



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 nº 33/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se acuerda aprobar la determinación de la sanción a pagar por Telefónica de España, S.A.Unipersonal en el expediente sancionador AJ 2002/7247, en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 3943/2006.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de enero de 2002, por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se aprobó la Resolución sobre el control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.Unipersonal (en adelante, TESAU) a la operadora Vic Telehome, S.A. (en adelante, VIC TELEHOME).

En dicha Resolución, a la vista de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derecho, el Consejo de la CMT resolvió lo siguiente:

***“Primero.-** Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión¹.*

¹ Orden de 19 de abril de 1999 sobre determinados programas de descuentos del servicio telefónico provincial e interprovincial que presta Telefónica de España, Sociedad Anónima.

Orden de 26 de octubre de 1999 por la que, en aplicación del Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, se determinan y publican los precios del servicio telefónico fijo disponible al público en sus ámbitos metropolitano, provincial, interprovincial e internacional, y se adaptan a dichos precios los correspondientes a los servicios de inteligencia de red y los del servicio telefónico cursado desde teléfonos de uso público, situados en el dominio público de uso común,



En concreto:

- *TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.*

- *Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.*

- *TELEFONICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor.*

Segundo.- *TELEFÓNICA deberá remitir a esta Comisión, en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, información en la que se relacionen todos aquellos contratos que incumplan los mandatos a que se refiere el apartado primero anterior. Esos contratos habrán de ser modificados, para adaptarlos a las obligaciones establecidas en esta resolución, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la misma. Las modificaciones contractuales serán comunicadas por TELEFONICA a esta Comisión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del indicado plazo de un mes.”*

SEGUNDO.- Por Acuerdo de fecha de 18 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante Resolución, recaída en el expediente OM 2001/5789, sobre las actuaciones de TESAU con respecto a las empresas de telefonía de uso público, resolvió iniciar expediente sancionador contra Telefónica de España, S.A.Unipersonal como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 11/1998), por el posible incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 24 de enero de 2002 (Expediente RO 2001/5734).

TERCERO.- Con fecha 10 de julio de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución del expediente sancionador AJ 2002/7247 incoado contra TESAU. En virtud de dicha Resolución se acordó lo siguiente:

PRIMERO.- *Declarar a Telefónica de España, S.A.U. responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de*

prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.



enero de 2002, sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a la operadora Vic Telehome, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A.U una sanción por importe de OCHO MILLONES DE EUROS (8.000.000 euros).

CUARTO.- Con fecha 8 de abril de 2009, se recibió en el Registro de esta Comisión copia de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 4 de marzo de 2009, por la que se ha estimado parcialmente el recurso de casación (núm. 3943/2006) interpuesto por TESAU contra la Sentencia de fecha 25 de abril de 2006, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 731/2003, desestimatoria del recurso interpuesto por la citada entidad contra la Resolución del Consejo de esta Comisión dictada en el expediente AJ 2002/7247.

QUINTO.- Con fecha 29 de julio de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó la correspondiente Resolución por la que se aprueba la propuesta de determinación de la sanción a pagar por TESAU en el expediente sancionador AJ 2002/7247, en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 3943/2006 (en adelante, Propuesta de determinación de la sanción), otorgándole un plazo de 30 días para que realizase las alegaciones que estimase oportunas.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 9 de septiembre de 2009, TESAU presentó alegaciones a la Propuesta de determinación de la sanción, en las cuales señalaba, fundamentalmente, lo siguiente:

- **La Resolución recoge una propuesta de sanción que no se acomoda a los parámetros previstos en el artículo 56.1.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.**

Según TESAU, *“la literalidad del artículo 56.1.a) de la LGTel, que habla de «ingresos brutos obtenidos...en la rama de actividad afectada» denota que nos encontramos ante un parámetro cuya existencia atiende al objetivo de medir y establecer una magnitud económica concreta y determinada, de manera que una vez cuantificada sirva de umbral de referencia en el caso de que se trate para individualizar la sanción”.*

Asimismo, TESAU alega que en la Propuesta de determinación de la sanción se aplica extensivamente las variables que delimitan y ponderan el cálculo concreto del citado parámetro, cuales son: el contenido y alcance que se da al concepto de “rama de actividad afectada” y los ingresos que se asocien y estimen imputables al susodicho concepto de “rama de actividad afectada”.



Respecto de la delimitación del concepto de rama de actividad afectada, TESAU manifiesta que *“el comportamiento al que se contraía el expediente sancionador AJ 2002/7247 se refiere al segmento de la telefonía de uso público (...)”*, sin embargo la Propuesta de determinación de la sanción no se limita a considerar la rama de actividad directa y esencialmente afectada sino que contiene una interpretación expansiva, ya que incluye actividades que ni siquiera indirectamente puede entenderse afectadas por la conducta infractora.

Asimismo, considera que *“resultaría perfectamente posible acotar dentro de Telefónica de España la línea de actividad, o unidad de negocio, dedicada a la prestación de servicios a empresas proveedoras de servicios de telefonía de uso público, razón por la cual dicha actividad sería perfectamente individualizable, amén de cuantificable, y en definitiva puede ser diferenciada de otras actividades o líneas de negocio de mi representada”*.

Según TESAU, la Propuesta de determinación de la sanción, al identificar y fijar el concepto de rama de actividad afectada como consecuencia de la concreta conducta infractora sancionada, extrapola el análisis que hizo la Resolución de 18 de julio de 2002, por la cual se procedió a abrir el expediente sancionador del que trae causa el presente, *“al hilo de delimitar los mercados de producto en cuyo ámbito se consideró que podría incidir la conducta infractora”*.

Para la citada operadora, la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de aplicar dicha interpretación *“se pretende justificar sobre la base de la supuesta sustituibilidad que, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda, ofrecen – según la Resolución de 18 de julio de 2002- la provisión del acceso y del servicio telefónico que se destina a la telefonía de uso público y aquella que se destina a la telefonía de uso particular.*

TESAU continúa alegando que, *“si bien técnicamente la apreciación de la CMT puede no ser incorrecta, si que lo es si hacemos una aproximación comercial o de negocio, que son finalmente las bases con las que cualquier agente en el mercado diseña su segmentación del mismo”*.

Como consecuencia de lo anterior, TESAU manifiesta que la imputación de ingresos de la rama de actividad afectada, sobre los cuales habría que ponderar el umbral máximo de la sanción, sería sólo la parte correspondiente a los ingresos del año 2002 generados en el mercado de acceso y servicios telefónicos a las empresas dedicadas a la prestación de servicios de telefonía de uso público.



- **Sobre la cifra que habrá de considerarse como umbral de referencia máximo para determinar el importe de la sanción.**

Finalmente, TESAU manifiesta que la cifra de 22.532.500 euros, que en la Propuesta de determinación de la sanción se considera como umbral de referencia máximo para fijar el importe de la sanción, debe ser recalculada en atención a los ingresos obtenidos por los servicios de acceso y tráfico de la telefonía de uso público.

Dichos ingresos, según la referida entidad, ascendieron en el año 2002 a la cantidad de 939.190 euros, la cual es una cifra *“inferior a la cifra de 20 millones de euros que como criterio residual prevé el artículo 56.1) de la LGTel, habrá de tomar esta última cifra (20 millones) como umbral máximo de la multa”*.

Como consecuencia, TESAU concluye que, considerando esa cifra como umbral máximo para determinar la sanción, **“el resultado sería que la sanción debe recalcularse y fijarse en 2,2 millones de euros en vez de los 2,5 millones de la propuesta de sanción recogida en el Resolución de 29 de julio de 2009”**.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para dar cumplimiento al Resuelve Segundo del Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009, de conformidad con el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA), al ser el órgano que dictó la Resolución de 10 de julio de 2003, anulada en cuanto a la fijación del importe de la sanción impuesta a TESAU, en virtud del citado pronunciamiento judicial.

SEGUNDO.- Objeto del presente expediente.

El presente expediente tiene por objeto el llevar a puro y debido efecto, de conformidad con los artículos 103 y siguientes de la LRJCA, la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009, en cuya parte dispositiva, una vez estimado parcialmente el recurso de casación y, en consecuencia, anulada en parte la Resolución impugnada, ordena a esta Comisión *“imponer la sanción pecuniaria con aplicación retroactiva de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*.

La sentencia dictada en sede casacional, acogiendo el último motivo formulado en la denuncia, falla estimar parcialmente el recurso interpuesto por TESAU, lo



que conlleva aplicar retroactivamente el artículo 56.1.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en lugar del artículo 82.1.a) de la Ley 11/1998. Los fundamentos de derecho noveno y décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 señalan:

“NOVENO.- Debe prosperar, por el contrario, el cuarto motivo casacional en el que “Telefónica de España, S.A.U.” denuncia, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, que la Sala ha incurrido en incongruencia omisiva al no pronunciarse “acerca de la cuestión concerniente al principio de retroactividad de la norma más favorable (artículo 9.3 y 25 de la Constitución y 128.2 de la Ley 30/1992) y de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa”.

La Sala de instancia guarda silencio sobre la aplicación retroactiva, en lo favorable, de la nueva Ley pese a que la demandante lo interesó de modo expreso en su escrito de conclusiones (alegación quinta). Y lo cierto, es que dicha pretensión debió ser aceptada, incluso si no se formuló –como debiera haberse hecho- en la demanda. Al igual que hemos resuelto en las recientes sentencias de 25 de febrero de 2009 y de 10 de julio de 2008, siguiendo la línea de otras anteriores relativas a sanciones impuestas a “Telefónica de España, S.A.U.”, también en ésta hemos de acceder a la pretensión de que la nueva Ley 32/2003 sea aplicada de modo retroactivo en cuanto a uno de los factores determinantes de la multa impuesta, esto es, el porcentaje de los ingresos de la sociedad sancionada.

En nuestra sentencia de 6 de junio de 2007 (y en la de 29 de abril de 2008, recurso de casación número 5199/2005) dijimos lo siguiente al resolver el recurso de casación número 8217/2004:

“La novedad legislativa introducida por la Ley 32/2003 en su artículo 56.1.a) contrasta con el artículo 82.1.a) de la Ley de 11/1998 (RCL 1998, 1056, 1694) (derogada por aquélla) en cuanto al cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción. Dichos ingresos brutos anuales son ahora los “obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada”, cantidad que podrá diferir -en menos- de la prevista en la Ley de 11/1998 pues el artículo 82.1.a) de ésta no distingue entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad.

El nuevo artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 puede significar, pues, para la recurrente un efecto más favorable que el resultante del precepto legal aplicado, lo que determinará su aplicación in melius a un caso pendiente como éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992. El hecho de que tal aplicación retroactiva no fuese instada por la actora en la instancia supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva. [...]

En todo caso procederá que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al dictar una nueva resolución que sustituya a la de 23 de julio de 2002, aquí impugnada, aplique el artículo 56.1.a) de la Ley 32/2003



sobre la base de los ingresos brutos anuales obtenidos por “Telefónica de España, S.A.U.” en el ejercicio de 2001 en la rama de actividad correspondiente. No podemos acceder a la pretensión actora de que por tal “actividad” se entienda de modo necesario la de “prestación del servicio telefónico básico en régimen de GCU²”, pues habrá de ser el organismo regulador quien, con el conocimiento que posee de las actividades de la operadora y del mercado en su conjunto, precise cuál es la rama de actividad realmente afectada. Y tampoco podemos acceder a la solicitud actora de que sea la Sala de la Audiencia Nacional quien, en ejecución de sentencia, de modo directo “realice esa labor y determine el importe en que, en su caso, deba fijarse la sanción con arreglo a las bases señaladas” pues, como ya hemos expuesto, se trata de operaciones que requieren determinadas apreciaciones para las que es competente en principio (a reserva, obviamente, de su ulterior control jurisdiccional) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

En esta misma línea, dado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó como uno de los parámetros sancionadores decisivos el 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por “Telefónica de España S.A.U.” en el ejercicio de 2002, procederá que el organismo regulador haga de nuevos sus cálculos sobre la base de los obtenidos por la entidad infractora en “la rama de actividad afectada”.

Por tanto, a través del citado artículo 56.1.a) de la LGTel se introdujo una novedad legislativa, la cual consiste, frente lo establecido en el artículo 82.1.a) de la Ley 11/1998, en que el cómputo de los ingresos brutos de explotación de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se calcula el porcentaje del 1 por ciento para fijar el límite máximo del importe de la sanción, ha de hacerse sobre la rama de actividad afectada y no sobre el total de los ingresos brutos obtenidos en el año anterior.

En consecuencia, en cumplimiento de lo fallado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, esta Comisión únicamente procederá a determinar la sanción aplicable a TESAU mediante la aplicación del artículo 56.1 de la LGTel, sin revisar los demás aspectos decididos en la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión, el 10 de julio de 2003³, que han sido confirmados primero por la Audiencia Nacional y posteriormente en casación.

TERCERO.- Sobre la conducta sancionada por la Resolución aprobada en el Expediente AJ 2002/7247.

La Resolución del Expediente AJ 2008/7247, de 30 de abril de 2003, impuso a TESAU una sanción de ocho millones de euros (8.000.000 euros), por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley

² GCU: Grupo Cerrado de Usuarios.

³ Expediente AJ 2002/7247.



11/1998, por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 24 de enero de 2002, sobre el control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.Unipersonal a la operadora VIC TELEHOME, S.A.

Como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Primero, el Resuelve Primero de la citada Resolución de fecha 24 enero de 2002 estableció lo siguiente:

“Primero.- Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.

En concreto:

- TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.

- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.

- TELEFONICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor.

Mediante Resolución de 18 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar el expediente sancionador de referencia contra TESAU, como presunta responsable directa de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, consecuencia del incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 4 de enero de 2002.

Pues bien, de los Hechos Probados Primero a Tercero de la Resolución del Expediente AJ 2002/7247, de fecha 10 de julio de 2003, se desprende que TESAU infringió las tres prohibiciones establecidas en la Resolución de 24 de enero de 2002. En concreto:

- TESAU aplicó a los asociados pertenecientes a la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público (en adelante, AOTEP) un descuento en la facturación telefónica (en sus diferentes conceptos: cuota de abono, consumo y otros) por una cuantía variable (38%). Dicho descuento, aparentemente, se justificó en el concepto de actividad



publicitaria que los asociados a la AOTEP prestaban a cargo de TESAU (la colocación de pegatinas de TESAU en los terminales de uso público de los asociados o junto a los mismos), cuya remuneración nada tiene que ver con la remuneración efectuada por los conceptos anteriores.

- La retribución de esta actividad publicitaria carecía de una causa verdadera, siendo su verdadero objeto realizar un descuento en la facturación telefónica.
- La percepción de las retribuciones “publicitarias” se vinculó al hecho de cursar el tráfico con TESAU.

Dicha infracción cometida por TESAU, materializada en las diferentes actuaciones recogidas en los Hechos Probados, fue considerada de naturaleza continuada al concurrir los requisitos definidores de dicho tipo de conducta infractora:

- Identidad subjetiva: TESAU fue el responsable de los diferentes supuestos en los que tuvo lugar la aplicación del descuento en la factura telefónica.
- Pluralidad fáctica: la aplicación del descuento quedó acreditada respecto a una pluralidad de asociados, con relación a una pluralidad de facturas.
- Culpabilidad homogénea: ya que los descuentos aplicados por TESAU lo fueron en ejecución de un plan preconcebido.

Entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora se tuvo en cuenta la intencionalidad demostrada de TESAU en la comisión de la infracción, ya que se pudo constatar su voluntad de poner en marcha un sistema que, precisamente, tenía por objeto infringir las obligaciones impuestas en la Resolución de 24 de enero de 2002, haciéndolo de una forma encubierta, poco después de recibir la notificación de dicha Resolución.

CUARTO.- Sanción aplicable a la infracción.

Una vez analizado lo anterior, procede ahora determinar la sanción aplicable de conformidad con lo establecido en la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. De acuerdo con el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 53.r) del mismo texto legal son las siguientes:

“(…)



a) 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 quintuplo, 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 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”.

Por otra parte, el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) determina que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, estableciendo el apartado siguiente del precepto los criterios que han de ser tenidos en consideración para la graduación de la sanción.

A. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En aplicación de los anteriores criterios y en atención a lo señalado en la Resolución dictada en el expediente AJ 2002/7247, procede señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, no es posible estimar adecuadamente unos beneficios brutos obtenidos como consecuencia de la infracción, al resultar muy complicada la cuantificación exacta de los mismos, tal y como se estableció en la Resolución de 10 de julio de 2003.
2. No se han identificado unos fondos, propios o ajenos, utilizados por TESAU en la comisión de la infracción.
3. Por lo que es necesario cuantificar la sanción a imponer estableciendo como máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en el último ejercicio (2002) en la rama de actividad afectada y la cifra de 20 millones de euros.

En la LGTel no existe una definición específica que delimite qué se entiende por rama de actividad. Asimismo, las referencias existentes en la normativa fiscal y mercantil no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.

En este sentido, cabe mencionar el artículo 83.4 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004,



de 5 de marzo, el cual se refiere a la rama de actividad como *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*.

De ésta y de otras alusiones presentes en la normativa tributaria, se desprende que el concepto tradicional de rama de actividad se refiere a un 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.

Sin embargo, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, no parece que lo decisivo a la hora de calcular el importe de la sanción sea que la actividad afectada por la infracción cometida sea una unidad económica susceptible de funcionar por sus propios medios, sino que la finalidad será, además de condenar el comportamiento infractor, evitar que la comisión de la infracción resulte más beneficiosa que la sanción impuesta, de forma que la imposición de ésta persuada realmente al operador infractor de continuar con sus actitudes incumplidoras.

Por ello, de acuerdo con el criterio seguido por esta Comisión en varias ocasiones⁴, lo realmente relevante a efectos de calcular el importe de la sanción es determinar qué actividad o actividades se han visto afectadas por la infracción cometida, aunque no pertenezcan a una rama de actividad propiamente dicha en su acepción tributaria o mercantil.

Por tanto, esta Comisión entenderá por la rama de actividad afectada aquellos servicios sobre los que la conducta de TESAU haya impactado realmente.

A este respecto, TESAU considera, en su escrito de alegaciones de 9 de septiembre de 2009, que la delimitación efectuada por esta Comisión, en la Propuesta de determinación de la sanción, de la rama de actividad afectada por la conducta infractora de TESAU, *“supera, excediéndolo notariamente, el canon de mínima discrecionalidad inherente a toda actividad reglada y encierra, además, una interpretación clara y manifiestamente extensiva del concepto de rama de actividad que el artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel) establece a modo de umbral máximo para ponderar y cuantificar el importe de la sanción en el supuesto concreto”*.

En este sentido, TESAU manifiesta que la citada propuesta de determinación confunde el análisis de los mercados relevantes de producto, en los que se

⁴ Ejemplo: Resolución del expediente sancionador RO 2004/1811, incoado a la entidad “Telefónica de España, S.A.U.” por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005, Resolución por la que se determina la sanción a pagar por Telefónica de España, S.A. en el expediente sancionador AJ 2002/5952, en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 8217/2004.



desenvuelve la actividad analizada en el procedimiento sancionador de referencia, con la cuestión de valorar *ad hoc* si la conducta infractora impacta real, directa y esencialmente en todas y cada una de las actividades que conforman esos mercados.

No obstante, con esta finalidad de valorar cuál es la concreta actividad afectada, la propia TESAU, contradictoriamente con sus alegaciones, procede a realizar un análisis desde el punto de vista de la sustituibilidad de la demanda y de la oferta del específico producto de mercado que en su opinión se encuentra afectado por su conducta infractora, cual es el servicio de provisión de acceso y tráfico a empresas de telefonía de uso público.

Para dicha operadora, al igual que ya señaló en las alegaciones realizadas en el expediente OM 2001/5789⁵, algunas de las principales notas diferenciadoras que permiten delimitar el mercado de servicios de acceso y tráfico a las empresas de telefonía de uso público, como un segmento diferenciado del resto de clientes no residenciales, son:

- el número de líneas contratadas por cada cliente;
- la cantidad de entidades que existen en el mercado; o
- el poder de negociación que detentan dichos clientes, que les permite disfrutar de condiciones diferenciales al resto de clientes no residenciales.

En primer lugar, cabe señalar lo dispuesto por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en el reciente Auto dictado el pasado 29 de julio de 2009, por el cual desestima el incidente de ejecución presentado por TESAU contra las Resoluciones de esta Comisión, de 4 de octubre y 29 de noviembre de 2007⁶, en relación con los márgenes en los que esta Comisión puede moverse a la hora de apreciar la rama de actividad afectada por una conducta infractora:

“Así pues, abordemos la primera de estas cuestiones, esto es, si resulta conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio 2007 la fijación como cifra máxima de la multa, como punto de partida para su final determinación la de 21.576.900 de €.

Pero emitir tal pronunciamiento ahora obligaría a que esta Sala declarase, en fase de ejecución de Sentencia, qué ingresos pueden correctamente incardinarse en el concepto de procedentes de la “rama de actividad” en la

⁵ A través de cuya Resolución, de 18 de julio de 2002, se procedió a abrir el procedimiento sancionador del que trae causa el presente procedimiento.

⁶ Resoluciones aprobadas en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2007, dictada en el recurso 8717/2004.



que se cometió la infracción. Y sin embargo tal cuestión no fue en modo alguna controvertida en el litigio.

Más aún, la Administración, a la hora de determinar qué concretos servicios pueden incardinarse en esta “rama de actividad”, cuenta con importantes márgenes de apreciación (...).

Más aún, como hemos dicho más arriba, el propio Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión de la determinación, por él mismo o por esta propia Sala y Sección, de la sanción legítima, descartando tal decisión al considerar que los márgenes de apreciación en manos de la administración, y la información disponible por ella, impedían un control previo que sería inconciliable con el principio de la decisión previa o ejecutoria propio del derecho administrativo”. (Subrayado y negrita nuestro)

Pues bien, en base a esta capacidad de apreciación reconocida por los citados órganos jurisdiccionales, y en contra de lo manifestado por TESAU, es preciso aclarar que esta Comisión realizó un análisis restrictivo a la hora de analizar la rama de actividad afectada, en la Propuesta de determinación de la sanción.

Así es, en la misma se acotó la citada rama de actividad al ámbito no residencial, ya que estas entidades de telefonía de uso público son consideradas regulatoriamente como clientes no residenciales, a pesar de que el servicio prestado a través de las referidas entidades tenga al segmento residencial como destinatarios finales, y de que las características técnicas del acceso demandado por dichas entidades no difieran en modo alguno del que solicita cualquier otro tipo de cliente.

Por otra parte, cabe señalar a TESAU que, si bien es cierto que en algunos casos puede ser elevada la utilización de líneas de acceso, así como el consumo en el tráfico telefónico por las entidades de telefonía de uso público, no puede afirmarse que éstas sean notas diferenciadoras de este tipo de entidades, y en base a ellas considerarlas como un segmento de clientes distinto al general de no residenciales (empresarial, incluyendo PyMES).

Este tipo de clientes empresariales también supone un número elevado de demandantes de los servicios de acceso a la red telefónica pública, que suelen solicitar el alta de más de una línea telefónica, a través de las cuales pueden llegar a consumir un importante tráfico, y que, al igual que las entidades de telefonía de uso público, disfrutaban habitualmente de ofertas personalizadas.

En conclusión, no cabe considerar la existencia de un mercado de servicio de acceso y tráfico a las empresas de telefonía de uso público diferenciado del mercado de acceso a la red telefónica fija en general para clientes no residenciales (segmento de negocios y PyMES), tal y como pretende TESAU al objeto de determinar la rama de actividad afectada.



Como consecuencia de la anterior alegación, TESAU en su escrito de alegaciones de 9 de septiembre de 2009, muestra su disconformidad con la determinación de la cifra de ingresos brutos realizada en la Propuesta de determinación de la sanción, y sobre la cual se fija el umbral máximo de la misma.

TESAU, siguiendo con su argumentación principal, manifiesta que la cifra de 22.532.500 euros, que en la Propuesta de determinación de la sanción se considera como umbral de referencia máximo para fijar el importe de la sanción, debe ser recalculada en atención a los ingresos generados en 2002 en el mercado de acceso y servicio telefónico a las empresas dedicadas a la prestación de servicios de telefonía pública.

A estos efectos, TESAU intenta acreditar dicho importe a través de un certificado expedido por el Director de Contabilidad de TESAU, según el cual se declara:

“Que, según se desprende de los Libros Auxiliares de Contabilidad del año 2002, los ingresos por servicios de conexión y tráfico del segmento de Grandes Clientes, en el cual estaban incluidos los clientes de Locutorios y Teléfonos Públicos, fueron de 939.190 miles de euros”.

Como consecuencia, TESAU entiende que esos ingresos suponen una cantidad *“inferior a la cifra de 20 millones de euros que, como criterio residual, prevé el artículo 56.1.a) de la LGTel, habrá de tomarse (...) como umbral máximo de la multa”*. Por tanto, utilizando la citada cifra de 20 millones como umbral máximo para determinar la sanción, **“el resultado sería que la sanción debe recalcularse y fijarse en 2,2 millones de euros en vez de los 2,5 millones de la propuesta de sanción recogida en el Resolución de 29 de julio de 2009”**.

A este respecto, es necesario indicar en primer lugar que la cifra que esta Comisión considera que debe ser tomada en cuenta para la determinación de la sanción, por ser los ingresos brutos de la rama de actividad afectada por la conducta incumplidora de TESAU, no se corresponde con la cantidad que TESAU pretende hacer valer. Tal y como a continuación se detalla, las citadas actividades afectadas por la infracción no se limitan a los servicios de acceso y tráfico prestados a las empresas de telefonía de uso público.

Por otra parte, cabe señalar que la cifra sobre la que versa la certificación del Director de Contabilidad de TESAU, relativa a los ingresos por servicios de conexión y tráfico del segmento de grandes clientes, se refiere a una anotación en un Libro Auxiliar de Contabilidad, es decir, de gestión interna de la propia operadora, que no se corresponde con ningún epígrafe contable establecido en el Plan General de Contabilidad de 1990 –vigente en 2002- aprobado mediante Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.



Asimismo, no es posible comprobar la correlación de dicha cifra desprendida de los Libros auxiliares de contabilidad de TESAU, con las Cuentas Anuales y la contabilidad de costes, presentadas por TESAU ante esta Comisión, ya que no consta dicha segmentación de los ingresos por clientes.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, no cabe aceptar la justificación argüida por la imputada, acerca de la cifra a tomar en cuenta para delimitar el umbral máximo de la sanción a imponer.

a. Definición del mercado de producto.

Siguiendo lo establecido en la Resolución de 18 de julio de 2002, a través de la cual se procedió a abrir el procedimiento sancionador del que trae causa el presente expediente, los mercados de producto que resultan afectados con motivo de las distintas actuaciones de TESAU son:

- el mercado del telefonía fija, y
- el mercado descendente de servicio de telefonía de uso público.

No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente, no existen diferencias significativas entre ambos mercados de producto, por lo que puede hablarse de la afectación de un solo mercado.

En efecto, si analizamos la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, los abonados que utilizan el punto de terminación para instalar teléfonos de uso público, esto es, las empresas de telefonía de uso público, solicitan la provisión de la línea telefónica y, sobre ésta, un servicio de tráfico telefónico exactamente igual que demandan los usuarios finales del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija (en adelante, STFDP).

Es decir, la línea telefónica contratada por una empresa de telefonía de uso público debe tener las mismas particularidades y funcionalidades que son características de una línea telefónica contratada por un abonado usuario final (entre otras, la posibilidad de preselección de operador o de cambio de titularidad de la línea). Por todo ello, se concluye que ambos tipos de servicios son sustitutivos.

Asimismo, es posible hablar de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta, puesto que un operador de acceso provee la línea telefónica y, en su caso, los servicios de tráfico telefónico a las empresas de telefonía de uso público con las mismas características técnicas que a los usuarios finales del STFDP.



Es más, cabe señalar que tanto la línea como los servicios de referencia que, en un primer momento, se utilizaron por un usuario final es posible que posteriormente sean utilizados para la prestación de un servicio de telefonía de uso público, sin necesidad de cambio técnico alguno y sin que el operador llegue a percibir la diferencia. De este modo, es posible concluir también la absoluta sustituibilidad desde la perspectiva de la oferta.

b. Definición del mercado geográfico.

En cuanto al mercado geográfico ha de considerarse el comprendido por el territorio nacional en su conjunto, en tanto que los agentes presentes en ambos mercados de producto pueden competir entre sí en todo el territorio nacional, sin diferencias sustanciales en las características de la demanda en el mismo y con sujeción además a una misma normativa. De este modo, puede afirmarse que las condiciones de competencia son similares en todo el territorio nacional y, por tanto, éste ha de ser el mercado geográfico considerado.

c. Conclusión.

En definitiva, las actividades sobre las que TESAU desarrolló prácticas contrarias a la competencia fueron:

- El servicio de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija a clientes no residenciales.
- El servicio de tráfico telefónico prestado desde una ubicación fija a clientes no residenciales.

Es necesario matizar que resulta más adecuado restringir la rama de actividad afectada al ámbito no residencial, puesto que estas entidades de telefonía de uso público son consideradas regulatoriamente como clientes no residenciales, a pesar de que el servicio prestado a través de las referidas entidades tenga el segmento residencial como destinatarios finales.

El ámbito geográfico de ambas actividades es el nacional.

Determinación del 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por TESAU en el último ejercicio anterior (2002) a la imposición de la sanción en la rama de actividad afectada.



De acuerdo con los datos obtenidos por esta Comisión para la elaboración del Informe Anual del año 2002, los ingresos brutos que obtuvo TESAU por la provisión del acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija a clientes no residenciales ascendieron a 619,09 millones de euros, mientras que los ingresos brutos por la provisión de los servicios de tráfico telefónico a este mismo segmento alcanzaron los 1.634,16 millones de euros.

Si tenemos en cuenta los datos anteriores, para el conjunto de actividades afectadas la cuantía de los ingresos brutos para el año 2002 resultan de agregar las magnitudes señaladas ascendiendo el total a 2.253,25 millones de euros.

Por tanto, el 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por TESAU en el último ejercicio (2002) en la rama de actividad afectada asciende a veintidós millones quinientos treinta y dos mil quinientos euros (22.532.500 euros).

En consecuencia, la sanción se determinará tomando la anterior cifra como límite máximo de la sanción, al ser ésta superior a la cantidad de 20 millones de euros señalada en el artículo 56.1.a) de la LGTel.

B. Determinación de la sanción que se propone.

De la aplicación al presente caso de las reglas enunciada anteriormente resultan las siguientes conclusiones:

- No es posible determinar cuál es el beneficio bruto obtenido por TESAU de la comisión de la infracción en el presente caso, ni resulta aplicable el criterio de los fondos totales utilizados en la infracción.
- Tal y como se ha señalado anteriormente, la rama de actividad afectada se encuentra delimitada por los servicios de acceso telefónico a la red telefónica fija a clientes no residenciales y de tráfico telefónico prestado desde una ubicación fija a clientes no residenciales, ambos respectivamente de dimensión geográfica nacional.
- El 1 por ciento de los ingresos obtenidos en dichos servicios asciende a 22,532 millones de euro siendo tal cantidad superior a la de 20 millones de euros fijada por el artículo 56.1.a) de la LGTel, por lo que la primera ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- Tal y como se señaló en la resolución objeto de revisión del presente expediente, la infracción cometida fue de carácter continuado y sigue concurriendo la circunstancia agravante, consistente en la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción, que se apreció entonces.



TESAU continuó aplicando descuentos en factura contrarios a las obligaciones establecidas en la Resolución de 24 de enero de 2002 incluso después de haberle notificado el inicio del procedimiento sancionador AJ 2002/7247.

- Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. No se tiene conocimiento del beneficio que ha obtenido TESAU por la comisión de la infracción.

De los principios y límites cuantitativos citados anteriormente, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, al nuevo límite máximo de la sanción (22.532.500 euros), a la concurrencia de una infracción continuada y de una circunstancia agravante consideradas en la Resolución de instancia, posteriormente confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, se estima que procede imponer una sanción de dos millones quinientos mil euros (2.500.000 euros).

En virtud de las consideraciones de Hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Aprobar la determinación de la sanción a pagar por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.Unipersonal en el expediente sancionador AJ 2002/7247, por la que se impone una sanción económica a la misma de dos millones quinientos mil euros (2.500.000 euros), en cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 3943/2006.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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.

Se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, no cabe la interposición de recurso en vía administrativa, no obstante, se podrá promover incidente de ejecución de Sentencia ante la Audiencia Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 en relación con el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).