitar unos precios que en la práctica no habrían estado disponibles, pero indica que dichas inconsistencias fueron subsanadas inmediatamente a raíz de la incoación del expediente de información previa por la CMT¹⁶.

Contestación a las alegaciones de Telefónica

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, las inspecciones practicadas a lo largo de los meses de marzo y abril de 2013 permitieron detectar la existencia de una serie de ofertas en la página web de Telefónica cuyos precios definitivos no se correspondían con los precios que este operador había comunicado a la CMT.

En relación con la oferta Movistar ADSL, las inspecciones practicadas pusieron de manifiesto que, al menos hasta la incoación del expediente de información previa en fecha 13 de mayo de 2013, el precio de 24,9 euros/mes figuraba como un precio definitivo (y no como una promoción de retención tal y como aduce Telefónica): (i) en las Condiciones Generales del servicio Kit Movistar ADSL Autoinstalable y Línea Movistar ADSL para el servicio Dúo hasta 10 Mb; (ii) en las cuotas mensuales de los empaquetamientos de los servicios de acceso fijo y banda ancha con TV (productos Trío), en los cuales subyacía una cuota nominal de los servicios de acceso y banda ancha hasta 10 Mb de 24,9 euros/mes¹⁷; (iii) en las condiciones comerciales vigentes en el momento de la contratación del servicio Movistar ADSL.

Para la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL el precio de 54,8 euros/mes figuraba explícitamente en las condiciones generales de contratación aplicables al citado servicio, así como en el momento en que el usuario procedía a la contratación efectiva del servicio.

Este hecho – la inclusión en uno de los canales comerciales de Telefónica de unos precios no efectivamente comunicados – es reconocido por la propia Telefónica, aun

¹⁵ Ver en particular escrito de alegaciones al trámite de información previa y escrito de 21 de agosto de 2013.

¹⁶ A este respecto, la consulta de la página web de Telefónica en el mes de mayo de 2013 reveló que las condiciones generales de contratación, así como las condiciones comerciales aplicables a las soluciones modulares elaboradas sobre la base de la oferta Movistar ADSL referencia, fueron modificadas a lo largo de dicho mes.

¹⁷ Los productos Trío de Telefónica se construyen sumando el importe del servicio de TV al importe de los productos Dúo de Telefónica (es decir, al precio aplicable de 24,9 euros/mes se suma el precio de las ofertas de Movistar TV Ocio, Familiar o Deportes).

cuando este operador lo califica como un traslado inconsistente y erróneo de información comercial a uno de sus canales, pues se habría publicitado como un precio definitivo lo que en puridad era una promoción de retención.

A este respecto, cabe señalar que las promociones de retención no son abiertamente publicitadas, al ser ofertas que se destinan a los usuarios en el momento en que los mismos comunican puntualmente su intención de darse de baja. En contraposición con este hecho, los precios de las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL figuraban explícitamente en las condiciones generales de contratación aplicables a los citados servicios, así como en el momento en que el usuario procedía a su contratación.

Por otra parte, la consideración de los precios de 24,9 euros/mes (aplicable a la oferta Movistar ADSL) y 54,8 euros/mes (aplicable a la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL) como precios definitivos (tal como aparecía en la página web de Telefónica) resulta la única consideración posible, habida cuenta de que dichos precios se anunciaban ya al contratar el servicio. A este respecto, las promociones de retención referenciadas por Telefónica en su escrito de alegaciones¹⁸ expresamente se refieren a la aplicación de las mismas a clientes en planta, cuando los precios objeto de este expediente se ofertaron a clientes interesados en contratar por primera vez los servicios de este operador a través de su canal online (altas nuevas).

A mayor abundamiento, cabe señalar (como ya se indicaba en la Resolución por la que se acordaba el inicio del presente procedimiento) que los supuestos errores aducidos por Telefónica se habrían producido durante un período de tiempo muy prolongado, lo que lleva a plantearse el supuesto carácter puntual de dichos errores. En efecto, para la oferta Movistar ADSL, dado que las condiciones de contratación analizadas en las inspecciones indicaban que éstas habían sido objeto de actualización en fecha 1 de septiembre de 2012, puede deducirse que los supuestos errores se mantuvieron en la página web durante al menos nueve meses (septiembre de 2012-mayo de 2013), lo cual parece un plazo de tiempo suficientemente largo como para no haber procedido a subsanar las “inconsistencias”. En relación con la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL, las condiciones de contratación relativas a los servicios de TV analizadas en las inspecciones indicaban que las mismas habían sido objeto de actualización en fecha 1 de enero de 2013, por lo que puede deducirse que los “errores” invocados por Telefónica se mantuvieron en la página web durante un plazo de al menos cinco meses (enero de 2013-mayo de 2013).

A los anteriores antecedentes y hecho probado les son de aplicación los siguientes

¹⁸ Números de referencia PMO-PQ-12-1865 y PMO-PQ-12-1885.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

A este respecto, el artículo 3 de la LGTel fija, entre otros, como objetivo de la Ley el siguiente:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos”.

Entre las funciones que la LGTel otorga a la CNMC está, en el artículo 48.4 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”*

Por su parte, el artículo 48.4 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la CNMC ejercerá, entre otras, la función de *“definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”*.

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 22 de enero de 2009 se adoptó la Resolución de los mercados 4 y 5, donde se establecen las obligaciones de comunicación previa de las ofertas minoristas de Telefónica mencionadas en el antecedente de hecho primero.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013¹⁹, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.2 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Asimismo, los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, atribuyen a la CNMC “*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]*”. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución de los mercados 4 y 5 arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC. Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del hecho probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la autoridad nacional de

¹⁹ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

reglamentación en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por existir indicios de *“incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor”*.

Tras las comprobaciones realizadas, se ha determinado que:

1.- Telefónica ha incumplido la Resolución de los mercados 4 y 5 al no haber comunicado las ofertas analizadas en el hecho probado.

Como se ha indicado en el hecho probado, ha quedado acreditado que Telefónica no notificó a la CMT con anterioridad a su comercialización la modificación de precios efectuada sobre sus ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL.

A estos efectos, la Resolución de los mercados 4 y 5 acuerda en su Resuelve Sexto:

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

Por su parte, el Anexo 3 de obligaciones de la Resolución (“Medida en relación con el servicio mayorista de acceso de banda ancha hasta 30 Mbit/s”) dispone lo siguiente:

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

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

[...]

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

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

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

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

Esto es, de conformidad con esta obligación, Telefónica está obligada a comunicar a la CMT (y en la actualidad, a la CNMC) los precios y condiciones aplicables a la provisión de servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de un mes de antelación a su aplicación/comercialización efectiva, en el caso de que la oferta implique nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual.

Alegaciones de Telefónica en relación con la tipificación del hecho probado

Telefónica se refiere a una serie de cuestiones en relación con la tipificación del hecho probado.

- En primer lugar, Telefónica formula una serie de observaciones en relación con la estimación de la vida media del cliente en 27 meses (vida media que, como se ha indicado anteriormente, permitiría concluir que la referencia en las condiciones comerciales²⁰ a la aplicación de un precio de 24,9 euros/mes durante los meses 13-24 del contrato puede equipararse a un precio definitivo).

²⁰ Como se ha indicado en el hecho probado, las condiciones comerciales vigentes en el momento de la contratación del servicio Movistar ADSL señalaban que, en los casos en que el cliente no dispusiera asimismo del servicio móvil Movistar Contrato, “el precio de Movistar ADSL hasta 10Mb, es de 19,9€/mes (24,08€/mes IVA incluido) durante los 12 primeros meses y 24,9€/mes (30,13€/mes IVA incluido) los 12 meses siguientes”.

Según Telefónica, la propuesta de Resolución realizaría una interpretación errónea del parámetro de 27 meses establecido en la metodología adoptada por la CMT para el análisis de las ofertas comerciales de este operador²¹, al asumir que la fijación de dicho valor, efectuada a efectos del cálculo del VAN²², sustenta el incumplimiento del deber de comunicación previa por parte de este agente económico.

- Telefónica se refiere asimismo al hecho de que, en otras secciones de su web, la información sobre el precio de la oferta Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL aparecía reflejada de manera correcta²³. Dicha información sería además la que prevalecería sobre cualquier otra información contradictoria que pudiera constar publicada, con lo que como máximo podría argumentarse que nos encontramos ante un caso de publicidad errónea o engañosa, pero no ante un incumplimiento de las Resoluciones dictadas por la CMT²⁴.
- Por otra parte, para las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL, Telefónica se remite a su comunicación de fecha 6 de junio de 2013, en virtud de la cual notificó que a partir del 24 de junio de 2013 el precio del servicio Movistar ADSL pasaba a ser de 24,9 euros/mes y el precio del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL pasaba a ser de 54,8 euros/mes.

Según Telefónica, los nuevos precios comunicados en junio de 2013 sólo habrían resultado de aplicación a partir de dicha fecha, debiéndose la modificación de las condiciones económicas de dichos productos exclusivamente a la estrategia comercial de este operador, que respondería así a la evolución del mercado y a las ofertas de sus competidores. Asimismo, Telefónica señala que durante el período de información previa abierto con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador, ya se habría referido a la posibilidad de rebajar el precio definitivo de la oferta Movistar ADSL a 24,9 euros/mes.

²¹ Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones.

²² Valor Actual Neto de los servicios ofertados por Telefónica.

²³ En particular, en la información contenida a través del enlace <http://www.movistar.es/tarifas>.

²⁴ Telefónica pone asimismo de manifiesto el hecho de que el número de usuarios que accede a las condiciones generales de contratación disponibles en su canal *online* es muy limitado, aproximadamente el 1% de los usuarios que visualizan las condiciones comerciales publicadas en su web.

Contestación a las alegaciones de Telefónica

En contestación a las alegaciones de Telefónica, cabe llevar a cabo una serie de consideraciones.

- En relación con la estimación de la vida media del cliente en 27 meses, dicha estimación no supone meramente un criterio empleado a los solos efectos de la metodología. Este horizonte temporal coincide con la antigüedad media del abonado en el momento en que deja de ser cliente del operador, de acuerdo con los datos aportados por los operadores (incluyendo la propia Telefónica²⁵). Por tanto, la consideración de una vida media de 27 meses tiene su fundamento en datos reales sobre el comportamiento de los clientes de banda ancha, siendo además este segmento de la demanda (el de los clientes con un incentivo a explorar distintas ofertas y, en su caso, cambiar de operador) el segmento sobre el cual se centra la presión competitiva de los distintos operadores.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la expectativa de permanencia de un cliente en relación con un producto determinado no es especialmente prolongada incluso en el caso de aquellos clientes que no abandonan el operador. En general, los clientes de banda ancha se van migrando progresivamente a nuevos productos que les ofrezcan prestaciones más atractivas, en línea con la evolución del mercado, siendo en muchas ocasiones dichos productos ofrecidos por su propio operador de banda ancha.

En consecuencia, dado que la vida media de los clientes es de 27 meses, los mismos percibirán que un precio de 24,9 euros/mes que resulta de aplicación durante el segundo año de permanencia con el operador (meses 13-24), y que se publicita como tal desde el inicio, es un precio definitivo y no una mera promoción. Esta conclusión queda avalada, como se ha visto, por el comportamiento real de los clientes de Telefónica y del resto de operadores.

Debe asimismo señalarse que el argumento de Telefónica relativo a la consideración de la vida media del cliente en 27 meses resultaría únicamente aplicable a la oferta Movistar ADSL, puesto que de las inspecciones practicadas se desprende que, en relación con la oferta Movistar TV Familiar sobre ADSL, el precio de 54,8 euros/mes aparecía en todo caso reflejado como un precio definitivo, vigente durante todo el contrato²⁶.

²⁵ Ver en particular la información aportada en el seno del expediente AEM 2011/896 (Resolución de 3 de noviembre de 2012 por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica).

²⁶ Una vez expirada, en su caso, la promoción de alta que pudiera resultar de aplicación.

- Por otra parte, no pueden acogerse las alegaciones de Telefónica relativas al adecuado reflejo de los precios de los servicios considerados en algunas pestañas de su página web.

En relación con esta cuestión, resulta indudable que el canal *online* de Telefónica es una importante herramienta para la captación de clientes, los cuales pueden contratar los servicios de este operador bien directamente (una vez consultados los precios disponibles en el canal *online*) o indirectamente (efectuando su decisión de compra una vez consultada la página web, para después contratar las ofertas por otros medios). Una vez tomada la decisión de acudir a la página web de Telefónica, resulta razonable asumir que un usuario interesado en conocer las ofertas de Telefónica acudirá a las secciones donde se recogen las opciones y tarifas comerciales disponibles para la contratación de servicios de banda ancha²⁷, que permiten la contratación directa de los servicios consultados, y no al muestrario general e histórico de tarifas existente en otras pestañas de su página web (bajo un epígrafe que además se titula “*Tarifas: Servicio Telefónico Básico*”).

Hechas estas apreciaciones, es preciso reiterar que la puesta a disposición a clientes de ofertas comerciales no comunicadas a la autoridad nacional de reglamentación para su verificación es susceptible de constituir una infracción de la normativa sectorial vigente²⁸, sin perjuicio de la existencia de otros posibles incumplimientos, que trascienden de dicho marco, como podría ser el carácter incorrecto de la publicidad transmitida a los usuarios.

- En relación con la comunicación de precios efectuada por Telefónica en fecha 6 de junio de 2013, y según la cual informó a la CMT de que a partir del 24 de junio de 2013 el precio del servicio Movistar ADSL pasaba a ser de 24,9 euros/mes y el precio del servicio Movistar TV Familiar sobre ADSL pasaba a ser de 54,8 euros/mes, frente a lo alegado por Telefónica ha quedado acreditado que los precios mencionados fueron ofertados con anterioridad a su comunicación a la CMT, por lo que la comunicación de 6 de junio de 2013 no vendría sino a consolidar la política de precios que ya estaba vigente, tal y como venía reflejada en la página web de este operador.

En efecto, tal y como demuestran las inspecciones efectuadas por la CMT, Telefónica habría aplicado a través de su canal *online* condiciones comerciales no comunicadas a este organismo, constituyendo la omisión del

²⁷ Siendo además estas las primeras páginas que son directamente accesibles a través del canal *online* de Telefónica.

²⁸ Como ya se puso de manifiesto por la CMT en la Resolución de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales (RO 2009/1233).

deber de comunicación de dichas ofertas con anterioridad a su lanzamiento (y no con posterioridad al mismo, como ocurriría en este caso) el objeto del procedimiento sancionador.

El hecho de que Telefónica estuviera considerando modificar su política tarifaria ya antes del mes de junio de 2013, y que por lo tanto la comunicación del 6 de junio fuera un acto independiente de la decisión de abrir en mayo de 2013 un periodo de información previa al presente procedimiento sancionador (aspecto que esta Resolución no cuestiona) no tiene ninguna incidencia a los efectos de este expediente, habida cuenta de que, en todo caso, las ofertas aquí tratadas fueron comercializadas antes de que se produjera su efectiva comunicación a la CMT.

En definitiva, cabe concluir que Telefónica ha incumplido la Resolución de los mercados 4 y 5, al no haber comunicado, con carácter previo a su comercialización, los precios y condiciones aplicables a los servicios analizados en el hecho probado.

En concreto, Telefónica no comunicó a la CMT con la antelación requerida la modificación de precios practicada en relación con su oferta Movistar ADSL, y en virtud de la cual el precio del citado servicio era de 24,9 euros/mes para clientes que no tienen contratados servicios de telefonía móvil con Telefónica, y no de 29,9 euros/mes como se habría comunicado inicialmente a la CMT.

En el mismo sentido, Telefónica no habría comunicado la modificación de precios practicada en relación con su oferta Movistar TV Familiar, y en virtud de la cual el precio del citado servicio era de 54,8 euros/mes para clientes que no tienen contratados servicios de telefonía móvil con Telefónica, y no de 59,8 euros/mes como se habría comunicado inicialmente a la CMT.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la jurisprudencia, 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 sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el derecho administrativo sancionador no se exige dolo o intención

maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia²⁹. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20)) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53 e) o el 53 o) de la LGTel³⁰, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53 r) de la misma norma (cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento), en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

²⁹ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica que “en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”.

³⁰ El artículo 53 e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley [...]”. De la misma forma, el artículo 53 o) determina como infracción muy grave “el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”.

En el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de una resolución, en concreto la resolución adoptada en fecha 22 de enero de 2009 (Resolución de los mercados 4 y 5), al no haber procedido a comunicar en tiempo y forma las ofertas sobre ADSL consideradas a lo largo de la presente Resolución, y vulnerando por tanto su obligación de notificar *ex ante* sus ofertas comerciales que incluyan la prestación de servicios de banda ancha.

En relación con la conducta citada, la inobservancia de la obligación es atribuible al menos a título de culpa a Telefónica, toda vez que conociendo este operador la importancia que tienen las obligaciones de comunicación *ex ante* previstas en la Resolución de los mercados 4 y 5, tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

Alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad y contestación

En sus escritos, Telefónica niega la existencia de laxitud o falta de deber objetivo de cuidado por su parte, y se refiere a la necesidad de que la Administración acredite fehacientemente la concurrencia de la culpabilidad del sancionado, como elemento subjetivo del tipo.

Telefónica se refiere al elevado número de notificaciones que, de conformidad con los requerimientos de la normativa sectorial, ha llevado a cabo a lo largo de los últimos años, y destaca que el incumplimiento reprochado (junto con el que ya se sancionó en el año 2010) representa meramente un 0,01% sobre el total de notificaciones efectuadas a la CMT durante el período 2009-2012. Teniendo en cuenta los volúmenes de información que se manejan (miles de notificaciones anuales), según Telefónica resultaría imposible asegurar siempre y en todo caso la comunicación que exige la Resolución de los mercados 4 y 5, sin riesgo alguno de error (por mínimo que fuera).

Telefónica también invoca la existencia de buena fe en su conducta, hasta el punto de que procedió a corregir la información “*ambigua*” que constaba en su página web tan pronto como tuvo conocimiento de su ausencia de claridad (una vez iniciado el trámite de información previa a la incoación de este procedimiento)³¹.

En contestación a estas alegaciones, cabe señalar que en la instrucción del presente procedimiento ha quedado acreditada la existencia de una conducta al menos culpable por parte de Telefónica.

³¹ Como se ha indicado, en mayo de 2013, Telefónica modificó sus condiciones generales de contratación, así como las condiciones comerciales aplicables a las soluciones modulares elaboradas sobre la base de la oferta Dúo (acceso y banda ancha fija). Dichas modificaciones se mantuvieron en vigor hasta el mes de junio de 2013, fecha en que volvieron a resultar de aplicación los precios objeto del presente expediente a raíz de la comunicación de Telefónica a la CMT a tal efecto (mediante escrito de 6 de junio de 2013).

En efecto, en el expediente se ha probado que los precios que contenía la página web de Telefónica para los servicios Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL, y que son objeto del expediente, eran los precios que se ofertaban a los usuarios en el momento de contratación de los servicios (precios que además venían corroborados al consultar las condiciones generales de contratación), sin que estos precios fueran comunicados a la CMT. Frente a estos hechos, Telefónica se limita a realizar una serie de afirmaciones genéricas (según las cuales los precios contenidos en su propio canal *online* no habrían sido ofertados en la práctica al tratarse meramente de errores puntuales), sin aportar sin embargo ningún elemento de hecho que permita acreditar la veracidad de dichas afirmaciones.

En relación con la buena fe en la conducta de Telefónica, cabe señalar que el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, obligan a Telefónica a notificar en tiempo y forma todas las ofertas comerciales que entren dentro del ámbito de aplicación de la citada Resolución.

El análisis de las ofertas de Telefónica debe por tanto recaer sobre todas las ofertas de este operador (y no simplemente sobre la mayoría de sus ofertas), y ha de tener carácter preventivo (puesto que el análisis se efectúa antes de la comercialización de los servicios). Acoger el argumento de Telefónica, según el cual el importante volumen de información que debe tratarse convierte en inviable el cumplimiento siempre y en todo momento de las obligaciones regulatorias vigentes (en este caso, de la obligación de comunicación previa), supondría en la práctica vaciar de contenido las obligaciones establecidas en la Resolución de los mercados 4 y 5, transfiriendo en última instancia la responsabilidad de velar por su cumplimiento al propio operador declarado con poder significativo de mercado (que siempre podría argumentar el carácter puntual de cualquier incumplimiento detectado).

Como ya recogía la Resolución de 15 de julio de 2010 – en contestación a un argumento de Telefónica similar al aquí considerado –, *“Telefónica debería tener un procedimiento claramente predefinido para comunicar a esta Comisión todas las promociones u ofertas, por lo que no se entiende cómo pueden producirse errores en la remisión de la información [...]”*.

Por tanto, un único supuesto es suficiente para dar lugar al incumplimiento de la obligación de comunicación previa impuesta a Telefónica, sin que la corrección *a posteriori* por Telefónica de la información publicitada en su página web sea suficiente como para entender que los hechos objeto del presente procedimiento no deben ser constitutivos de infracción, en particular dado que la Resolución de los mercados 4 y 5 se incumple una vez una oferta no ha sido comunicada con carácter previo a su comercialización.

Procede señalar que dichas conclusiones son plenamente coincidentes con las manifestaciones contenidas en la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2012³², relativa a la Resolución de 15 de julio de 2010 por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de los mercados 4 y 5 y la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de sus ofertas comerciales.

Como recoge dicha sentencia en relación con la omisión por Telefónica del deber de notificación de sus ofertas comerciales, en el concreto ámbito jurídico y tecnológico en que se integra la actividad de este operador, y dada su relación de sujeción especial, *“resulta suficiente una negligencia parangonable a la omisión del deber de cuidado exigible, sin que esto suponga olvidar, claro está, que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de dolo o de culpa. Y es que 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 aún a título de simple inobservancia”. Llano es que el tipo utilizado por la CMT no requiere una voluntad inequívoca, expresa o manifiesta de incumplimiento de las obligaciones impuestas, sólo el incumplimiento de éstas, sin necesidad, por tanto, de dolo específico, ni siquiera de mera negligencia que fuera más allá de una simple omisión”*.

TERCERO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 56.2 de la LGTel 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 beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado.*

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

³² Núm. rec. 826/2010, JUR 2012\162418.

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”.*

1.- Circunstancias agravantes.

En el presente caso concurre la circunstancia agravante de reiteración.

El artículo 131.3.a) de la LRJPAC se refiere a la reiteración como un posible criterio a tomar en consideración en la graduación de la sanción a aplicar.

En derecho administrativo sancionador, y a la luz de lo establecido en el derecho penal, podrá apreciarse reiteración cuando al cometer la infracción el culpable hubiese sido castigado por una infracción a la que la ley señale igual o mayor sanción, o por dos o más infracciones a las que la ley señale una sanción menor.

Asimismo, se ha reconocido que la consideración de la agravante de reiteración resulta independiente de que la infracción en cuestión participe o no de la naturaleza de la considerada anteriormente³³.

En relación con el presente caso, Telefónica es perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de las Resoluciones en relación con la obligación de proceder a la comunicación ex ante de sus ofertas comerciales de banda ancha sobre ADSL, habiendo sido sancionada en el pasado por el incumplimiento de dicha obligación de notificación.

En concreto, en la Resolución de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la

³³ Ver por ejemplo STSJ de Baleares de 11 de junio de 1999 (núm. rec. 767/1997): *“en el marco del Derecho Administrativo sancionador, la reiteración se distingue de la reincidencia únicamente en que aquélla comprende a infracciones cometidas incluso con una diferencia temporal superior a un año y es también independiente de que dichas infracciones participen o no de la naturaleza de la considerada en la que se quieren hacer valer los efectos agravatorios -artículo 131.3 de la Ley 30/1992-“.*

Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales³⁴, se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica como operador con PSM y la imposición de obligaciones específicas, al no notificar en tiempo y forma las promociones analizadas en el cuerpo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. una sanción por importe de cincuenta y cinco mil (55.000) euros por la anterior conducta.

[...].”

En el citado procedimiento, por tanto, Telefónica fue sancionada por no notificar en tiempo y forma sus ofertas comerciales (en aquel caso, una serie de promociones), de manera contraria a las resoluciones que en materia de regulación de mercados la CMT había venido dictando, lo que se consideró constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

La validez de la citada Resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional, en sentencia de 16 de abril de 2012³⁵.

Por otra parte, a lo largo de los últimos años, Telefónica ha sido asimismo sancionada en vía administrativa por la comisión de infracciones calificadas como muy graves (derivadas del incumplimiento de las resoluciones dictadas por la CMT), comercializando ofertas no replicables económicamente³⁶, o retrasando la efectiva puesta a disposición de elementos esenciales de las ofertas mayoristas reguladas³⁷.

³⁴ Expediente RO 2009/1233.

³⁵ Núm. rec. 826/2010, JUR 2012\162418.

³⁶ Resolución de 7 de junio de 2012 del expediente sancionador RO 2011/2321, incoado contra Telefónica, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (expediente MTZ 2010/1614).

³⁷ Resolución de 12 de septiembre de 2013 por la que se pone fin al procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el presunto incumplimiento de la Oferta NEBA (expediente RO 2012/2607).

En conclusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 131.3 a) de la LRJPAC, la existencia de reiteración será tomada en cuenta a la hora de determinar la sanción a aplicar.

2.- Circunstancias atenuantes.

En el presente caso no concurre circunstancia atenuante alguna.

Alegaciones de Telefónica en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora y contestación

En sus alegaciones, Telefónica afirma que el escaso daño ocasionado al mercado por la conducta reprochada debería considerarse una circunstancia atenuante.

Señala este operador que las ofertas objeto de este procedimiento eran replicables económicamente, refiriéndose asimismo al escaso impacto que la información comercial contenida en su página web habría tenido sobre el mercado.

Telefónica se refiere asimismo al hecho de que, en la Resolución de 15 de julio de 2010 precitada, se consideró como circunstancia atenuante la escasa naturaleza de los perjuicios causados.

En relación con estas alegaciones, tanto el artículo 56.2 de la LGTel como el artículo 131.3 de la LRJPAC permiten tomar en consideración tanto el “*daño causado*” al mercado como “*la naturaleza de los perjuicios causados*” como circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

En este caso concreto, se considera sin embargo que no concurren los elementos de hecho que justifiquen la consideración de estos factores como circunstancias atenuantes. Así, en contraposición con la Resolución de 15 de julio de 2010, las ofertas no comunicadas por Telefónica objeto de este expediente no fueron detectadas y modificadas (o retiradas) en un breve intervalo de tiempo, sino que como ha quedado acreditado permanecieron en la página web de este operador durante varios meses (incluso nueve meses si se atiende a las condiciones generales de contratación de la oferta Movistar ADSL). Las ofertas tenían además un ámbito geográfico nacional (y no puramente regional, como era el caso de las promociones analizadas en la Resolución de 15 de julio de 2010), con lo que su impacto necesariamente ha sido mayor.

Por otra parte, resulta indudable que – independientemente del efectivo volumen de contratación – el canal *online* de Telefónica constituye uno de los pilares de su estrategia de captación de clientes, los cuales pudieron interesarse y acabar contratando (incluso por otros medios) las ofertas Movistar ADSL y Movistar TV Familiar sobre ADSL a partir de la información sobre precios que figuraba en la página web de este operador. Dichos clientes habrían sido por consiguiente sustraídos de otros operadores u ofertas sobre la base de tarifas que no deberían estar disponibles (al no haber sido comunicadas al regulador), y todo ello con

independencia de que las ofertas fueran replicables económicamente o no (apreciación que en todo caso corresponde a la CNMC efectuar).

En definitiva, debe concluirse que en el presente procedimiento no cabe aplicar circunstancia atenuante alguna.

CUARTO.- Sanción aplicable a las infracciones.

1.- Límite legal.

La LGTel 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 56 de la LGTel,

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al 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 o de que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- 20 millones de euros”.*

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad señaladas 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.

Beneficio bruto

El criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción no es aplicable al presente procedimiento. En efecto, dado que la conducta consiste en la ausencia de notificación *ex ante* de dos ofertas comerciales sobre ADSL, no puede cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado de la omisión de un deber de notificación.

Rama de actividad

En cuanto al criterio del 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada en el último ejercicio, tal y como ha venido señalando la CMT en su práctica administrativa³⁸, no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad. Con carácter general, la rama de actividad se define como el conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

Según dicta el artículo 56 de la LGTel, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en la que se realizó la acción u omisión, sino la rama de “actividad afectada”.

Como recoge la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2010³⁹,

“el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como “rama de actividad afectada””.

Pues bien, en el presente caso, y en línea con las conclusiones alcanzadas en la Resolución de 15 de julio de 2010, se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida los componentes minoristas cubiertos por las ofertas analizadas, es decir la telefonía fija, la banda ancha fija y los servicios audiovisuales. Por otra parte, la rama de actividad tomada en consideración se limitará exclusivamente al segmento residencial, al ser el segmento donde primordialmente se han comercializado las ofertas de Telefónica objeto de este expediente.

De acuerdo con la información aportada por Telefónica para la elaboración del Informe Económico Sectorial 2012, la facturación de este agente por la prestación de

³⁸ Ver por ejemplo Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado contra Telefónica por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador; Resolución de 7 de junio de 2012 del expediente sancionador RO 2011/2321, incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

³⁹ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. La citada sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de noviembre de 2013 (núm. rec. 4037/2010).

servicios de telefonía fija, banda ancha fija y servicios audiovisuales en el segmento residencial ascendió a:

CONFIDENCIAL [

Rama de actividad afectada (segmento residencial)	Millones de euros
Telefonía fija	40
Banda ancha fija	
Servicios audiovisuales	
Total	

FIN CONFIDENCIAL]

Por tanto, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada ascendió a 20,8 millones de euros.

Fondos totales

En cuanto a la determinación de la cuantía consistente en el 5% de los fondos totales, propios y ajenos, utilizados en la comisión de la infracción que se imputa a Telefónica, la conducta reprochada a este operador consiste en una falta de actuación (no notificación de dos ofertas comerciales). Por lo tanto, en principio no son necesarios recursos y fondos para llevar a cabo dicha conducta.

⁴⁰ Para los servicios de telefonía fija, y dado que en las ofertas analizadas dichos servicios se comercializan de forma empaquetada con el acceso a Internet, se ha efectuado una aproximación del número de clientes de telefonía fija que también consumen servicios de Internet. Según el Informe Económico Sectorial 2012, en el año 2012 Telefónica tuvo un total de 3.846.964 líneas de banda ancha (segmento residencial), y un total de 7.121.257 líneas de telefonía fija (segmento residencial). Por tanto, los ingresos totales de Telefónica en telefonía fija en el segmento residencial, según la información aportada por este operador para la elaboración del Informe Económico Sectorial 2012 **CONFIDENCIAL []** se han multiplicado por un factor corrector de 0,54, como mejor aproximación para excluir los ingresos derivados del consumo de servicios de telefonía fija por parte de usuarios que no hacen uso de la banda ancha fija.

Conclusión

El artículo 56 de la LGTel se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse.

Tomando en consideración todas las cantidades señaladas, la de mayor importe es 20,8 millones de euros, siendo esta cuantía el límite máximo de la sanción que puede imponerse.

3.- Determinación de la sanción.

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones⁴¹:

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20,8 millones de euros.
- Se considera que la infracción cometida es relevante, dado el daño potencial que la ausencia de comunicación de una oferta comercial para su análisis previo por la autoridad nacional de reglamentación – en contravención de las obligaciones regulatorias que Telefónica tiene impuestas – puede ocasionar al mercado y a la competencia.

A este respecto, la Resolución de los mercados 4 y 5 señala que “una vez establecida la plena coherencia de la medida impuesta [obligación de comunicación ex ante] con el marco regulador, cabe también señalar que su imposición resulta justificada y proporcionada al fallo de mercado identificado. Efectivamente, el estrechamiento de márgenes y otro tipo de prácticas pueden resultar, de facto, una negativa constructiva de suministro que haría inefectivas las obligaciones de acceso razonables impuestas. Por este motivo, esta Comisión debe garantizar que los precios de las ofertas minoristas no supongan una barrera a la entrada para los operadores alternativos que demandan los servicios de acceso indirecto al bucle”.

Es decir, la obligación de comunicación previa es un complemento necesario de la prohibición de que Telefónica lleva a cabo prácticas contrarias a la regulación de mercados (tales como la comercialización de ofertas no replicables económicamente), dados los efectos perniciosos que tales prácticas pueden acarrear al mercado.

- Se aprecia la concurrencia de una circunstancia agravante, en concreto la existencia de reiteración.

⁴¹ En contraposición con las alegaciones de Telefónica, cabe señalar que los elementos señalados a continuación son elementos que contribuyen a determinar la cuantía de la sanción, sin que por ello deba asumirse que constituyen en sí mismos circunstancias agravantes (habiendo sido tratadas las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora en los epígrafes anteriores).

- En la Resolución de 15 de julio de 2010, la CMT acordó imponer a Telefónica una sanción por importe de 55.000 euros por la omisión de su deber de notificación en tiempo y forma de las cuatro promociones analizadas en dicha Resolución.

Las promociones objeto de la Resolución de 15 de julio de 2010 tenían un ámbito geográfico limitado (al estar restringidas a una región determinada) y un ámbito temporal también limitado (dado que la reducción de precios contemplada en las promociones tenía carácter transitorio). En contraposición con dichos hechos, las ofertas tratadas en este expediente no estaban limitadas ni geográficamente (siendo su ámbito de aplicación la totalidad del territorio nacional) ni temporalmente (al ser el precio ofertado un precio definitivo, y no una promoción).

A mayor abundamiento, y también en contraposición con la Resolución de 15 de julio de 2010 (donde la ventana de contratación de las promociones estaba limitada a unos meses), debe señalarse que las ofertas aquí valoradas estuvieron disponibles para los usuarios de manera permanente a través del canal *online* de Telefónica.

Dado el mayor alcance geográfico y temporal de las ofertas objeto de este expediente, y dada su disponibilidad ilimitada, resulta indudable que la repercusión de las mismas es superior a la repercusión de las promociones analizadas en la Resolución de 15 de julio de 2010, factor que debe ser tomado en consideración a la hora de determinar el importe de la sanción.

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 56 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros) por el incumplimiento del Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

Alegaciones de Telefónica en relación con la determinación de la sanción y contestación

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica se refiere a la supuesta desproporción de la sanción propuesta.

Telefónica se remite en particular a la Resolución de 15 de julio de 2010, donde la sanción por la omisión del deber de comunicación de ofertas fue de 55.000 euros. Dado que el hecho constitutivo de la infracción es el mismo (omisión del deber de notificación), Telefónica defiende que no existe ninguna justificación para imponer

una sanción superior, puesto que los motivos invocados para justificar la cuantía de la sanción (mayor alcance geográfico y temporal de las ofertas, así como su mayor disponibilidad) solamente tendrían relevancia en el hipotético caso de que se hubiera ocasionado un daño al mercado, lo que en este caso no habría sucedido (dado que las ofertas eran replicables económicamente).

La propia CMT habría reconocido la inviabilidad de estimar beneficio alguno, al señalar para el cálculo del beneficio bruto que *“no puede cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado de la omisión de un deber de notificación”*.

Asimismo, se refiere Telefónica al diferente límite máximo que resultaba de aplicación en la Resolución de 15 de julio de 2010 y en el presente procedimiento (57,6 millones de euros frente a 20,8 millones de euros), lo cual debería también ser tomado en consideración a la hora de decidir acerca del importe de la posible sanción.

En relación con el impacto de la conducta aquí analizada en comparación con la considerada en la Resolución de 15 de julio de 2010, resulta incontrovertido que la infracción reprochada a Telefónica consiste en ambos casos en la omisión del deber de notificación recogido en la Resolución de los mercados 4 y 5.

En este marco, la importancia relativa de las ofertas no comunicadas es un factor que puede ser tomado en consideración a la hora de decidir acerca de la graduación de la sanción.

A este respecto, como se ha visto el esquema regulatorio vigente asocia indisolublemente la obligación de comunicación previa con la realización por parte de la CNMC de los análisis necesarios para garantizar la replicabilidad de las ofertas que Telefónica pueda comercializar. La obligación de comunicación *ex ante* no tiene un carácter meramente administrativo o formal, sino que va ligada a garantizar el desarrollo de una competencia sostenible en mercados que se ven afectados por la presencia de un operador con poder significativo de mercado, dotando así al mercado de las suficientes garantías de que todas las ofertas comerciales existentes han sido supervisadas y permiten la competencia en méritos por parte de los operadores alternativos.

Una vez sentados estos principios, debe atenderse al hecho de que corresponde a la CNMC – y no a Telefónica – valorar con carácter preventivo la viabilidad de las ofertas minoristas de banda ancha comercializadas por este operador, a fin de evitar el lanzamiento de ofertas que podrían resultar perniciosas para el mercado. La sustracción por parte de Telefónica de la posibilidad de que el regulador efectúe dicho análisis tendrá por tanto consecuencias mayores cuanto mayor sea la

relevancia de las ofertas no sometidas a análisis, dada su mayor incidencia sobre el mercado⁴².

Factores como el alcance geográfico y temporal de las ofertas, o su disponibilidad, son por tanto relevantes a la hora de decidir acerca de la graduación de la sanción que debe asumir el operador con poder significativo de mercado por la omisión del deber de comunicación de sus ofertas comerciales, al depender el impacto efectivo de dicho incumplimiento de la importancia relativa de las ofertas o promociones no sometidas a la evaluación preventiva de la autoridad administrativa.

Dichos factores, que buscan evaluar el impacto de la conducta reprochada sobre el mercado, son por otra parte independientes del hecho de que, dado el tipo infractor (omisión de un deber), no sea posible atribuir un beneficio directo al operador responsable de dicha omisión.

En relación con los límites máximos legales aplicados en la Resolución de 15 de julio de 2010 y en la presente Resolución, cabe señalar que dichos límites operan como tales (es decir, como máximos que no se pueden sobrepasar), pero no necesariamente han de ser tomados en consideración a la hora de ponderar la cuantía exacta de la sanción que debe imponerse al operador que ha cometido una infracción muy grave. Este es particularmente el caso en un procedimiento como el presente, donde la cuantía de la sanción recogida en la propuesta de Resolución constituye meramente un 1,2% del máximo legal que potencialmente resultaría aplicable, y donde además es necesario tomar en consideración una serie de factores diferenciales respecto de la Resolución precedente, tales como la existencia de una circunstancia agravante o el mayor alcance de las ofertas objeto del expediente.

Dadas estas circunstancias, no puede acogerse la alegación relativa al carácter desproporcionado de la sanción propuesta en función del límite legal aplicable al presente caso (o si se compara dicho límite con el que resultó de aplicación en la Resolución de 15 de julio de 2010).

⁴² El mayor impacto que, en comparación con una promoción, puede tener una oferta permanente ha quedado plasmado por ejemplo en la reciente revisión de la metodología. Según la nueva metodología, solamente los planes de precios de naturaleza permanente estarán sometidos al esquema de control preventivo actualmente en vigor (notificación con anterioridad a su comercialización para que la CNMC lleve a cabo un análisis individualizado), verificándose la replicabilidad de las promociones a través de un análisis agregado *a posteriori* de los segmentos relevantes, que se llevará a cabo semestralmente (ver Resolución de 30 de mayo de 2013 por la cual se aprueba la revisión de la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de Telefónica y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados (expediente MTZ 2012/2259)).

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, al no notificar en tiempo y forma las ofertas comerciales analizadas en el cuerpo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros) por la anterior conducta.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera CaixaBank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.