



JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre

CERTIFICA

Que en la Sesión número 22/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de junio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador RO 2011/2321, incoado contra Telefónica de España, S.A.U., 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

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2011/2321 incoado contra Telefónica de España, S.A.U., por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de octubre de 2011 y, vistas la propuesta de Resolución elevada a este Consejo por el instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 22/12 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 25 de noviembre de 2010.

Con fecha 25 de noviembre de 2010, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución en relación con la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. (en adelante, Ono) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) relativa a la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (en adelante, ICM)¹.

Según dispone la Resolución precitada en sus Resuelve:

¹ Expediente MTZ 2010/1614.



“PRIMERO.- En relación con el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid para la adjudicación del contrato de servicios denominado “Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos” (expediente de contratación ECON/000108/2010), Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

SEGUNDO.- En relación con el Lote II (“servicio de transporte IP de prestaciones medias”) del expediente de contratación ECON/000108/2010, si Telefónica de España, S.A.U. se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

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

La citada Resolución así como los documentos obrantes en dicho procedimiento constan como documento núm. 1 del expediente.

SEGUNDO.- Escrito presentado por Ono.

Con fecha 31 de enero de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Ono por el que denunciaba el supuesto incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución precitada, solicitando de la CMT la adopción de las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento (documento núm. 2.1).

TERCERO.- Apertura de período de información previa.

Con fecha 31 de marzo de 2011, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones notificó a Telefónica, así como a Ono, la apertura de un período de información previa² en relación con la oferta presentada por Telefónica en el concurso convocado por ICM, fijándose un plazo para la realización de las alegaciones que se considerasen pertinentes, y requiriéndose de Telefónica determinada información (documentos núm. 2.2 y 2.3).

² Expediente MTZ 2011/856.



CUARTO.- Alegaciones de Telefónica y contestación al requerimiento de información.

El 12 de abril de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Telefónica por el que efectuaba las alegaciones correspondientes, dando también este operador contestación al requerimiento de información formulado a tal efecto por la CMT (documento núm. 2.4).

QUINTO.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 18 de abril de 2011, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (documento núm. 2.5).

SEXTO.- Escrito adicional de Ono.

Con fecha 22 de junio de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Ono por el que efectuaba una serie de alegaciones adicionales en relación con el expediente de referencia (documento núm. 2.6).

SÉPTIMO.-Requerimientos de información.

Con fecha 1 de julio de 2011, y por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto de referencia, se requirió de Telefónica así como de ICM determinada información adicional (documentos núm. 2.7 y 2.8).

OCTAVO.- Contestación al requerimiento de información.

Con fecha 11 de julio de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Telefónica mediante el cual – tras haber solicitado anteriormente la ampliación del plazo previsto legalmente para evacuar el trámite (documento núm. 2.9) - daba contestación al requerimiento de información formulado a tal efecto por la CMT (documento núm. 2.10).

NOVENO.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 18 de julio de 2011, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de su escrito, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (documento núm. 2.11).

DÉCIMO.- Incoación del procedimiento sancionador.

El 13 de octubre de 2011, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador contra Telefónica³, por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Ono contra Telefónica en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (documento núm. 3).

³ Número de referencia MTZ 2011/856.



El acuerdo de inicio fue notificado a Telefónica el día 17 de octubre de 2011 (documento núm. 4), así como a Ono y a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado al instructor en fecha 13 de octubre de 2011, con traslado de las actuaciones practicadas en los expedientes MTZ 2010/1614 y MTZ 2011/856 (documento núm. 5), comunicándose a Telefónica con fecha 24 de octubre de 2010 el número de referencia para la tramitación del expediente (RO 2011/2321) (documento núm. 6).

Con fecha 15 de noviembre de 2011 Telefónica solicitó la ampliación del plazo legalmente previsto para formular alegaciones (documento núm. 7), acordándose dicha ampliación el 17 de noviembre de 2011 (documento núm. 8).

UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

En fecha 23 de noviembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de Telefónica en el cual formulaba alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador de referencia (documento núm. 9).

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

En su escrito, Telefónica solicitaba asimismo la apertura de un período de prueba en virtud de lo previsto en el artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

En concreto, Telefónica solicitó *“la apertura de un periodo de prueba, en el cual [Telefónica] aportará un informe pericial realizado [por un] ingeniero superior de telecomunicaciones cuyo objeto será poner de manifiesto, respecto de las infraestructuras instaladas para ICM, las características que son relevantes a efectos de este procedimiento sancionador”*.

DUODÉCIMO.- Apertura de un período de prueba.

En atención a la solicitud de Telefónica, incorporada a su escrito de alegaciones de fecha 23 de noviembre de 2011 interesando la práctica de determinados medios de prueba, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un periodo de prueba en fecha 1 de diciembre de 2011 (documento núm. 10), conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y el artículo 17 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, notificándose dicho acuerdo a Telefónica en fecha 7 de diciembre de 2011 (documento núm. 11).

En concreto, se estimó pertinente la práctica del siguiente medio de prueba, concediéndose a tal efecto a Telefónica un plazo de veinte días para su realización:

“A) PERICIAL:

1. **Propuesta por la interesada:** *Consistente en la aportación por parte de Telefónica de un informe pericial realizado por un ingeniero superior de telecomunicaciones, con el objeto de poner de manifiesto, respecto de las infraestructuras instaladas para la Agencia de Informática y Comunicaciones de la*



Comunidad de Madrid (ICM), las características que son relevantes a efectos del procedimiento sancionador de referencia”.

DECIMOTERCERO.- Declaración de confidencialidad.

Con fecha 9 de diciembre de 2011, y a raíz de una solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito por el que efectúa sus alegaciones al acuerdo de apertura del procedimiento sancionador, al contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (documento núm. 12).

DECIMOCUARTO.- Requerimientos de información a Telefónica e ICM.

El 9 de diciembre de 2011, se requirió de la entidad ICM la siguiente información (documento núm. 13):

- a. *Indicación de si, en la actualidad y según su mejor conocimiento, Telefónica se encuentra prestando a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM) el servicio de transporte IP de prestaciones medias, objeto del Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2010, en las mismas condiciones que fueron objeto del contrato suscrito entre Telefónica e ICM con fecha 14 de octubre de 2010.*
- b. *En su caso, indicación de cualesquiera modificaciones en las condiciones económicas y técnicas (velocidades, garantías, tipos de conexiones...) que se hayan podido producir en la prestación del servicio referido y de las que ICM tenga constancia respecto de las condiciones inicialmente previstas en el contrato suscrito entre Telefónica e ICM con fecha 14 de octubre de 2010.*
- i. *Especifique, en particular y siempre que resulte procedente, el número de sedes afectadas por las modificaciones que se hayan podido producir, así como la fecha en que ICM tuvo constancia de las citadas modificaciones.*
- ii. *Indique, para cada una de las sedes antes identificadas, la partida de servicios de que forman parte dentro de las contempladas por el Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2010 (Partidas V1 a V9)⁴, especificando asimismo para dichas sedes el nombre del centro, domicilio y localidad.*
- c. *Aporte una copia de toda comunicación remitida por Telefónica a ICM a partir del día 25 de noviembre de 2010⁵, así como, en su caso, copia de toda comunicación remitida por ICM a Telefónica a partir de dicha fecha.*
- i. *En particular, aporte las actas de las reuniones que se hayan podido mantener entre Telefónica e ICM en relación con el seguimiento de la ejecución del Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2011.*

Igualmente, con fecha 12 de diciembre de 2011, se requirió de Telefónica la siguiente información (documento núm. 14):

- a. *En relación con los servicios incluidos en el Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2010, aporte copia de toda comunicación remitida por Telefónica a*

⁴ Por ejemplo, partida V3 – Edificios remotos acceso fijo con velocidad down 8Mbit/s, Up-512 Kbit, etc.

⁵ Fecha de la Resolución de la CMT relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (expediente MTZ 2010/1614).



ICM a partir del mes de junio de 2011 (inclusive), así como, en su caso, copia de toda comunicación remitida por ICM a Telefónica.

- ii. *En particular, aporte las actas de las reuniones que se hayan podido mantener entre Telefónica e ICM en relación con el seguimiento de la ejecución del Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2010.*

Telefónica dio contestación al requerimiento de información precitado en fecha 29 de diciembre de 2011 (documento núm. 15). Por su parte, ICM no ha procedido a contestar al requerimiento de información practicado.

DECIMOQUINTO.- Prueba pericial aportada por Telefónica.

El 29 de diciembre de 2011, Telefónica aportó un “Informe técnico sobre determinados servicios que Telefónica incluye en la VPN de ICM” (documento núm. 16).

DECIMOSEXTO.- Declaraciones de confidencialidad.

Mediante escritos de fecha 18 de enero de 2012 y 10 de febrero de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de la contestación al requerimiento de información y de la prueba pericial aportados por este operador (documentos núm. 17 y 18).

DECIMOSÉPTIMO.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 14 de marzo de 2012, el instructor del expediente dictó la correspondiente propuesta de Resolución (documento núm. 19) 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 la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de 8.000.000 euros por la anterior conducta”.

La propuesta de Resolución fue notificada a Telefónica el día 20 de marzo de 2012 (documento núm. 20).

DECIMOCTAVO.- Alegaciones de Telefónica.

En fecha 20 de abril de 2012, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de alegaciones de Telefónica en relación con la propuesta de Resolución mencionada anteriormente (documento núm. 21).

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

DECIMONOVENO.- Escrito adicional de Telefónica.



En fecha 26 de abril de 2012, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito adicional de Telefónica, mediante el cual adjuntaba una comunicación remitida por ICM a esta empresa con fecha 19 de abril de 2012 (documento núm. 22).

VIGÉSIMO.- Declaraciones de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 2 de mayo de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos de las alegaciones de Telefónica a la propuesta de Resolución (documento núm. 23).

Por otra parte, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Telefónica, se procedieron a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito adicional remitido por Telefónica en fecha 26 de abril de 2012 (documento núm. 24).

II

CONTEXTO EN EL QUE SE SITÚA EL PROCEDIMIENTO

Este procedimiento toma como punto de partida – dado que se analiza su posible incumplimiento – la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010 sobre la denuncia interpuesta por Ono contra Telefónica relativa a la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por ICM (expediente MTZ 2010/1614).

De manera introductoria, y antes de hacer referencia a los hechos que se consideran probados, resulta conveniente mencionar una serie de elementos que permitirán situar el procedimiento en su contexto. En particular, se expondrán las principales conclusiones alcanzadas por la CMT en su Resolución de 25 de noviembre de 2010, así como las consideraciones preliminares efectuadas por la CMT durante el período de información previa que dio lugar a la incoación de este procedimiento sancionador.

El 4 de mayo de 2010, la Agencia de Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM) hizo público el anuncio de licitación para la contratación de sus servicios de comunicaciones de datos para la conexión de diferentes centros y usuarios de la Comunidad de Madrid⁶.

El contrato estaba separado en tres lotes diferentes, consistiendo el Lote II en la provisión de servicios de transporte IP de prestaciones medias. Al citado concurso concurren inicialmente los operadores Telefónica, Ono y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Unipersonal (en adelante, BT).

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

⁶ Número de expediente ECON/000108/2010, “Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos (3 lotes)”.



La oferta presentada por Telefónica a ICM fue analizada por la CMT a raíz de una denuncia interpuesta a tal efecto por Ono con fecha 26 de julio de 2010. En concreto, el análisis efectuado por la CMT consistió en determinar si la oferta presentada a ICM podía ser constitutiva de una práctica de estrechamiento de márgenes, expresamente prohibida por la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (en adelante, Resolución de los mercados de líneas alquiladas) y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (en adelante, Resolución de los mercados de banda ancha).

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

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mercados afectados, caracterizados por la presencia de un operador con poder significativo de mercado en los mismos como es Telefónica, la CMT concluyó que resultaba necesaria una intervención inmediata que asegurase el restablecimiento de las condiciones competitivas.

Por tanto, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 establecía en su Resuelve Segundo que si Telefónica se hallaba prestando el servicio a ICM según las condiciones recogidas en la oferta objeto del expediente, debería cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

Igualmente, la Resolución señalaba en el Resuelve Tercero que en caso de que la prestación se hubiera iniciado, cualquier modificación en las condiciones de prestación debería ser consistente con lo establecido en la Resolución, comunicando Telefónica dichas modificaciones a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a ICM.

A raíz de un escrito de denuncia de Ono de 31 de enero de 2011, la CMT acordó la iniciación de un período de información previa con el fin de esclarecer si – como alegaba Ono – Telefónica podría estar incumpliendo la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010.

En concreto, Ono afirmaba que, según su mejor entendimiento, Telefónica continuaba prestando los servicios contemplados en el Lote II del concurso convocado por ICM⁷, como certificarían las medidas de migración adoptadas a tal efecto por Telefónica.

Las diligencias llevadas a cabo por la CMT han dado lugar a la apertura del presente procedimiento sancionador en fecha 13 de octubre de 2011, cuyo objeto es dilucidar el cumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

Como se verá a continuación, resulta incontrovertido que Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II. La posible responsabilidad de Telefónica gravita por tanto en torno a la realización o no por este operador de una serie de modificaciones (en concreto, la degradación de determinados servicios ofertados a ICM) al objeto de poner fin a

⁷ Sobreentendiéndose que tampoco habría procedido a efectuar modificación alguna a este respecto.



la práctica de estrechamiento de márgenes reprochada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

En particular, Telefónica alega que en determinadas sedes de ICM habría dejado de prestar los servicios con la garantía de calidad inicialmente contratada por este cliente. En similares términos, para otros centros de ICM la conectividad se estaría ofreciendo a una velocidad menor de la inicialmente contratada (2 Mbit/s en lugar de los 4 Mbit/s inicialmente previstos). Ambas modificaciones llevarían asociada la correspondiente reducción en los costes de prestación del servicio (al poder emplearse servicios mayoristas de menores prestaciones), evitándose de esta manera según Telefónica el estrechamiento de márgenes.

Las modificaciones que Telefónica afirma haber efectuado no habrían sido comunicadas a ICM, sino que se habrían llevado a cabo de manera unilateral por Telefónica. Sin embargo, ICM habría tomado constancia de manera indirecta (a través de verificaciones en sus centros) de algunas de estas modificaciones, reflejando su desacuerdo con las mismas en una serie de actas de las reuniones que ICM y Telefónica mantienen periódicamente, así como en un escrito remitido a Telefónica en fecha 19 de abril de 2012.

Como se expondrá en esta Resolución, hasta la citada fecha de 19 de abril de 2012, no puede concluirse que las modificaciones que Telefónica afirma haber efectuado en las sedes de ICM, y de las que este cliente ha tenido constancia de forma indirecta, hayan sido suficientes como para estimar que la práctica de estrechamiento de márgenes ha dejado de subsistir. En particular, algunos de los argumentos y elementos de juicio invocados por Telefónica para justificar las modificaciones supuestamente efectuadas en los centros de ICM (declaración de uno de sus empleados, informe pericial encargado a instancia de parte) no son, como se verá, en ningún caso suficientes para entender que Telefónica ha dado debido cumplimiento a la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

Es por tanto sólo a partir del 19 de abril de 2012 que puede considerarse suficientemente acreditado el cumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de 25 de noviembre de 2010, la cual sin embargo requería que el cese o modificación de la actividad reputada contraria al ordenamiento sectorial tuviera carácter inmediato.

Estas consideraciones son tratadas en detalle a continuación.

III

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II.

En su contestación a los requerimientos de información practicados en el seno del expediente MTZ 2011/856 (documento núm. 2.4), Telefónica señala que desde el 1 de noviembre de 2010 está prestando a ICM los servicios recogidos en el Lote II, en virtud del contrato suscrito entre ambos el 14 de octubre de 2010.

Telefónica confirma asimismo que dichos servicios continúan siendo prestados en la actualidad (afirmación que corrobora en su escrito de alegaciones a la incoación del expediente).



Por su parte, en una contestación remitida a Ono y aportada por este operador en el marco del expediente MTZ 2011/856, la entidad ICM también confirma que Telefónica continúa prestando los servicios contemplados en el Lote II. En efecto, ICM señala que, a fecha 13 de abril de 2011, *“el contrato [suscrito entre ICM y Telefónica] se está ejecutando en los mismos términos recogidos en su adjudicación, sin que se hayan producido con posterioridad alteraciones de los mismos”* (documento núm. 2.6).

Por tanto, resulta pacífico que Telefónica continúa prestando a ICM los servicios incluidos en el Lote II del concurso convocado por esta entidad.

SEGUNDO.- Telefónica no ha procedido a modificar expresamente las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, ni ha comunicado tales modificaciones a ICM o a la CMT.

En relación con este hecho, la CMT no ha recibido notificación alguna por parte de Telefónica donde quede constancia de que se haya comunicado expresamente a ICM un cambio en las condiciones acordadas en el contrato de 14 de octubre de 2010 (contrato suscrito por tanto con anterioridad a la Resolución de 25 de noviembre de 2010, y donde se constataba la existencia de un estrechamiento de márgenes derivado de dicha relación).

De hecho, debe reiterarse que la propia ICM señala en su respuesta a un escrito de Ono, mencionada anteriormente, que *“el contrato [suscrito entre ICM y Telefónica] se está ejecutando en los mismos términos recogidos en su adjudicación, sin que se hayan producido con posterioridad alteraciones de los mismos”* (documento núm. 2.6).

Puede en consecuencia deducirse de los documentos obrantes en el expediente que Telefónica no ha modificado expresamente las condiciones de prestación de los servicios incluidos en el Lote II, ni ha comunicado tales modificaciones a ICM o a la CMT, por lo que en principio debe concluirse que sigue prestando los servicios sobre la base del contrato suscrito en fecha 14 de octubre de 2010.

- Alegaciones de Telefónica

En sus alegaciones a la Resolución por la que se acuerda la apertura del procedimiento sancionador, Telefónica afirma que la CMT no es competente para imponerle por vía de obligaciones la revisión de una Resolución de adjudicación que emana de una Administración tercera, en particular atendiendo al hecho de que el acto de adjudicación de ICM a Telefónica es firme.

Telefónica indica asimismo que la Resolución cuyo posible incumplimiento se analiza ha sido recurrida ante los tribunales competentes. En el caso de que se considerase nula la Resolución presuntamente incumplida, también lo sería el procedimiento sancionador que ahora se tramita.

En relación con este último aspecto, Telefónica es plenamente conocedora de que, de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC, *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Esta ejecutividad supone que el acto administrativo produce sus efectos propios desde el momento en que es adoptado.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo en torno a los principios de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la LRJPAC), la doctrina general sobre la ejecutividad inmediata de los actos administrativos es reiterada y pacífica. Así por ejemplo, en su



sentencia de 13 de enero de 1995, el Tribunal Supremo señala que *“la prerrogativa que supone el principio de ejecutividad de los actos administrativos tiene como justificación la protección de la realización de los fines encomendados a la Administración, que no pueden ser obstaculizados por la mera interposición de recursos contra ellos por los particulares [...]”*⁸.

En su sentencia de 21 de marzo de 2001⁹, el mismo Tribunal indica que *“una doctrina reiterada de este Tribunal Supremo tiene declarado que el artículo 103.1 de la Constitución sanciona el principio general de eficacia de la actuación administrativa como lógica derivación de la presunción de legalidad y validez de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la [LRJPAC], dando lugar a la regla general de la ejecutividad, que se mantiene aunque se interponga recurso jurisdiccional [...]”*.

En su sentencia de 25 de septiembre de 2002¹⁰, recuerda el Tribunal Supremo que *“los actos administrativos son ejecutivos [...] y la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos no impiden su ejecución [...], salvo que se decrete la suspensión”*.

En los mismos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha señala en la sentencia de 23 de junio de 2006¹¹ que, *“en el sector de las telecomunicaciones, en el que cabe ubicar la presente controversia, en defecto de previsión legal ad hoc, resultan de aplicación las reglas generales sobre la ejecutividad de los actos administrativos, a tenor de las cuales lo normal es que la Administración pueda ejecutar sus propios actos [...]”*. Concluye el TSJ que, en relación con la interposición de una solicitud de suspensión en vía jurisdiccional, *“la aceptación incondicionada y sin matiz alguno de la tesis de que la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional conlleva, automáticamente, el desapoderamiento absoluto de la Administración para ejecutar sus propios actos, comportaría, con toda probabilidad, la quiebra del principio constitucional de eficacia, [...] con grave perjuicio para el interés general, cuya satisfacción exige no sólo que se respeten los derechos fundamentales de las personas, y más concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), sino también que se concilie en la medida de lo posible la protección de esos derechos con la celeridad de la actuación administrativa de ejecución de sus propios actos o resoluciones mientras éstos gocen de la presunción legal de validez [...] y conserven su ejecutividad con arreglo a las prescripciones legales”*.

Por último, y de manera inequívoca, en la sentencia de 20 de diciembre de 2006¹² el Tribunal Supremo señala que *“desde el punto de vista de la resolución sancionadora de la que deriva el presente recurso no puede sostenerse que la hipotética suspensión de la primera de ambas resoluciones y, menos aún, su mera solicitud, originara automáticamente la inviabilidad de incoar un procedimiento sancionador por su incumplimiento o de finalizarlo con la correspondiente sanción. Es claro que tanto si se suspendía la citada resolución como si no, el procedimiento sancionador estaba en todo caso condicionado por el resultado del recurso contra la misma, de tal manera que si este triunfaba el procedimiento sancionador quedaba invalidado. Pero una cosa es esa dependencia y otra que no pudiese incoarse y finalizarse el procedimiento sancionador, tanto más necesario cuanto que estaba en juego el interés público en el cumplimiento de resoluciones cuya eficacia depende de su puntual acatamiento, tanto temporal como en cuanto a su contenido, como lo son las de la*

⁸ RJ\1995\84.

⁹ RJ\2001\5914.

¹⁰ RJ\2003\159.

¹¹ RJCA\2006\776.

¹² RJ\2007\166.



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se producen en un ámbito de rápida evolución”.

En definitiva, la mera interposición de un recurso en vía jurisdiccional no puede poner en cuestión la presunción de eficacia de los actos administrativos, tal como prevé nuestro ordenamiento jurídico y de conformidad con los dictados jurisprudenciales en la materia. Aceptar que la interposición de un recurso exige el cese de toda actuación administrativa resultaría contrario a la presunción de legalidad y validez de los actos administrativos, de la cual el principio constitucional de eficacia supone el lógico corolario.

Debe además señalarse que el recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 25 de noviembre de 2010 ha sido inadmitido por la Audiencia Nacional¹³, por lo que no existen dudas acerca de la presunción de validez de dicha Resolución (que está en el origen de este procedimiento) en el momento de dictar la presente Resolución. En contra de lo postulado por Telefónica, dicha conclusión es independiente de que el recurso haya sido inadmitido por la Audiencia Nacional por cuestiones formales o haya sido desestimado sobre la base de los argumentos de fondo esgrimidos por la demandante, y es también independiente del hecho de que el recurso a la vía judicial no haya sido definitivamente agotado.

Por otra parte, en relación con la supuesta revisión *de facto* por la CMT de una Resolución de adjudicación que emana de una Administración tercera (en este caso, ICM), dicha alegación deberá ser objeto de valoración, en su caso, por los tribunales competentes, al haber recurrido Telefónica, tal como ya se ha indicado, la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010.

Sin perjuicio de la valoración que sobre este aspecto se pueda hacer en la vía judicial, debe en todo caso reiterarse – tal como ya establecía la citada Resolución de 25 de noviembre – que no es objeto de la actuación reguladora enjuiciar la conformidad a derecho de los actos de otras Administraciones Públicas (como podría ser la decisión de ICM de adjudicar el contrato administrativo a Telefónica), materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales¹⁴.

Sin embargo, sí corresponde a la CMT enjuiciar aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de comunicaciones electrónicas, que es el ámbito material esencial en el que esta institución despliega sus competencias de derecho público. Se engloban dentro de estas funciones la de velar por la debida aplicación del marco regulatorio vigente, incluyendo el cumplimiento de las Resoluciones dictadas al amparo de dicho marco.

En este caso nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de competencias concurrentes entre distintas Administraciones Públicas, donde sobre un mismo hecho o una misma relación jurídica se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que están obligados a salvaguardar.

En este contexto, las decisiones que la CMT pueda adoptar se dirigen necesariamente hacia el operador regulado, en este caso Telefónica, quien es el que ha de someterse a la

¹³ Sentencia de 8 de marzo de 2012, rec. núm. 176/2011.

¹⁴ Ver sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de diciembre de 2005 en el rec. nº 1794/2002 (recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 17 de octubre de 2002 relativa a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del departamento de sanidad y seguridad social).



normativa de comunicaciones electrónicas y debe adecuar su actuación a los estipulados de la regulación¹⁵.

Al igual que era perfectamente razonable que la CMT exigiera de Telefónica en su Resolución de 25 de noviembre de 2010 determinadas actuaciones que pusieran fin al estrechamiento de márgenes existente en la oferta presentada a ICM, resulta igualmente conforme con el ordenamiento jurídico controlar – como se realiza en este expediente – el cumplimiento o incumplimiento por este operador de dicha Resolución. Sin que tal control suponga – como afirma Telefónica – un medio de “coacción” para instar al cumplimiento de la Resolución, sino el mero ejercicio de las competencias que son propias de la CMT.

Por otra parte, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica se reafirma en la supuesta nulidad de los Resolves Segundo y Tercero de la Resolución de 25 de noviembre de 2010, dada la aducida falta de competencia de la CMT para ordenar por esta vía la modificación o incumplimiento de un acto de adjudicación firme que emana de una Administración tercera (ICM) y que fue adoptado en el marco de las competencias que son propias del procedimiento de adjudicación de un contrato público. Según Telefónica, la Resolución de la CMT supondría una intromisión de este organismo en competencias que corresponden a la administración licitante (la cual habría declarado la completa licitud de todo el procedimiento de adjudicación), así como una vulneración del procedimiento público de licitación, adjudicación, contratación y prestación de servicios. Para Telefónica, lo pretendido por la CMT en su Resolución de 25 de noviembre de 2010 resultaría inasumible para ICM, como administración contratante y principal responsable de la legislación en materia de contratación pública respecto de su contrato, e ilegal para Telefónica, que debe respetar y atenerse a lo firmado y no tiene facultad para provocar una variación del contrato firmado con ICM, o incumplir el mismo cesando en la prestación del servicio.

Como puede verse, las alegaciones remitidas por Telefónica en contestación a la propuesta de Resolución son en gran medida coincidentes con las ya formuladas a lo largo del procedimiento, habiendo sido por tanto tratadas en los párrafos anteriores.

En todo caso, es preciso reiterar que el objeto de este procedimiento sancionador no es analizar la supuesta compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Resolución de 25 de noviembre de 2010. En dicha Resolución ya se da cumplida respuesta a las alegaciones vertidas por Telefónica relativas a la competencia de la CMT para dictar tal acto administrativo en los términos allí especificados. La Resolución no fue objeto de un recurso de reposición por Telefónica en sede administrativa, y según el mejor conocimiento de la CMT ni la Audiencia Nacional ni ningún otro tribunal han cuestionado hasta el momento presente su validez¹⁶, desplegando por lo tanto la Resolución todos sus efectos.

En todo caso, y en línea con lo ya indicado en la propuesta de Resolución, debe recordarse que es competencia de la CMT velar por el correcto cumplimiento de la normativa sectorial vigente, lo cual incluye el pleno respeto de las Resoluciones que la CMT pueda dictar. La

¹⁵ Como ejemplos de otras instancias donde la CMT se ha pronunciado sobre la validez de una oferta presentada por el operador con poder significativo de mercado en un expediente de contratación pública, ver Resolución de 17 de octubre de 2002 relativa a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del departamento de sanidad y seguridad social (MTZ 2001/5774); Resolución de 7 de noviembre de 2002 con respecto a la oferta económica presentada por Telefónica de España, S.A.U. al concurso convocado por el Ayuntamiento de Pontevedra para la adjudicación del servicio de telefonía fija (OM 2002/6967); Resolución de 13 de mayo de 2004 en el trámite de información previa iniciado con respecto a la oferta presentada por Telefónica de España, S.A.U. al Servicio Gallego de Salud (MTZ 2004/655).

¹⁶ Habiendo inadmitido la Audiencia Nacional el recurso interpuesto por Telefónica contra la referida Resolución en fecha 8 de marzo de 2012.



competencia de la CMT no deriva de las posibles consecuencias que emanen de sus actos, sino de su habilitación normativa para el ejercicio de sus funciones.

Asumir las alegaciones de Telefónica implicaría en última instancia sustraer de la regulación ex ante una parte muy importante de la demanda de servicios de comunicaciones electrónicas (la contratación de tales servicios por las Administraciones Públicas), dada la imposibilidad en la práctica de asegurar el cumplimiento por parte del operador regulado de las obligaciones sectoriales establecidas. Esta falta de actuación regulatoria tendría consecuencias particularmente negativas en un segmento ya de por sí debilitado, sin que además en ningún momento las Resoluciones de los mercados de banda ancha y de líneas alquiladas, que establecieron la prohibición para Telefónica de llevar a cabo prácticas contrarias a la regulación sectorial (tales como el estrechamiento de márgenes), previeran tal limitación.

En definitiva, la CMT está obligada a cumplir sus funciones según las competencias que tiene asignadas, sin que el destinatario de los servicios resulte determinante a los efectos del ejercicio de las competencias que le son propias.

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

A pesar de que esta Comisión no ha recibido comunicación formal alguna a este respecto por parte de Telefónica, y de que la propia ICM indica en su correspondencia con Ono que el contrato suscrito con Telefónica no se ha modificado, Telefónica señala que ha adoptado unilateralmente una serie de medidas en aras de adaptar la prestación de los servicios recogidos en el Lote II a los dictados de la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

En particular, según Telefónica, para la partida V3 del Lote II¹⁷, se habrían dejado de prestar los servicios con la garantía de calidad inicialmente propuesta. En similares términos, para la partida V8¹⁸, la conectividad se estaría ofreciendo a una velocidad menor (2 Mbit/s en lugar de los 4 Mbit/s inicialmente previstos). Ambas modificaciones llevarían asociada la correspondiente reducción en los costes de prestación del servicio, derivada del uso de servicios mayoristas de menores prestaciones, con lo que se evitaría el estrechamiento de márgenes detectado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

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

- Situación existente hasta el 19 de abril de 2012

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

¹⁷ Velocidad Down – 8 Mbit/s, Up – 640 Kbit/s.

¹⁸ Velocidad 2 Mbit/s (simétricos).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En particular, los comentarios de ICM en las actas de reunión precitadas sobre las modificaciones en la solución técnica de Telefónica hacen referencia a alteraciones en relación con el caudal de 50% garantizado en un número de centros significativamente inferior al número de centros donde Telefónica se habría comprometido a implementar dicha mejora (en concreto, en 95 sedes sobre un total de 356 sedes¹⁹²⁰).

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

Tabla 1. Modificaciones introducidas por Telefónica en la prestación del servicio a ICM

Concepto	Modificación	Euros/mes por conexión			Nº conexiones	Reducción del coste total (euros/mes)	
		Coste recurrente (Resolución 25/11/2010)	Coste a considerar de acuerdo con la modificación	Reducción coste			
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s	Se elimina la garantía de caudal	90,2	12,7	-77,5	95	-7.365,43	
V8. Velocidad 2 Mbit/s (simétricos)	Se reduce la velocidad de 4 a 2 Mbit/s	Circuitos basados en ORLAT	746,8	373,4	-373,4	62	-23.151,42
		Circuitos basados en ORLA E	436,0	373,4	-62,6	35	-2.190,65
		Circuitos basados en desagregación de bucle	126,3	63,1	-63,1	21	-1.325,83
Total						-34.033,33	

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

¹⁹ En las facturas y actas aportadas por Telefónica aparecen elementos que diferencian los servicios efectivamente prestados por este operador a ICM de aquéllos que fueron analizados por la CMT. Dado que las diferencias detectadas supondrían a priori mayores costes de provisión para Telefónica y, por tanto, incrementarían el estrechamiento de márgenes, se tomará como referencia la configuración analizada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010. En particular, para el análisis se mantendrá el número de conexiones en el entorno educativo correspondiente al concepto V3 en 356, en vez de las 391 que aparecen en las facturas aportadas por Telefónica en el marco de este expediente. Por otra parte, las conexiones con caudal garantizado del 50% en 41 sedes del entorno sanitario, que no fueron consideradas en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 y que aparentemente según las actas de reuniones con ICM Telefónica debía prestar, se considerarán dentro del entorno educativo. Esta consideración es especialmente favorable para Telefónica en la medida en que amplía a 95 las conexiones sin garantía de caudal dentro del concepto V3. Es importante señalar que, de acuerdo con la información aportada por Telefónica, en julio de 2011 se habían migrado ya **CONFIDENCIAL** [].

²⁰ En su escrito de alegaciones, Telefónica señala que 15 sedes de las 371 sedes del ítem V3 inicialmente consideradas en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 no han sido finalmente requeridas por ICM, o eran sedes duplicadas en la planta informada por ICM, por lo que no han sido contabilizadas. El número de sedes que es tomado en consideración para el concepto V3 es en consecuencia 356.



De forma consistente con el cálculo realizado en dicha Resolución, cabe considerar en el análisis de márgenes, los costes no recurrentes (inversiones en equipamientos, red de acceso, etc.) así como el periodo relevante en el que dicho contrato estará vigente (4 años²¹), siendo ésta - como ya se señalaba en la citada Resolución - la opción más conservadora y por tanto favorable a Telefónica.

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

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

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

[CONFIDENCIAL]

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

- Situación existente a partir del 19 de abril de 2012

Como se ha señalado, en dicha fecha ICM remite un escrito a Telefónica, donde pone de manifiesto la existencia de una serie de deficiencias en la prestación de los servicios por parte de este operador, en relación con las condiciones incluidas en su oferta. Según ICM, tal como aparece documentado en las correspondientes actas, se estaría incumpliendo de forma reiterada la prestación de: (i) la solución técnica implantada en 118 sedes objeto del contrato, en las que no se proporciona el acceso a 4 Mbps simétrico, de forma que se ha congelado el acceso a 2 Mbps simétrico; (ii) la solución técnica implantada en 356 sedes objeto del contrato, en las que no se dispone del caudal del 50% garantizado en la modalidad Premium Empresas (en catálogo, Velocidad Down – 8Mbit/s, Up – 512 Kbit/s).

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

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

²¹ El contrato entre ICM y Telefónica tiene una duración de 2 años, prorrogable en 2 años adicionales.

**Tabla 3. Modificaciones introducidas por Telefónica en la prestación del servicio a ICM**

Concepto	Modificación	Euros/mes por conexión			Nº conexiones	Reducción del coste total (euros/mes)	
		Coste recurrente (Resolución 25/11/2010)	Coste a considerar de acuerdo con la modificación	Reducción coste			
V3. Velocidad Down - 8 Mbit/s, Up - 640 Kbit/s	Se elimina la garantía de caudal	90,2	12,7	-77,5	356	-27.600,99	
V8. Velocidad 2 Mbit/s (simétricos)	Se reduce la velocidad de 4 a 2 Mbit/s	Circuitos basados en ORLA T	746,8	373,4	-373,4	62	-23.151,42
		Circuitos basados en ORLA E	436,0	373,4	-62,6	35	-2.190,65
		Circuitos basados en desagregación de bucle	126,3	63,1	-63,1	21	-1.325,83
Total						-54.268,89	

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

De forma consistente con el cálculo realizado en dicha Resolución, cabe considerar en el análisis de márgenes, los costes no recurrentes (inversiones en equipamientos, red de acceso, etc.) así como el periodo relevante en el que dicho contrato estará vigente (4 años²²), siendo ésta - como ya se señalaba en la citada Resolución - la opción más conservadora y por tanto favorable a Telefónica.

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

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

Tabla 4. Cálculo del nuevo VAN de la oferta a ICM de acuerdo con las modificaciones introducidas por Telefónica**[CONFIDENCIAL]**

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

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

IV**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

²² El contrato entre ICM y Telefónica tiene una duración de 2 años, prorrogable en 2 años adicionales.



PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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”*.

Por último, según dispone el artículo 48.4 j) de la LGTel, corresponde a la CMT *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”*.

En ejecución de sus competencias, esta Comisión dictó, en fecha 25 de noviembre de 2010, la Resolución relativa a la denuncia interpuesta por Ono contra Telefónica en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid. En la Resolución se llegó a la conclusión de que la oferta presentada por Telefónica era constitutiva de una práctica de estrechamiento de márgenes, contraria a las obligaciones que Telefónica tiene contraídas sobre la base de la Resolución de los mercados de líneas alquiladas y la Resolución de los mercados de banda ancha.

En aplicación de los preceptos citados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 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.

Por otra parte, el Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver este procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la LGTel.

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones



electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

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 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid”*.

Tras las comprobaciones realizadas, se ha determinado que:

- **Hasta el mes de abril de 2012, Telefónica incumplió la Resolución de 25 de noviembre de 2010 al no haber cesado en la prestación de los servicios incluidos en el Lote II a ICM ni haber modificado las condiciones en que se están prestando dichos servicios de tal forma que se evitara el estrechamiento de márgenes detectado en dicha Resolución.**

Como se ha indicado, en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 la CMT analizó la oferta presentada por Telefónica para el Lote II del concurso convocado por ICM (en virtud de la cual resultó adjudicataria), resolviendo que dicha oferta no era replicable a partir de los servicios mayoristas que Telefónica tiene la obligación de poner a disposición de terceros operadores.

Tras constatar la existencia de un estrechamiento de márgenes en el Resuelve Primero, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 establecía en sus Resueltas Segundo y Tercero las actuaciones que debía llevar a cabo Telefónica para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el citado acto:

“[...]”

SEGUNDO.- En relación con el Lote II (“servicio de transporte IP de prestaciones medias”) del expediente de contratación ECON/000108/2010, si Telefónica de España, S.A.U. se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

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

Es decir, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 imponía a Telefónica – dada su condición de operador con poder significativo en los mercados de líneas alquiladas y banda ancha al por mayor – la obligación de cesar de manera inmediata en la prestación de la oferta declarada contraria a la normativa sectorial, o en todo caso, la obligación de ajustar cualquier modificación de la oferta a lo establecido en dicha Resolución a fin de evitar el estrechamiento de márgenes, debiendo Telefónica comunicar dichas modificaciones a la CMT en el momento de su presentación a ICM.

Como señalan los hechos probados, es un hecho incontrovertido que Telefónica ha continuado prestando los servicios englobados dentro del Lote II del Expediente



ECON/000108/2010, “*Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos (3 lotes)*”.

En relación con la posible modificación de los servicios incluidos en el Lote II, con el objeto de ajustarlos a lo dispuesto en la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010, ha quedado acreditado que Telefónica no ha modificado expresamente los servicios comunicando dicha modificación a ICM (o a la CMT en el momento de su presentación a ICM).

Por su parte, Telefónica alega que, ya con anterioridad al mes de abril de 2012, de las actas de las reuniones mantenidas con ICM puede inferirse la modificación de determinados parámetros en la provisión de los servicios contratados por esta entidad.

A este respecto, es importante recalcar que las citadas actas de reuniones ni siquiera han sido comunicadas directamente a la CMT, sino que fueron recabadas a través de una serie de requerimientos de información formulados a tal efecto.

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

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

Sin perjuicio de lo antedicho, a los efectos de este expediente, se valorarán los efectos que sobre la conducta reprochada tienen las modificaciones recogidas en las actas de las reuniones mantenidas entre Telefónica e ICM (al igual que, a partir del mes de abril de 2012, se tomará en cuenta la nueva comunicación remitida por ICM a Telefónica).

En efecto, y en contraposición con lo que se dirá a continuación en relación con el resto de elementos invocados por Telefónica para fundamentar el cumplimiento de sus obligaciones, en el caso de las actas de reuniones – y posteriormente, también en relación con el escrito remitido por ICM - al menos puede constatarse la existencia de un cierto nivel de conocimiento por ICM de las modificaciones llevadas a cabo en determinadas sedes, lo que justifica su consideración a los solos efectos de la resolución de este expediente.

Hechas estas apreciaciones, procede recordar que según establecía el Resuelve Tercero de la Resolución de 25 de noviembre de 2010:

“[...]”

TERCERO.- En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de Telefónica de España, S.A.U. en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consistente con lo establecido en la



presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones²³.

La práctica de estrechamiento de márgenes supone “*un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quien, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia*”²⁴, lo que confirma la importancia de la actuación del organismo regulador en esta esfera.

A los efectos del análisis de un estrechamiento de márgenes, y como ya señalaba la Resolución de 25 de noviembre de 2010, la CMT no ha establecido un método específico que determine el estándar de eficiencia y los servicios mayoristas que deben tomarse en consideración para el análisis de las ofertas realizadas por Telefónica a empresas y Administraciones Públicas, como ocurre en el segmento residencial²⁵. En efecto, el segmento empresarial cuenta con características que difieren del segmento residencial (tales como por ejemplo la posible dispersión geográfica de la demanda, o los más exigentes requerimientos de calidad y continuidad del suministro) que impiden la aplicación mecánica de la metodología para el análisis *ex ante* vigente para el segmento residencial.

Por esta razón, la Resolución de 25 de noviembre de 2010 detalla en profundidad la metodología empleada por la CMT para evaluar si la oferta presentada por Telefónica a ICM es constitutiva de un estrechamiento de márgenes, fijando de manera transparente los criterios empleados para determinar los servicios mayoristas de referencia; el estándar de costes que afronta un operador eficiente; el período relevante de análisis, etc.

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

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

Puede concluirse por tanto que, hasta la citada fecha de 19 de abril de 2012, Telefónica continuó prestando los servicios a ICM sobre la base de una oferta que era constitutiva de un estrechamiento de márgenes.

En efecto, hasta esta fecha no existe ningún elemento que permita acreditar que – incluso de manera indirecta – ICM habría podido tener constancia del número preciso de sedes donde Telefónica habría efectuado degradaciones en la calidad de los servicios prestados. Así por ejemplo, en la citada correspondencia de 19 de abril de 2012, ICM se refiere a la existencia de incumplimientos reiterados por parte de Telefónica tal como aparece

²³ El subrayado es añadido.

²⁴ Resolución de 25 de noviembre de 2010.

²⁵ Ver en particular 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. La citada Resolución es objeto de actualizaciones periódicas.



“documentado en las correspondientes actas”, debiendo sin embargo tomarse en consideración que en las actas de reuniones el número de centros del ítem V3 a que se hace referencia es de solamente 95 centros, y no 356 centros (siendo el número de 95 sedes insuficiente para evitar el estrechamiento de márgenes, tal y como detalla la presente Resolución).

En similares términos, y como se ha visto, la propia ICM señala en su respuesta a un escrito de Ono, que, a fecha 13 de abril de 2011, “*el contrato [suscrito entre ICM y Telefónica] se está ejecutando en los mismos términos recogidos en su adjudicación, sin que se hayan producido con posterioridad alteraciones de los mismos*” (documento núm. 2.6). Asimismo, a la cuestión planteada a ICM a través del correspondiente requerimiento de información (de fecha 9 de diciembre de 2011, documento núm. 13), relativa a la indicación de cualesquiera modificaciones en las condiciones económicas y técnicas (velocidades, garantías, tipos de conexiones...) que se hayan podido producir y de las que ICM tenga constancia respecto de las condiciones inicialmente previstas en el contrato suscrito entre Telefónica e ICM, cabe indicar que no existe ningún tipo de contestación por parte de este organismo que permita constatar que tuvo conocimiento, con anterioridad a la citada fecha de 19 de abril de 2012, de la afectación a las condiciones del servicio que, en relación con el ítem V3, se produjo en 356 sedes.

En definitiva, puede concluirse que es sólo a partir del 19 de abril de 2012 cuando Telefónica ha puesto fin de manera efectiva a la práctica de estrechamiento de márgenes observada en la Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010, y que está en el origen de este procedimiento sancionador.

De cara a la resolución de este procedimiento, es preciso hacer una última referencia a la tantas veces comentada comunicación de 19 de abril de 2012, remitida por ICM a Telefónica. En su escrito, **CONFIDENCIAL**[].

A este respecto, la presente Resolución se adopta bajo la asunción de que las modificaciones efectuadas por Telefónica en los lotes V3 y V8 y de las que ICM ha tomado constancia (y en virtud de las cuales la práctica de estrechamiento de márgenes detectada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 deja de subsistir), permanecerán vigentes durante el resto de la relación contractual mantenida entre ICM y Telefónica (estando la duración del contrato fijada en dos años, prorrogables en dos años adicionales).

La toma de conocimiento por parte de la CMT de cualquier ulterior modificación en la prestación de los servicios por Telefónica, en virtud de la cual pueda perpetuarse la situación de estrechamiento de márgenes inicialmente hallada, podrá dar lugar en consecuencia a la incoación de un nuevo procedimiento sancionador por el reiterado incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

- Alegaciones de Telefónica

En sus alegaciones a la Resolución por la que se acuerda la apertura del procedimiento sancionador, de fecha 23 de noviembre de 2011, Telefónica aporta una declaración firmada por uno de sus empleados (en concreto, su Director de Ingeniería de Comunicaciones), en la que hace constar que, para cada una de las 356 sedes incluidas en el ítem V3²⁶, Telefónica habría procedido a prestar los servicios sin las garantías del caudal de 50%

²⁶ Como se ha reseñado anteriormente, Telefónica recoge en sus alegaciones que 15 de las 371 sedes inicialmente contempladas han desaparecido de las necesidades de ICM o fueron doblemente contabilizadas, lo que aminora el total de las sedes incluidas en la partida V3 hasta 356 en lugar de las 371 computadas en un primer momento.



garantizado, o habría procedido a rebajar las velocidades en principio contratadas. En concreto, **CONFIDENCIAL []**

Telefónica aporta de manera adicional un informe pericial, de fecha 29 de diciembre de 2011, que corroboraría, respecto de las infraestructuras instaladas para ICM, la degradación de calidad (o reducción de velocidad) que Telefónica afirma haber llevado a cabo en las 356 sedes del ítem V3.

En relación con estos elementos (declaración de un empleado de Telefónica, informe pericial remitido a instancia de parte) debe señalarse que el valor probatorio que se les puede otorgar es necesariamente limitado. Aun cuando, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica afirma que nadie mejor que el Director de Ingeniería de Comunicaciones de Telefónica está en disposición de conocer en qué condiciones se está proveyendo y se va a proveer el servicio a un cliente como ICM, es inevitable que deba valorarse el hecho de que existe una situación de dependencia y relación laboral entre el empleado y la empresa que es destinataria de esta Resolución²⁷, sin que sea posible por tanto alcanzar un convencimiento acerca de la declaración como para *“evitar cualquier atisbo de duda en cuanto a la comisión de los hechos”*²⁸. Lo que es aún más importante, tal y como se explica a continuación, no existe ninguna constatación de que ICM haya sido informada sobre las condiciones mencionadas en la declaración del empleado de Telefónica.

Por otra parte, en relación con el informe pericial, como recoge reiterada jurisprudencia²⁹ los informes periciales de parte no son vinculantes para el órgano actuante, sino que sus conclusiones deben ser valoradas por el órgano competente, quien, tras su análisis, habrá de determinar si las cuestiones recogidas en el informe tienen la suficiente entidad como para enervar las conclusiones y los hechos inicialmente acreditados.

Esto es, los informes periciales no son pruebas tasadas, sino que son elementos probatorios que deben ser analizados por el organismo competente como un elemento más en el proceso de toma de decisión.

A mayor abundamiento, en un caso como el presente no puede considerarse acreditado el cumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 meramente sobre la base de la declaración y el informe pericial aportados por Telefónica, por una serie de razones:

- a) Como no puede ser de otra manera, la citada Resolución presupone en su Resolución Tercero que cualquier modificación en las condiciones inicialmente acordadas entre ICM y Telefónica se verá reflejada en algún acto de comunicación formal o mediante la aceptación informal por parte de ICM de las nuevas condiciones, hasta el punto de que la notificación a la CMT se requiere solamente a partir del momento en que dichos cambios se comuniquen a ICM.

²⁷ Ver sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 1999, RJCA\1999\379.

²⁸ Ver sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de noviembre de 2001, RJCA\2002\14.

²⁹ Ver por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, RJ\2011\5845: *“En relación con la eficacia de la prueba de peritos, esta Sala tiene declarado [...] que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar esta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito [...], de las que pueden prescindir”*; sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010, RJ\2011\2387: *“[...] la prueba pericial no tiene el carácter tasado que pretende atribuirle la parte recurrente sino que debe valorarse según las reglas de la sana crítica [...]. Ello significa el Tribunal no está obligado a sujetarse al dictamen del perito, debiendo, eso sí, exponer las razones por las que acepta o rechaza, en todo o en parte, las apreciaciones y conclusiones del técnico informante”*.



- b) En contraposición con, por ejemplo, las actas de las reuniones entre ICM y Telefónica, o la comunicación remitida por ICM en fecha 19 de abril de 2012, no existe ninguna constatación de que ICM haya sido informada sobre las condiciones mencionadas en la declaración del empleado de Telefónica o en el informe pericial, o al menos tenga conocimiento de ellas.
- c) Por consiguiente, existe una absoluta falta de transparencia de las medidas adoptadas por Telefónica para cumplir con la Resolución de la CMT, en particular hacia el propio cliente (quien desconoce con exactitud incluso qué servicios le están siendo prestados).

A modo de ejemplo, si se tomara como base para el análisis la información contenida en la declaración o la información reflejada en el informe pericial (documentos no remitidos a ICM), se estaría dando el visto bueno a una situación de hecho como la existente en este procedimiento, según la cual (i) se produciría una degradación unilateral en la calidad de los servicios contratados por un cliente; (ii) aún así, el cliente seguiría pagando el mismo precio por los servicios modificados a la baja; (iii) todo ello sin que el cliente tuviera en ningún momento conocimiento de tal degradación o la oportunidad de manifestarse al respecto.

- d) La misma falta de transparencia se extiende a terceros agentes (como podría ser el caso de otros operadores interesados en la prestación de servicios en el futuro a ICM, o que concurrieron en el pasado al concurso convocado por este organismo), dado que no tienen medio de conocer con exactitud las condiciones en que los servicios se están prestando a ICM.
- e) Por otra parte, la declaración y el informe pericial revelan en el mejor de los casos el estado de la prestación de los servicios ofrecidos a ICM en un momento puntual³⁰, sin que pueda en ningún caso deducirse de estos elementos el cumplimiento de la Resolución inmediatamente a partir de su adopción³¹ (tal como requería la Resolución de 25 de noviembre de 2010) ni que la eliminación de las garantías de caudal o degradación de velocidad se mantendrá mientras siga vigente el contrato (un período de dos años, prorrogable por otros dos años).

En definitiva, dar como válidos los elementos de prueba invocados por Telefónica presupondría aceptar que Telefónica puede proceder a la modificación de las conexiones contratadas por ICM unilateralmente, e independientemente de que el cliente tome o no conocimiento en algún momento de dicho hecho, lo cual parece difícilmente justificable.

En todo caso, analizando el contenido del informe pericial aportado por Telefónica deben hacerse de forma adicional las siguientes apreciaciones:

- aa) Los centros evaluados en el informe pericial suponen 63 centros sobre un total de 356 centros, es decir un 17% de los centros cubiertos por el ítem V3. Aún asumiendo las conclusiones alcanzadas en esos 63 centros relativas a la ausencia de caudal garantizado o degradación de la velocidad, seguiría manteniéndose el estrechamiento de márgenes detectado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 (es suficiente a estos efectos hacer constar que en los cálculos efectuados en las secciones anteriores de esta Resolución se asumió la ausencia de garantías de caudal en 95 centros, según reflejaban algunas actas de reuniones entre ICM y Telefónica, sin que ni siquiera sobre la base de este mayor número de centros se evitase el estrechamiento de márgenes).

³⁰ 15 de noviembre de 2011 en el caso de la declaración; diciembre de 2011 en el caso del informe pericial.

³¹ La Resolución fue notificada a Telefónica el 26 de noviembre de 2010.



- bb) Como se ha señalado, en el mejor de los casos el informe pericial detalla la situación relativa a la provisión de servicios por Telefónica a ICM en un momento puntual (mes de diciembre de 2011), sin reflejar la situación existente con anterioridad a la realización del informe pericial ni en particular posibles alteraciones que puedan acontecer una vez finalizado el mismo. Es decir, del informe pericial no puede deducirse una vocación de permanencia en las modificaciones que Telefónica afirma haber realizado.
- cc) Para verificar la degradación de calidad/velocidad invocada por Telefónica, el informe pericial aportado por dicha parte efectúa en esencia las siguientes pruebas básicas:
- i. verificación a través de los propios sistemas y procesos internos de Telefónica, a partir de la Red Privada Virtual (VPN) de ICM gestionada desde el Centro de Gestión Personalizada habilitado por Telefónica para dar servicios a dicha VPN (mediante el recurso a las herramientas LOGOS, SIGA y ETICA de Telefónica³²);
 - ii. análisis remoto de los routers instalados en las sedes correspondientes al ítem V3;
 - iii. análisis *in situ* de los routers instalados en dichas sedes y test de velocidad de la Asociación de Internautas (pruebas externas).

Las pruebas externas (análisis *in situ* de los routers, test de velocidad) quedan sin embargo exclusivamente limitadas a 3 de las 356 sedes incluidas en el ítem V3, por lo que no pueden ser consideradas como representativas.

- dd) En relación con las pruebas realizadas sobre la base de los sistemas y procesos internos de Telefónica (LOGOS, SIGA y ETICA), la verificación de la reserva de ancho de banda que cada centro supuestamente tiene garantizada simplemente se basa en la comprobación de las etiquetas identificativas que aparecen en los propios sistemas de gestión de Telefónica para cada una de las conexiones con los centros de la muestra.

El informe pericial remitido señala meramente que en el acceso a los distintos sistemas LOGOS, SIGA y ETICA, las etiquetas que aparecen para cada una de las conexiones verificadas corresponden a las que utiliza Telefónica para identificar los servicios con una reserva de ancho de banda del 10%, y no a la etiqueta utilizada para identificar los servicios con una reserva de ancho de banda del 50%.

En contraste con este parámetro empleado para verificar la reserva de ancho de banda, para comprobar la velocidad programada se hace referencia en el informe pericial a los parámetros de funcionamiento del equipo situado en cada centro, y que son proporcionados y presentados por el software residente en el propio equipo.

Es decir, mientras que para verificar la velocidad de pico de la conexión de cada centro se comprueba la velocidad configurada en cada equipo, para verificar la garantía de ancho de banda reservado simplemente se procede a una lectura de la etiqueta descriptiva disponible en los sistemas de Telefónica.

Dicho con otras palabras, en el caso de las velocidades de pico disponibles para cada conexión se aporta el valor que los equipos de red muestran como velocidad a la que trabajan. En cambio, para el parámetro de ancho de banda garantizado, ninguna de las verificaciones realizadas comprueba o mide realmente la reserva de ancho de banda de que cada conexión efectivamente dispone.

³² En el informe pericial se indica que la herramienta LOGOS permite en esencia verificar la fecha de alta y modalidad del servicio, la herramienta SIGA permite verificar la clase de servicio además de comprobar datos sobre la conexión, y la herramienta ETICA permite verificar que en la fecha de valoración se mantienen los perfiles de alta.



Las mismas conclusiones son (por idénticos motivos) también aplicables a las comprobaciones realizadas sobre la base de los sistemas internos de Telefónica para conexiones de usuarios terceros, donde – al mostrarse únicamente el valor de las etiquetas asignadas por los sistemas de Telefónica – sólo puede deducirse que en los sistemas internos de Telefónica existen conexiones que tienen asignados valores distintos en los identificadores del servicio, sin que en ningún caso se efectúe una medida o comprobación de la reserva de ancho de banda de la que efectivamente disponen estas conexiones.

ee) Por último, en relación con el análisis remoto de los routers, para los 38 centros incluidos en la modalidad PREMIUM (8 Mbit/s-640 Kbit/s)³³ la información aportada en el informe pericial no permite alcanzar conclusión alguna acerca de la ausencia o no de garantías de caudal en dichos centros. Tampoco las pruebas “externas” relativas al análisis *in situ* de los routers y el test de velocidad de la Asociación de Internautas (debe recordarse, limitadas a 3 sedes incluidas en la modalidad PREMIUM) permiten alcanzar conclusión alguna acerca de la reserva de ancho de banda garantizada en dichas sedes.

En definitiva, de la prueba pericial aportada por Telefónica no puede concluirse que este operador haya procedido a modificar las condiciones en que se están prestando los servicios a ICM, de tal forma que se evite el estrechamiento de márgenes constatado en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

- Alegaciones adicionales de Telefónica contenidas en la propuesta de Resolución

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica formula una serie de apreciaciones en relación con las conclusiones expuestas más arriba. Según Telefónica, resulta paradójico que, siendo este operador el único destinatario de las medidas impuestas por la CMT, tenga que ser precisamente ICM la que haya de manifestar su aceptación (o al menos, su no oposición) a unos cambios que no son fruto del procedimiento de adjudicación del concurso ni de sus mecanismos de revisión.

Según este operador, si bien las actas de las reuniones son una prueba de las adaptaciones llevadas a cabo por Telefónica, no pueden constituir en ningún caso la única prueba válida de dicha adaptación, como pretende la CMT. En particular:

- al no haberse producido ninguna modificación contractual de la relación entre Telefónica e ICM, no ha habido necesidad de realizar comunicación alguna a la CMT, sin que de ello se pueda deducir incumplimiento alguno. En contra de lo que la Resolución de la CMT presupone, Telefónica no puede por sí misma proceder a modificar el contrato con ICM, al ser ésta una competencia de la Administración. Lo único que puede hacer Telefónica es adaptar su oferta para cumplir con la obligación impuesta por la CMT, en los términos expresados y sin contar con la conformidad de ICM, que requiere en sus actas el cumplimiento del contrato en sus justos términos (ver apartado a, anteriormente citado);
- ICM dispone de información puntual de todas las adaptaciones planteadas a la oferta. Además de la comunicación informal que Telefónica ha efectuado en diversas reuniones, existen comunicaciones mensuales en los informes de planta e inventario

³³ Los centros cubiertos por el informe pericial se clasifican en cuatro grupos: PREMIUM (con velocidades de 8Mbit/s-640Kbit/s, realizándose la prueba sobre 38 de los 258 centros de ICM); ADVANCE (con velocidades de 4Mbit/s-512Kbit/s, realizándose la prueba sobre 3 de los 12 centros de ICM); CLASS (con velocidades de 2Mbit/s-320Kbit/s, realizándose la prueba sobre 18 de los 72 centros de ICM); BASICO (con velocidades de 1Mbit/s-320Kbit/s, realizándose la prueba sobre 4 de los 14 centros de ICM).



que se presentan a ICM, y también informes puntuales a petición de la propia ICM. ICM posee por tanto información actualizada y periódica de la planta, disponiendo además todas las instalaciones de un período de prueba antes de la certificación de ICM para pasarlas a planta e inventario.

En todo caso, según Telefónica, corresponde exclusivamente a la CMT la revisión de la conformidad de Telefónica con su Resolución, siendo la relación e información intercambiada entre Telefónica e ICM un aspecto ajeno a su competencia (ver apartado b, anteriormente citado);

- El hecho de que ICM esté pagando el precio fijado en la adjudicación del concurso a pesar de que el servicio se esté prestando en inferiores condiciones nada tiene que ver con una supuesta falta de transparencia, sino con la propia Resolución de adjudicación y el contrato que tienen firmado ICM y Telefónica. En caso de haberse modificado el precio, no podría garantizarse que las adaptaciones realizadas hubieran servido para corregir de manera efectiva el estrechamiento de márgenes (ver apartado c, anteriormente citado);
- No existe en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 una obligación de transparencia que pueda extenderse a terceros operadores, y en cuya virtud Telefónica debería comunicarles las adaptaciones que esté implementando (ver apartado d, anteriormente citado).

En contestación a las alegaciones de Telefónica, es necesario señalar que la conducta reprochada a Telefónica, y analizada en este expediente, se centra en la falta de cualquier modificación por parte de este operador que permita garantizar que el servicio contratado por ICM se está prestando de manera consistente con lo establecido en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

En este sentido, y realizando una interpretación lo más favorable posible al interesado, tanto en la Resolución de 13 de octubre de 2011 por la que se acuerda la incoación del procedimiento sancionador, como en la propuesta de Resolución, se toma en consideración el contenido de las actas de reunión mantenidas entre ICM y Telefónica, y donde la entidad contratante pone de manifiesto que tiene constancia de ciertas deficiencias en la prestación de servicios por Telefónica en un número limitado de centros.

Por otra parte, difícilmente se puede considerar que Telefónica ha dado debido cumplimiento a una Resolución de la CMT en aquellos casos donde no existe ningún tipo de evidencia de que el cliente (ICM) ha tenido conocimiento de los cambios unilateralmente efectuados por Telefónica en la prestación de los servicios.

Es decir, aún cuando corresponde a Telefónica, como autora de la práctica de estrechamiento de márgenes, determinar los medios necesarios para dar objetivo cumplimiento a la Resolución de la CMT, resulta imprescindible que, cuando menos, el demandante del servicio (ICM) tenga constancia y tome conocimiento de la existencia de las modificaciones acaecidas en la prestación de los servicios contratados, efectuadas en aras de adaptar los servicios prestados al contenido de la Resolución de la CMT.

Asumir – como propone Telefónica – que puede darse cumplimiento a una Resolución de la CMT a través de actos que resultan ajenos a la esfera del conocimiento del cliente con el cual Telefónica mantiene la relación comercial, tendría consecuencias negativas sobre la necesaria transparencia que debe guiar las relaciones comerciales entre una empresa y sus clientes, y dificultaría enormemente la posibilidad de monitorizar el cumplimiento de la Resolución, al quedar su debido respeto al arbitrio del agente infractor.



En relación con las alegaciones de Telefónica relativas a la toma en conocimiento por ICM de las adaptaciones planteadas en la oferta a través de su “*comunicación informal*” y la información contenida en informes de planta e inventario, debe señalarse que la citada documentación no ha sido puesta a disposición de la CMT, a pesar de que a través de un requerimiento de información practicado en fecha 12 de diciembre de 2011 (documento núm. 14) se requirió de Telefónica que “[e]n relación con los servicios incluidos en el Lote II del expediente de contratación ECON/000108/2010, aporte copia de toda comunicación remitida por Telefónica a ICM a partir del mes de junio de 2011 (inclusive), así como, en su caso, copia de toda comunicación remitida por ICM a Telefónica”, al igual que se requirió de Telefónica la misma información (copia de toda comunicación con ICM) para períodos anteriores, a través de dos requerimientos de información practicados en fecha 31 de marzo de 2011 y 1 de julio de 2011 dentro del expediente MTZ 2011/856 (documentos núm. 2.2 y 2.7), y con los cuales se cubría toda la vida del contrato entre ICM y Telefónica.

Asimismo, y en contra de lo aducido por Telefónica, cabe indicar que aunque el destinatario de la Resolución de la CMT sea Telefónica (y no ICM), en la tramitación de un procedimiento como el presente no puede considerarse acreditado el cumplimiento de una Resolución de la CMT a través de actos puramente internos del operador responsable. Resulta por tanto plenamente proporcionado proceder al análisis de la relación e información intercambiada entre Telefónica y su cliente, y manifestada por ejemplo en las actas de reuniones mantenidas entre ambos agentes.

Por último, en relación con las restantes alegaciones de Telefónica relativas al contenido preciso de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 y sus consecuencias, las mismas son fruto de una interpretación incorrecta de las conclusiones alcanzadas en la propuesta de Resolución.

En efecto, la propuesta de Resolución no exige que Telefónica modifique a la baja el precio aplicado a ICM (lo cual innegablemente tendría consecuencias sobre el cálculo del estrechamiento de márgenes), sino que simplemente pone de manifiesto la inviabilidad de un método como el propuesto por Telefónica (interno del propio operador) para cumplir con la Resolución de la CMT, ya que el cliente no toma conocimiento ni siquiera de parámetros esenciales como la existencia de una alteración a la baja de los servicios prestados, sin que ello suponga una merma en el precio. Igualmente, la propuesta de Resolución no se refiere a la existencia de una supuesta obligación de transparencia hacia terceros operadores, a los cuales Telefónica debería comunicar cualquier adaptación, sino que se limita a poner de relieve las implicaciones negativas que un mecanismo como el propuesto por Telefónica (donde solamente este operador tendría conocimiento de las modificaciones realizadas en un servicio contratado por una Administración Pública) tendría sobre terceros agentes.

Por otra parte, en relación con la prueba pericial, Telefónica también formula una serie de alegaciones adicionales. En particular, según Telefónica:

- La prueba pericial escogió una muestra aleatoria de centros con 63 observaciones, de las cuales el 100% dieron por resultado ausencia de caudal garantizado, y para ninguna sede se observó que hubiera tal garantía. Dicha prueba tiene un irrefutable valor estadístico, máxime cuando el resultado de la misma ha sido invariable en todas sus observaciones. Analizando la práctica decisoria previa de la propia CMT, queda demostrado que la muestra supera de lejos el número de instancias normalmente requeridas por este organismo para considerar que una conducta de Telefónica tiene carácter “generalizado” (ver apartado aa, anteriormente citado).



- El parámetro garantía de ancho de banda, o garantía de caudal, no reside en el equipo del centro (router), sino en la red, formando parte de sus parámetros de configuración. Por lo tanto, mientras la red no entra en saturación, no tiene efecto la garantía de caudal.

Para llevar a la red a una situación de saturación, ésta debería ser provocada, lo que sería equivalente a un test de stress que afectaría a todas las conexiones, tanto las de ICM como del resto de clientes (que por ejemplo, dependieran del mismo nodo). La práctica de esta prueba es por tanto inviable (ver apartado dd, anteriormente citado).

En contestación a las alegaciones relativas a la prueba pericial practicada, en los párrafos anteriores se han detallado las razones por las que la CMT entiende que no puede considerarse cumplida la Resolución de 25 de noviembre de 2010 a través de la realización de actos puramente internos de Telefónica, ajenos a la esfera de conocimiento del propio cliente con el que este operador mantiene una relación comercial.

En todo caso, la propuesta de Resolución no viene a exigir – como parece presuponer Telefónica – la realización de un tipo determinado de pruebas de stress, sino que se limita a valorar el informe presentado por este operador, detallando las razones por las que se considera que la realización de una prueba pericial centrada esencialmente en la lectura de los sistemas de gestión internos del propio operador, en los términos allí expuestos, es a todas luces insuficiente como para considerar acreditado que las garantías de caudal han sido efectivamente eliminadas de los centros contemplados en el ítem V3.

Dado lo que antecede, resulta asimismo irrelevante el número de centros sobre los que la citada prueba pericial fue efectuada, debiendo en todo caso tomarse en consideración el hecho – como recoge la propuesta de Resolución – de que el número de centros evaluado es significativamente inferior al número de centros sobre los que sería necesario efectuar modificaciones en aras de evitar el estrechamiento de márgenes.

TERCERO.- 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).

Este es un presupuesto que procede del derecho penal y que es aplicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo (sentencias de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579), 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), o 21 de enero de 2011 (RJ/2011/485)).

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 imprudencia³⁴. 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 LGTel³⁵, 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.

En el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de una Resolución de la CMT, en concreto la Resolución adoptada en fecha 25 de noviembre de 2010.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que Telefónica era plenamente consciente de que el incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

En cuanto al elemento volitivo, Telefónica, como operador con poder significativo de mercado y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas en los mercados afectados (banda ancha, líneas alquiladas), es plenamente conocedora de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación sobre el desarrollo de los procesos competitivos cuando lleva a cabo prácticas como la reprochada en la Resolución de 25 de

³⁴ 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”*.

³⁵ 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”*.



noviembre de 2010 y, pese a ello, no ha adoptado las medidas necesarias para adecuar plenamente su conducta a las determinaciones de la Resolución.

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

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

De todo lo anterior, se concluye la existencia de una conducta culpable a título doloso por parte de Telefónica en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el procedimiento sancionador.

- Alegaciones de Telefónica

En sus alegaciones a la incoación del procedimiento, Telefónica afirma que la toma en consideración por la CMT³⁶ de las modificaciones unilaterales realizadas por este operador en al menos 95 sedes de ICM, demuestra cuando menos su voluntad de cumplir o como mínimo de intentar cumplir con lo dispuesto en la Resolución (incluso antes del mes de abril de 2012). Quedaría así de manifiesto la carencia de un elemento esencial para la configuración del tipo infractor, como es el volitivo, al no haber una voluntad obstativa de incumplimiento.

En igual sentido, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica manifiesta que teniendo en cuenta los elementos que obran en el procedimiento (incluso antes de la comunicación de abril de 2012), se debería concluir la ausencia de culpabilidad de este operador en la comisión de la infracción dolosa imputada, pues no concurre una *"intención deliberada y cierta de no cumplir"*³⁷.

A este respecto, se debe recordar que, a partir de la aprobación de la Resolución de 25 de noviembre de 2010, Telefónica era plenamente consciente de las acciones que debía llevar a cabo para dar cumplimiento a la Resolución (tal como establecían sus Resueltas) así como de la manera de ejecutar dichas acciones (al tratar en detalle la Resolución de la CMT la metodología empleada para analizar la oferta realizada a ICM).

Para dar cumplimiento a la Resolución de 25 de noviembre de 2010, Telefónica hubiera debido cesar de manera inmediata en la prestación del servicio (cosa que no hizo), o en su

³⁶ En su Resolución de 13 de octubre de 2011, por la que se incoa este procedimiento sancionador.

³⁷ Según lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2008\361) y 29 de abril de 2008 (RJ 2008\2987), en relación con el elemento subjetivo que debe concurrir para la apreciación de la culpabilidad en este tipo de infracciones.



defecto modificar las condiciones de prestación en aras de evitar el estrechamiento de márgenes, atendiendo a los criterios de emulabilidad allí previstos (cosa que tampoco hizo, al menos hasta el mes de abril de 2012).

En lugar de llevar a cabo estas acciones, y como repetidamente se ha señalado, de los documentos obrantes en el expediente únicamente puede discernirse – en el mejor de los casos – que, hasta la citada fecha de 19 de abril de 2012, Telefónica habría realizado unilateralmente una serie de modificaciones en 95 sedes de ICM.

Telefónica pretende que estas modificaciones puntuales sean consideradas por la CMT, al menos, como muestra de su voluntad de dar cumplimiento a la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

No obstante, esta asunción no puede ser compartida. En efecto, las modificaciones en dichas sedes no pueden ser entendidas en ningún momento como actos determinantes del ánimo de cumplir por Telefónica, ya que en todo caso se llevaron sobre un número muy limitado de centros - menos de un tercio del total - y no evitaron que Telefónica siguiera incumpliendo la Resolución de 25 de noviembre de 2010, con los efectos que dicho incumplimiento tiene sobre el desarrollo de los procesos competitivos.

Es más, tampoco puede entenderse, como así alega este operador, la ausencia de culpabilidad en la comisión de la infracción imputada. Como recoge la propia sentencia invocada por Telefónica, el elemento que concreta y especifica este tipo infractor desde el lado subjetivo conlleva, *“aparte de la no concurrencia de circunstancias justificativas de la conducta, 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”*.

Así, deben concurrir dos aspectos que en la conducta de Telefónica están presentes. Por un lado, el ánimo de no cumplir, y por otro, la existencia de actos u omisiones que denoten esa voluntad de no cumplir. En el presente caso, Telefónica tenía pleno conocimiento del mandato de la Resolución de 25 de noviembre de 2010, disponiendo de un amplio margen de actuación para su correcta consecución, sin que haya realizado actos concluyentes del cumplimiento de la misma. Es más, hasta el escrito de ICM a Telefónica de 19 abril de 2012, no se ha tenido constancia de que este operador hubiera modificado las condiciones de prestación del servicio de tal manera que fuera acorde con los mandatos de la citada Resolución, concurriendo, por tanto, hasta esa fecha los elementos subjetivos de la culpabilidad que conforman la presente infracción dolosa.

En conclusión, desde el momento en que el estrechamiento de márgenes persistió hasta el mes de abril de 2012, no se puede concluir que esta entidad haya tenido la voluntad de cumplir con la Resolución, pues, de facto no llegó a cumplir con sus obligaciones hasta dicho momento. Debe además reiterarse que la Resolución cuyo incumplimiento se analiza dejaba abiertas varias vías a través de las cuales Telefónica podía adherirse a sus dictados.

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



reuniones con ICM no han sido aportadas por Telefónica a la CMT, sino que han tenido que ser requeridas por este organismo.

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

En definitiva, en contra de lo afirmado por Telefónica, de la instrucción de este expediente se deduce que no existía una verdadera voluntad de este operador de cumplir con la Resolución de 25 de noviembre de 2010.

CUARTO.- Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998³⁸, que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“[...] junto a la exigencia de la tipicidad y antijuricidad como requisitos ineludibles del ejercicio de toda potestad sancionadora, ha de situarse el elemento de la culpabilidad que presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto o fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son aplicables con ciertas especialidades al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren por ejemplo a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error invencible (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar ninguna causa eximente de responsabilidad.

QUINTO.- 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.

³⁸ RJCA 1998\3874.



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.”

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 concurren las siguientes circunstancias agravantes:

a) 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 anteriormente.

En relación con el presente caso, Telefónica es perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de las Resoluciones de la CMT en relación con la prohibición de llevar a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes, habiendo sido sancionada por el incumplimiento de las mismas. En concreto, en la Resolución de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales³⁹, se resolvió lo siguiente:



[...]

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

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

En el citado procedimiento, por tanto, Telefónica fue sancionada dada la existencia de un estrechamiento de márgenes, contrario a las Resoluciones que en materia de regulación de mercados la CMT ha venido dictando, lo que se consideró constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel⁴⁰.

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.

b) Situación económica del infractor

El artículo 56.2 de la LGTel señala que en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta la situación económica del mismo, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

Esta circunstancia se recoge en la normativa sectorial con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el campo del derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir, una correspondencia entre la gravedad de la conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Aplicado lo anterior a este procedimiento, procede indicar que el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones, y el líder indiscutible en la gran mayoría de los segmentos en que desarrolla su actividad en España.

En efecto, el grupo Telefónica cuenta con una importante presencia a nivel internacional, estando presente en el mercado latinoamericano (Brasil, Argentina, Chile, Perú, Colombia, México, Venezuela, Centroamérica, Ecuador) así como en varios países europeos (Reino Unido, Alemania, Irlanda, República Checa).

³⁹ Expediente RO 2009/1233.

⁴⁰ El recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 15 de julio de 2010 ha sido desestimado por la Audiencia Nacional en fecha 16 de abril de 2012 (núm. rec. 826/2010).



Por su parte, la importancia de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones en España se refleja en el hecho de que en 2010 este operador generó el 48,5% de todos los ingresos del sector⁴¹. Telefónica ha mantenido desde el inicio del proceso de liberalización cuotas de mercado muy significativas en los mercados de banda ancha y líneas alquiladas, siendo en la actualidad considerado un operador con poder significativo de mercado en los mercados mayoristas relacionados con la prestación de dichos servicios⁴².

Tomando como referencia el Informe Anual de Telefónica de 2011, Telefónica de España reportó un volumen de negocio (importe neto) de 17.284 millones de euros, sobre un total de 62.837 millones de euros facturados a nivel global. El resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA⁴³) de Telefónica de España alcanzó la cifra de 5.072 millones de euros. Asimismo, el margen sobre ingresos de Telefónica de España se situó en aproximadamente el 30%.

Según datos del Informe Anual de la CMT del año 2010, Telefónica facturó en España un total de 8.604 millones de euros en relación con sus servicios basados en redes fijas (es decir, sin incluir la facturación móvil⁴⁴):

Ejercicio 2010	Millones euros
Telefonía fija	4.400
Acceso a Internet	2.213
Comunicaciones de Empresa	949
Servicios mayoristas	1.042
Total	8.604

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

La posición de Telefónica es igualmente destacable si se atiende exclusivamente al segmento empresarial, que engloba también a las Administraciones Públicas y donde Telefónica es el líder incontestable del mercado. Así, como recoge el Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial⁴⁵, este segmento está fuertemente liderado por Telefónica, con cuotas de mercado superiores al 60% en el segmento empresarial considerado en su conjunto⁴⁶, y por encima del 80% si se atiende exclusivamente a la prestación de servicios a las Administraciones Públicas⁴⁷.

⁴¹ Informe Anual 2010 de la CMT. Para el año 2011, Telefónica generó el 46,7% de todos los ingresos del sector.

⁴² 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 y Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

⁴³ Operating Income Before Depreciation and Amortization.

⁴⁴ Como servicios mayoristas, se han tomado en consideración los ingresos obtenidos por el alquiler de circuitos y los servicios ADSL. Para el ejercicio 2011, los ingresos de Telefónica son los siguientes: **CONFIDENCIAL []**

⁴⁵ Informe de 24 de marzo de 2011, disponible en http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=consultas_publicas&detalles=09002719800ac3a4&hcomboAnio=2011&pagina=1.

⁴⁶ Incluyendo cuotas superiores al 60% si se considera exclusivamente la prestación de servicios avanzados de datos a empresas, y superiores al 75% si se considera exclusivamente la prestación de servicios de banda ancha fija a empresas, ver Tabla 13 del informe.

⁴⁷ Tabla 21 del informe.



2.- Circunstancias atenuantes.

En el presente caso no concurre circunstancia atenuante alguna.

- Alegaciones de Telefónica a las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Telefónica señala que, a la hora de cuantificar la multa, la CMT debería atender al hecho de que (i) ha llevado a cabo determinadas acciones en aras de adaptar su oferta a los requerimientos establecidos en la Resolución de 25 de noviembre de 2010; (ii) la repercusión social de la infracción ha de calificarse de nula, en particular en cuanto no se ha producido daño alguno sobre el mercado.

En particular, Telefónica señala que, incluso en el hipotético escenario en que ICM hubiera retirado a Telefónica todos los puntos concedidos por mejoras en su propuesta técnica al hacer una oferta respetuosa con la regulación sectorial⁴⁸, tal oferta también habría obtenido la máxima puntuación, por encima de las ofertas presentadas por otros agentes. Según Telefónica, quedaría así de manifiesto que la Resolución de 25 de noviembre de 2010 equivoca su conclusión, al apuntar que el estrechamiento de márgenes supone un falseamiento de la competencia que tiene efectos en el mercado.

En relación con esta alegación, es preciso señalar que Telefónica se refiere a un escenario hipotético, en el cual habría procedido a realizar una oferta a ICM no constitutiva de un estrechamiento de márgenes. El hecho de que Telefónica hubiera podido en teoría realizar una oferta compatible con la regulación, y aún así seguir resultando adjudicataria del proceso de adjudicación, es irrelevante, igual que lo sería el hecho de que otro operador hubiera sido adjudicatario del concurso convocado por ICM (siendo el elemento determinante para la intervención de la CMT la existencia o no de un estrechamiento de márgenes, y no quién resultó adjudicatario del concurso).

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

En su caso, lo que vendría a confirmar la conducta desplegada por Telefónica es la importancia que la presencia de competidores (y por tanto, de alternativas), tiene para el desarrollo de los procesos competitivos, lo que llevó a la propia ICM a obtener importantes descuentos, superiores al 40%, en aquellos lotes en los que existía una competencia real y efectiva (lotes II y III) mientras que obtenía un descuento del 0% sobre el precio de licitación de aquel lote (lote I) donde no se dio dicha situación de concurrencia⁴⁹.

Por otra parte, es doctrina de la CMT que, en un contexto de regulación ex ante, la existencia de un daño al mercado es inherente a la práctica de estrechamiento de márgenes. Como recoge la Resolución de la CMT de 15 de julio de 2010⁵⁰, la imposición de

⁴⁸ Dada la degradación del servicio en los ítems V3 y V8.

⁴⁹ Ver página 25 de la Resolución.

⁵⁰ Resolución 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 (Expediente RO 2009/1233).



obligaciones regulatorias con carácter *ex ante* responde a objetivos no necesariamente idénticos a los perseguidos a través de la aplicación *ex post* de la normativa de competencia. La regulación preventiva presupone la identificación de unos fallos de mercado, que justifican el establecimiento de obligaciones específicas conforme a unos instrumentos que son propios de la normativa sectorial, y cuyo incumplimiento puede ser sancionado por parte de la autoridad encargada de velar por el correcto funcionamiento del sector.

Es decir, el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo conductas contrarias a la regulación sectorial como el estrechamiento de márgenes, puede dar lugar a la generación de responsabilidad por parte del operador infractor (al igual que el incumplimiento de otras obligaciones como podría ser la obligación de acceso) sin que sea preciso volver a acreditar la existencia de un daño concreto al mercado⁵¹. La existencia de dicho daño previsible ya es analizada por la CMT a la hora de valorar la pertinencia de regular *ex ante* un mercado, así como a la hora de imponer las obligaciones concretas que deberán contribuir a evitar dichos posibles daños.

En estos términos se ha pronunciado también el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) en relación con la obligación mayorista de no discriminación⁵². Asimismo, la propia Resolución de los mercados de banda ancha de la CMT se refiere repetidamente a la necesidad de intervenir frente a conductas como el estrechamiento de márgenes, dadas las consecuencias de este tipo de comportamientos sobre la regulación sectorial, en particular sobre el derecho de los operadores alternativos a tener un efectivo acceso a la red del operador declarado con poder significativo de mercado.

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

En relación con las agravantes apreciadas en la propuesta de Resolución, afirma Telefónica que nada tiene que ver la conducta reprochada a Telefónica en la Resolución de 15 de julio de 2010 (donde se analizó la existencia de un estrechamiento de márgenes en relación con determinadas promociones temporales, aplicadas al segmento residencial) con la conducta analizada en este procedimiento (incumplimiento de una Resolución que declara la existencia de un estrechamiento de márgenes en el marco de un concurso público, y donde el único cliente es la administración pública contratante). Por tanto, según Telefónica, no se debería hablar de reiteración, al relacionarse comportamientos que en nada se parecen.

En este sentido, resulta importante señalar que – independientemente de que el cliente tenga un carácter residencial o empresarial – tanto en la Resolución de 15 de julio de 2010 como en el presente expediente se analiza la misma tipología de comportamiento por parte del operador declarado con poder significativo de mercado, esto es, la realización de una práctica de estrechamiento de márgenes, definido como *“un comportamiento estratégico por*

⁵¹ Como podría ser el caso en la tramitación de un expediente bajo las normas de competencia.

⁵² Ver respuesta del ORECE al cuestionario remitido por la Comisión Europea relativo al principio de no discriminación (BoR (11) 64), página 14: *“in ex-post antitrust cases the burden of proof is higher as it is necessary to determine if the SMP player’s conduct can have an exclusionary effect (this is not required when non-discrimination is imposed under ex-ante regulation)”*.



*parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quien, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia*⁵³.

En todo caso, ya se ha señalado anteriormente que la aplicación de la reiteración como circunstancia modificativa de la responsabilidad no exige, como aduce Telefónica, que ambas infracciones participen de la misma naturaleza, al ser dicha circunstancia propia de la figura de la reincidencia, recogida en el artículo 131.3.c) de la LRJPAC, y que explícitamente requiere que ambas infracciones sean “*de la misma naturaleza*”.

Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de junio de 1999⁵⁴ expresamente señala que “*en el marco del Derecho Administrativo sancionador, la reiteración se distingue de la reincidencia únicamente en que aquella 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 [...]*”.

SEXTO.- Sanción aplicable a las infracciones.

1.- Límite legal.

La LGTel establece 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.

⁵³ Ver 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 (AEM 2006/1486).

⁵⁴ RJCA 1999\1621.



- Beneficio bruto

El criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción es aplicable al presente procedimiento. En efecto, dado que la conducta desplegada por Telefónica permitió que se mantuviera en esencia inalterada la prestación de los servicios a ICM incluidos en el Lote II hasta abril de 2012, en particular en relación con la componente de precios, el beneficio bruto directo puede estimarse sobre la base de los beneficios derivados de la adjudicación del concurso a Telefónica y la consiguiente prestación de los servicios correspondientes⁵⁵.

La Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010 es además aproximadamente coincidente en el tiempo con el período en que, tras la firma del correspondiente contrato en fecha 14 de octubre de 2010, Telefónica inició la prestación de los servicios contemplados por el Lote II a ICM, habida cuenta de que las prestaciones ahí previstas comenzaron a ser facturables a partir del mes de noviembre de 2010.

Por otra parte, el posible beneficio indirecto obtenido por Telefónica, derivado en particular de la reducción de la capacidad competitiva de los operadores alternativos, se considera difícil de cuantificar. Por tanto, a los efectos del cálculo del beneficio bruto obtenido se tomará exclusivamente en consideración el beneficio bruto directo obtenido por Telefónica.

El beneficio bruto directo se calcula como la diferencia entre los ingresos derivados del contrato menos los costes de prestación asumidos por Telefónica:

- Ingresos. El ingreso a considerar se refiere al precio fijado por Telefónica en el marco de su oferta relativa al Lote II. Esto es, 151.816,2 euros/mes⁵⁶.
- Costes de prestación del contrato del Lote II. En relación con los costes, cabe referirse de nuevo a la Resolución del 25 de noviembre de 2010, donde se diferenciaron dos categorías de costes: costes relacionados con los servicios regulados (cuotas mayoristas y elementos de red propios de los operadores) y costes de elementos ajenos a la regulación, como equipamientos.

En relación con la segunda tipología de costes, la Resolución establece que *“esta Comisión requirió a TESAU los costes tanto de gestión como de implantación de la solución técnica ofertada así como los costes derivados de la atención al cliente y demás costes minoristas asociados con los servicios del Lote II”*. Por tanto, estos conceptos ya están valorados, en el análisis de replicabilidad, a los propios costes de Telefónica, con lo que no es necesario hacer ajustes adicionales al respecto.

Por otra parte, en relación con el resto de costes de red, el análisis de replicabilidad incluido en la Resolución hace referencia a los costes de un operador razonablemente eficiente que hiciera uso de los servicios mayoristas regulados de Telefónica. Por tanto, el resultado del análisis de emulabilidad incluido en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 no recoge los costes que afronta la propia Telefónica en la prestación de los servicios incluidos en el Lote II.

Deben por tanto determinarse los costes en que incurre Telefónica relacionados con la prestación de los servicios regulados.

⁵⁵ Como señala la Resolución de 25 de noviembre de 2010, Telefónica resultó adjudicataria del contrato gracias en particular a los precios fijados, excepcionalmente bajos y no replicables por sus competidores.

⁵⁶ Ver Anexo 1 de la Resolución de 25 de noviembre de 2010, reproducido en los Anexos a la presente Resolución.



En este sentido, la contabilidad de costes regulatoria realizada por la CMT correspondiente al ejercicio 2009⁵⁷ podría ser una fuente adecuada para determinar los costes máximos de prestación. Sin embargo, este instrumento regulatorio no cuenta con información suficientemente desagregada como para poder asociar un coste a cada una de las tipologías de líneas prestadas por Telefónica a ICM.

Por otra parte, en el escrito de alegaciones de Telefónica de 11 de octubre de 2010 que obra en el expediente MTZ 2010/1614⁵⁸, Telefónica incluyó un cálculo (en el Anexo I del documento) en el que afirmaba que *“su oferta resulta perfectamente replicable por cualquier operador igual de eficiente que Telefónica, si éste opta por un diseño de contratación de servicios mayoristas adecuado y con vocación inversora”*. Las referencias contenidas en el citado escrito de Telefónica resultan adecuadas, como se expondrá a continuación, para determinar los costes de prestación del Lote II por parte de Telefónica.

El ejercicio realizado por Telefónica en el citado documento de 11 de octubre de 2010 consiste en añadir sus propios costes de prestación a los precios de los servicios mayoristas regulados de menor cuota recurrente. Por este motivo, los valores incluidos en el Anexo I de dicho documento deben ajustarse tomando en consideración los márgenes que obtiene Telefónica en la prestación de los servicios mayoristas para obtener los costes efectivos de Telefónica.

En concreto, se han realizado los siguientes ajustes a los cálculos de Telefónica incluidos en el escrito de 11 de octubre de 2010:

1. Para las conexiones asimétricas, se ha considerado que Telefónica se autopresta a sí misma siempre un acceso desagregado al bucle, incluso en las centrales no abiertas a la OBA. En relación con las condiciones económicas, de acuerdo con la Resolución de 7 de abril de 2011⁵⁹, el precio mayorista es menor al coste resultante de la contabilidad con el estándar de costes corrientes.

En el ámbito del presente expediente, se procederá por tanto a efectuar el ajuste correspondiente entre 7,79 euros/mes (precio mayorista regulado del bucle desagregado incluido por Telefónica en su cálculo de emulabilidad) y 9,54 euros/mes (coste calculado de acuerdo con la contabilidad de costes del año 2009). Este ajuste hace que los costes de prestación se incrementen en 1,75 euros/mes/conexión con respecto al cálculo aportado por Telefónica.

Cabe indicar que este es el escenario más favorable para Telefónica, dado que la Resolución de 7 de abril de 2011 establecía que la contabilidad podría estar imputando ciertas ineficiencias en la determinación del coste recurrente del acceso desagregado al bucle.

2. Para las conexiones simétricas se ha considerado que 21 conexiones se replican mediante circuitos Ethernet y 37 mediante circuitos ORLA T de 0 Km. En estos casos, en la medida en que, de acuerdo con la Resolución de la ORLA⁶⁰,

⁵⁷ Resolución de 9 de junio de 2011 sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2009 (expediente AEM 2011/888).

⁵⁸ Documento 1.11 del presente expediente.

⁵⁹ Resolución de 7 de abril de 2011 sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (expediente DT 2010/1275).

⁶⁰ Resolución relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de España, S.A.U. (expediente MTZ 2009/2042).



Telefónica cuenta con un margen del 15%, se ha descontado dicho margen con respecto al cálculo inicialmente aportado por Telefónica.

De acuerdo con la propia Telefónica, en 79 sedes este operador se presta a sí mismo 2 bucles desagregados y, posteriormente, mediante SHDSL configura los servicios finales. En este caso, al igual que en el punto 1 anterior, los cálculos de Telefónica se han modificado para incluir un mayor coste de prestación con respecto a sus cálculos de 3,5 euros/mes/conexión (2 ULL x (9,54 euros/mes – 7,79 euros/mes)).

3. Finalmente, en relación con las cuotas de conexión, se han tomado como costes subyacentes los precios mayoristas de Telefónica.

La tabla siguiente muestra el resultado de la estimación anterior⁶¹:

[CONFIDENCIAL]

En conclusión, Telefónica estaría obteniendo un beneficio bruto mensual de 28.588,1 euros como consecuencia de la infracción objeto de este expediente. Para el conjunto del período a lo largo del cual Telefónica incumplió la Resolución de 25 de noviembre de 2010 (diciembre 2010-abril 2012, es decir 17 meses) el beneficio bruto ascendería a 485.998 euros⁶².

Esta cantidad constituye, según lo dispuesto en el artículo 56 de la LGTel, el límite mínimo de la multa que la CMT puede imponer, siendo por su parte el quintuplo de tal cantidad (2.429.988 euros) el límite máximo calculado según este criterio.

Atendiendo a lo dispuesto en el citado precepto, resulta por otra parte preciso determinar también (i) la rama de actividad afectada; (ii) los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, al objeto de determinar si de las cantidades resultantes (o de la cantidad de 20 millones de euros establecida por defecto) puede resultar una cuantía superior a la obtenida a través de la aplicación del criterio del beneficio bruto.

- 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 esta Comisión en su práctica administrativa⁶³, 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”.

⁶¹ Se toma como base para el cálculo de los costes incurridos la oferta presentada por Telefónica a ICM, habiéndose ajustando sin embargo el número de sedes del ítem V3 de conformidad con lo manifestado por Telefónica en su escrito de alegaciones.

⁶² A los efectos del cálculo, no se ha tomado en consideración el primer mes facturable según el contrato (noviembre de 2010), al haber sido adoptada la Resolución de la CMT objeto del presente expediente a finales de dicho mes de noviembre.

⁶³ Ver por ejemplo Resolución de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a Telefónica; Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado a 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.



Como recoge la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2010⁶⁴,

“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, se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida tanto los servicios mayoristas afectados como los servicios minoristas que requieren de los servicios mayoristas donde tiene lugar la infracción⁶⁵.

Siguiendo el criterio anterior, cabe analizar las actividades para las que los servicios de acceso mayorista de banda ancha (mercado 5) y de alquiler de líneas terminales (mercado 6) son imprescindibles para que los operadores alternativos puedan competir.

En este sentido resultan relevantes los datos y apreciaciones incluidos en el Informe de marzo de 2011 sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial⁶⁶. En este informe se hacía referencia a las necesidades particulares de los operadores que pretendieran prestar servicios a las grandes empresas y Administraciones Públicas, para lo que precisaban de los servicios precedentes dada, entre otros factores, la dispersión geográfica de las ubicaciones a conectar. En este sentido, el concurso objeto de análisis es un buen ejemplo de esta problemática, pues requiere la conexión de sedes en toda la Comunidad de Madrid, incluso en municipios de muy limitada población.

Procede indicar, asimismo, que la ausencia de replicabilidad constatada en la Resolución de 25 de noviembre de 2010 presupone que los operadores alternativos no puedan ofrecer el mismo precio que Telefónica sin asumir pérdidas económicas en los servicios de comunicaciones electrónicas para los que los servicios mayoristas constituyen un input esencial. Es decir, la falta de replicabilidad detectada en el marco del Lote II afectará no sólo al nivel mayorista sino también al nivel minorista, puesto que los operadores no podrán competir con el operador designado con PSM de forma rentable.

Por otra parte, la prestación de servicios a grandes empresas y, en particular, a las Administraciones Públicas confiere una ventaja competitiva importante al operador adjudicatario, no solamente por su volumen potencial (cifrado en el informe citado anteriormente en aproximadamente un 7% del segmento empresarial) sino también por su efecto arrastre para otros clientes, en la medida en que demuestra la solvencia del operador al que se ha adjudicado el contrato. Como la CMT recalca en el informe, *“contar con una situación competitiva apropiada en la prestación de estos servicios [a clientes empresariales y AAPP] resulta esencial para esta Comisión en la medida en que contribuye a mejorar la*

⁶⁴ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de la CMT de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. Ver en el mismo sentido SAN de 18 de enero de 2010, núm. rec. 1270/2007, relativa a la Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2007 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2006/12.

⁶⁵ Esta ha sido la línea adoptada por la CMT (y confirmada por los tribunales) en el expediente sancionador RO 2004/1811 (Resolución de 16 de noviembre de 2006) o en el expediente sancionador RO 2006/12 (Resolución de 10 de mayo de 2007).

⁶⁶ Citado anteriormente.



competitividad de las empresas a la vez que mejora las perspectivas de consolidación de la situación competitiva existente en los mercados de comunicaciones electrónicas”.

En conclusión, la rama de actividad afectada a los efectos de este procedimiento incluye los siguientes servicios:

- Servicios mayoristas de alquiler de circuitos y acceso mayorista de banda ancha;
- Servicios minoristas de comunicaciones de empresas y acceso a Internet de banda ancha prestados al segmento empresarial.

De acuerdo con los datos del Informe Anual 2010⁶⁷, la facturación total de Telefónica por la prestación de dichas actividades ascendió a:

Rama de actividad afectada		Millones euros
Actividades minoristas	Comunicaciones de empresa	949,2
	Acceso a Internet (segmento empresarial)	609,8
Actividades mayoristas	Acceso mayorista de banda ancha	119,1
	Alquiler mayorista circuitos alquilados	600,5
Total		2.278,6

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 22,7 millones de euros.

- Fondos totales

En cuanto a la determinación de la cuantía consistente en el 5% de los fondos propios totales, propios y ajenos, utilizados en la comisión de la infracción que se imputa a Telefónica, la conducta reprochada a Telefónica consiste en una falta de actualización o modificación de las condiciones en que ha venido prestando los servicios englobados en el Lote II a ICM a fin de hacerlos compatibles con la Resolución de 25 de noviembre de 2010. Por lo tanto, en principio no son necesarios recursos y fondos para implementar dicha conducta.

- 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 22,7 millones de euros, siendo esta cuantía el límite máximo de la sanción que puede fijarse.

3.- Determinación de la sanción.

En aplicación de los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

⁶⁷ El desglose relativo a los datos de acceso a Internet (segmento empresarial) y acceso mayorista de banda ancha fueron aportados a la CMT por Telefónica para la elaboración del Informe Anual 2010, reflejándose el resto de datos en el propio Informe Anual (disponible en la página web de la CMT). Para el ejercicio 2011, los ingresos de Telefónica son los siguientes:



- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 22,7 millones de euros, siendo el límite mínimo 485.998 euros.
- Se considera que la infracción cometida es relevante, dado el conocimiento que Telefónica tenía del daño que podía ocasionar al mercado y a la competencia. Como recoge la Resolución de los mercados 4 y 5, *“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 [...]”*.

La conducta reprochada a Telefónica se produce además en un segmento, el empresarial, donde la situación en España dista de ser plenamente competitiva⁶⁸. Este es particularmente el caso en relación con la prestación de servicios a las Administraciones Públicas, donde la cuota de mercado de Telefónica ha venido siendo superior a la del conjunto del segmento empresarial. Resulta particularmente importante reiterar que las Administraciones Públicas suponen un sub-segmento de clientes de elevado valor no solo por su nivel de facturación, sino también por su valor intangible en términos de imagen de marca y fiabilidad.

- El contrato suscrito con ICM ha reportado a Telefónica unos ingresos cercanos a los 2,6 millones de euros mientras ha perdurado la práctica de estrechamiento de márgenes, en contravención de lo dispuesto en la Resolución de 25 de noviembre de 2010.
- La infracción se ha mantenido a lo largo de un período relevante de tiempo (casi un año y medio), fijándose su inicio en el momento mismo de la adopción de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 (que exigía con carácter inmediato el cese o modificación de los servicios considerados contrarios a la normativa sectorial), y poniendo Telefónica fin a la conducta reprochada solamente en abril de 2012.
- Se aprecia la concurrencia de dos circunstancias agravantes, en concreto: (i) la existencia de reiteración; (ii) la situación económica del infractor.
- Conforme al principio 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. A este respecto, y como recoge el epígrafe anterior, el beneficio directo obtenido por Telefónica a raíz de la comisión de la conducta reprochada asciende a 485.998 euros. Esta cantidad se configura además como un valor mínimo, al no haber sido posible tomar en consideración los beneficios indirectos que la conducta reprochada ha reportado a Telefónica. El monto resultante de calcular el quíntuplo de la cuantía mínima de la sanción (beneficio bruto obtenido), según prevé la LGTel, asciende por su parte a aproximadamente 2,4 millones de euros.

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

⁶⁸ Ver Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial, citado anteriormente, e Informe de los Servicios de la CMT sobre la situación competitiva en el segmento empresarial (octubre de 2011), disponible en http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/111109_informe_empresarial.pdf



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 la siguiente sanción:

- 3.000.000 de euros por el incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

La sanción así fijada integra los criterios ya recogidos en la propuesta de Resolución, habiéndose por otra parte ajustado el importe de la multa al período relevante para la determinación de la duración de la infracción (los 17 meses transcurridos entre diciembre de 2010 y abril de 2012, en lugar de los 47 meses inicialmente considerados), lo que determina la reducción efectuada en el importe de la sanción respecto de la propuesta inicialmente formulada.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, 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, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

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 la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de TRES MILLONES DE EUROS (3.000.000 €).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. 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.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 3 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.



ANEXO 1

[CONFIDENCIAL]

En la tabla siguiente se presenta el análisis de replicabilidad de la oferta a ICM hasta el 19 de abril de 2012 (las partidas modificadas por Telefónica están señaladas en azul):



ANEXO 2

[CONFIDENCIAL]

En la tabla siguiente se presenta el análisis de replicabilidad de la oferta a ICM a partir del 19 de abril de 2012 (las partidas modificadas por Telefónica están señaladas en azul):