

**RESOLUCIÓN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS
OBLIGACIONES EN MATERIA DE COUBICACIÓN EN CENTRALES
CABECERA**

SNC/DTSA/063/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 25 de abril de 2019

Visto el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Periodo de información previa IFP/DTSA/042/17 y acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

En el marco de su labor de supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas sometidos a regulación *ex ante*, y en particular de los mercados mayoristas de banda ancha, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) detectó la existencia de una serie de centrales cabecera que habían sido declaradas por Telefónica de España, S.A.U., (Telefónica) como inviables. Sin embargo, se comprobó que dichas centrales cabecera, posteriormente a su declaración de inviabilidad, podrían estar siendo acondicionadas por Telefónica para el despliegue de su propia red de acceso de fibra óptica (FTTH), por ejemplo, a través de la instalación de nuevos equipos ópticos.

Además, se verificaron una serie de cuestiones en relación con el uso por parte de Telefónica de sus centrales cabecera, que también se consideró que debían ser objeto de análisis por parte de la CNMC.

Mediante escrito de 14 de noviembre de 2017, se comunicó a Telefónica que, según lo previsto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se había procedido a abrir un período de información previa con el fin de analizar los hechos referidos y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador (expediente IFP/DTSA/042/17).

Tras la realización de las actuaciones previas, que incluyeron la remisión de dos escritos de alegaciones en fecha 9 de enero y 7 de febrero de 2018 por parte de Telefónica, el 10 de mayo de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica, como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel). La presunta infracción consistiría en el incumplimiento de las Resoluciones de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda al por mayor, así como en el incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA) (folios 1 a 12 del expediente administrativo).

En fecha 11 de mayo de 2018, se procedió a notificar el citado acuerdo al instructor del procedimiento sancionador (folios 13-14), así como a Telefónica (folios 15-18).

En el acuerdo de incoación de fecha 10 de mayo de 2018 se acordó, asimismo, la incorporación de toda la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/042/17 al procedimiento sancionador de referencia (folios 19 a 71 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Solicitud de acceso y ampliación del plazo para realizar alegaciones al acuerdo de incoación

En fecha 1 de junio de 2018, Telefónica solicitó el acceso a la documentación obrante en el expediente administrativo, así como una ampliación del plazo de un mes inicialmente contemplado en el acuerdo de incoación de fecha 10 de mayo de 2018 para que este agente formulara las observaciones y presentara los documentos y justificantes que considerara oportunos (folios 72 a 77).

Mediante escrito del instructor de fecha 1 de junio de 2018 (folios 78 a 83), se informó a Telefónica de que en el expediente no obraba ninguna otra actuación de terceros distintos de Telefónica ni documentos diferentes de los ya facilitados por la CNMC a Telefónica y de los aportados por el propio operador. Por ello se entendía evacuado el trámite del derecho de acceso al expediente solicitado por Telefónica, aportándose un índice con los documentos obrantes en el procedimiento de referencia hasta ese momento.

Por otra parte, en relación con la solicitud de ampliación del plazo solicitada por Telefónica, en el escrito del instructor de fecha 1 de junio de 2018 se señalaba que este operador no había motivado su petición ni había explicado las razones por las que la desestimación de su solicitud supondría un menoscabo de su derecho de defensa. Por consiguiente, el escrito del instructor concluía que el plazo de un mes conferido para formular alegaciones al acuerdo de incoación garantizaba el derecho de defensa de Telefónica y desestimaba la petición de ampliación de plazo efectuada por este operador, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la LPAC.

TERCERO. - Alegaciones al acuerdo de incoación

En fecha 11 de junio de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito de Telefónica de alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador (folios 84 a 93).

Las alegaciones presentadas al acuerdo de incoación, así como las contenidas en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, serán analizadas a lo largo de la presente resolución.

CUARTO. - Propuesta de resolución

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 2 de noviembre de 2018 (folios 94 a 148), que fue notificada a Telefónica (folio 152) el día 5 de noviembre de 2018.

En ella se proponía declarar a Telefónica de España, S.A.U., responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 24 de febrero de 2016 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda al por mayor, así como la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015. Además, se proponía la imposición de una sanción por importe de seis millones de euros (6.000.000 €) por la anterior conducta.

QUINTO.- Acceso al expediente y alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 13 de noviembre de 2018, el instructor dio traslado a Telefónica de una copia de los documentos del expediente (folios 157 a 158). Además, por acuerdo del instructor de fecha 19 de noviembre de 2018, se acordó desestimar la solicitud de ampliación del plazo para realizar alegaciones a la propuesta de resolución (folios 170 a 171).

El escrito de alegaciones de Telefónica (folios 175 a 199) tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 5 de diciembre de 2018.

SEXTO.- Finalización de la instrucción y elevación del expediente

Por medio de escrito de fecha 14 de diciembre de 2018, el Instructor remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente Administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 207), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 208).

HECHOS PROBADOS

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

PREVIO.- Regulación aplicable al presente procedimiento

Previamente a la descripción del hecho probado, se explica como antecedente el contexto regulatorio en el que se sitúa el procedimiento.

1. Regulación ex ante de mercados

En su condición de operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha, a Telefónica se le han impuesto una serie de obligaciones en los procedimientos de revisión de los mercados de referencia susceptibles de regulación *ex ante*. En particular, en fecha 24 de febrero de 2016, la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de

acceso de banda ancha al por mayor¹. La regulación planteada en dicho acto administrativo redefine las medidas ya contempladas en la anterior Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor².

En las citadas Resoluciones, se impuso a Telefónica una serie de obligaciones en materia de acceso y no discriminación en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado, así como en relación con los servicios mayoristas de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local)³, acceso indirecto (NEBA) y acceso a la infraestructura civil (oferta MARCo).

En concreto, el Anexo 2 de la Resolución de 24 de febrero de 2016 (al igual que anteriormente la Resolución de 22 de enero de 2009) dispone que Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado. Igualmente, se dispone que Telefónica implantará en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas o filiales participadas, en las mismas condiciones y plazos. La mencionada Resolución establece las mismas obligaciones de acceso y no discriminación en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local).

Por otra parte, el Anexo 3 de la misma Resolución establece que Telefónica debe facilitar el acceso a los recursos relacionados con el acceso a infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacan los servicios de ubicación en centrales. Telefónica no podrá por otra parte discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

De esta forma, la Resolución de 24 de febrero de 2016 acuerda en su Resuelve Quinto:

“Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones contenidas en los Anexos de 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y

¹ Expediente ANME/DTSA/2154/14.

² Expediente MTZ 2008/626.

³ Las obligaciones relativas al servicio NEBA local están vigentes a partir de la Resolución de 24 de febrero de 2016.

en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitoria del servicio NEBA-fibra”.

En consecuencia, en la prestación de los servicios mayoristas previstos en la regulación *ex ante*, Telefónica está obligada a facilitar el acceso a su infraestructura (en este caso, sus centrales) en condiciones no discriminatorias respecto de sus propios servicios minoristas, asimismo, está obligada a suministrar a terceros, información equivalente a la que se proporciona a sí misma o a sus empresas o filiales participadas, en las mismas condiciones y plazos.

2. Oferta de referencia OBA

En lo que se refiere a los hechos objeto de análisis en el presente procedimiento, las obligaciones asumidas por Telefónica a raíz de la regulación *ex ante* de mercados se concretan en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015⁴. Así pues, determinados aspectos de las obligaciones *ex ante* de acceso y no discriminación han sido desarrollados en la oferta OBA.

En particular, la oferta OBA regula en su sección 2 el servicio de ubicación, descrito como:

“[...] aquél por el que Telefónica de España, en los edificios donde se albergan elementos de red en los que facilita el acceso desagregado al bucle de abonado, o en parcelas o inmuebles contiguos de su propiedad, provee las condiciones necesarias para la instalación de los equipos de los operadores autorizados y la conexión entre redes”.

El espacio cedido por Telefónica tendrá características diferentes, según la cesión tenga lugar en el propio edificio de Telefónica (ubicación física o coubicación) o en la parcela donde se asienta el edificio que aloja al repartidor de abonados (ubicación distante).

La oferta OBA detalla asimismo el procedimiento a seguir en el caso de que no exista espacio vacante en los edificios de Telefónica, incluyendo el procedimiento de recuperación de espacios por parte de este operador a fin de habilitar espacio adicional u optimizar el espacio físico disponible. A este respecto, según la oferta OBA:

“se entenderá por espacios recuperados en interior de edificios de centrales de Telefónica a los espacios vacantes adicionales liberados por Telefónica resultantes tras la realización de obras para la optimización del espacio actualmente ocupado, la habilitación parcial o total de áreas de sus dependencias destinadas previamente a otros usos distintos del

⁴ Resolución sobre la consolidación de resoluciones adoptadas y la introducción de determinadas mejoras en la redacción del texto de la OBA (OFE/DTSA/448/14).

alojamiento de equipos y sus equipamientos auxiliares y de personal, o el desmontaje de equipos y otros equipamientos ya puestos fuera de servicio; todo ello previamente a la propia habilitación del recinto de coubicación en las condiciones OBA”.

Es decir, según la oferta OBA, cuando Telefónica disponga de espacio vacante (entendiendo por vacante aquel que efectivamente no necesite para sus propios servicios) para cubrir la demanda, habrá de emplear todo el espacio que sea necesario para atender las solicitudes de coubicación de los operadores. Cuando el espacio vacante esté agotado y no pueda cubrirse la demanda de espacio para coubicación de los operadores, Telefónica deberá acometer obras de recuperación de espacio vacante adicional (o proceder a la reasignación de espacios). El proyecto específico y las obras de liberación de los nuevos espacios deberán realizarse a la mayor brevedad posible una vez conocida la demanda conjunta de superficie útil, quedando las solicitudes de coubicación de los operadores en espera hasta la recuperación de espacios.

En última instancia, y también según la oferta OBA:

“cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación, Telefónica deberá notificar a la Comisión de forma fehaciente esta situación para que pueda ser inspeccionada; dicha situación de falta de espacio afectará igualmente a Telefónica en base a la aplicación del principio de no-discriminación”.

Por otra parte, el apartado 7 de la OBA establece el sistema común de información de planificación y seguimiento que debe contemplar Telefónica para cumplir con sus obligaciones de transparencia y no discriminación en cuanto a la provisión de servicios OBA (sistema denominado SICOBA).

En concreto, y en lo que afecta al presente procedimiento se transcriben determinadas previsiones de la OBA contenidas en el citado apartado:

“7. SISTEMA COMÚN DE INFORMACIÓN DE PLANIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO (SICOBA)

7.1 PRINCIPIOS GENERALES

A fin de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas de transparencia y no discriminación en cuanto a la provisión de servicios OBA, Telefónica debe aportar una serie de elementos de información, relativos tanto a la planificación de las solicitudes como al seguimiento de su ejecución. Esa información procederá de sistemas auditables por terceros.

Telefónica mostrará en la herramienta web descrita en el apartado 1.5.1 los datos especificados relativos a las solicitudes de los operadores, y a las actuaciones equivalentes que Telefónica realice en cada central para

sus servicios⁵. La información de planificación a suministrar debe ser equivalente a la que se requiera al resto de operadores que soliciten servicios OBA, y la de seguimiento debe ser suficiente para que pueda comprobarse el tratamiento no discriminatorio. (resaltado añadido)

A. Estimaciones de demanda e información de seguimiento

Para la prestación de los servicios con el debido nivel de calidad se establecen unas fases de comunicación de información sobre estimaciones de demanda futura: previsión de demanda y planificación de demanda.

Para que pueda comprobarse el tratamiento no discriminatorio de solicitudes de los servicios OBA y de las actividades equivalentes internas de Telefónica, Telefónica suministrará información detallada sobre la situación de ambos tipos de peticiones en cada central. (resaltado añadido)

Ambos tipos de información serán accesibles para los operadores afectados según se especifica más adelante.

Se definen las siguientes fases, que se suceden periódicamente formando un ciclo de planificación:

1. **Previsión** de demanda: suministro por parte de los operadores y Telefónica de información de carácter estimativo y no vinculante acerca de la demanda prevista destinado a facilitar la atención futura de dicha demanda.

2. **Planificación** de demanda: suministro por parte de los operadores y Telefónica de información detallada con cierto grado de compromiso acerca de las peticiones que se prevé cursar, destinado a garantizar la entrega en plazo de dichas peticiones.

3. **Petición** firme de servicios: solicitud de los servicios según se especifica en los procedimientos de la OBA (por los operadores) o conforme a sus procedimientos internos (por Telefónica).

4. **Seguimiento y entrega.** Suministro por parte de Telefónica de información acerca de la situación de las solicitudes: tipo de solicitud, fecha de solicitud, fecha de entrega, estado (en ejecución o entregada).

(...)

B. Acceso a la información

La información de estimaciones de demanda comunicada por todos los agentes y la información de seguimiento (excepto la correspondiente a

⁵ Vid el alcance del concepto actuaciones equivalentes en el apartado 7.3.A de la OBA transcrito infra.

prolongación de par) se facilitarán mensualmente a todos los operadores autorizados de forma agregada por central (la suma total correspondiente a todos los operadores, incluida Telefónica). De esta información se detallará de forma desglosada la correspondiente a Telefónica en una determinada central, para los operadores que estén presentes en dicha central o hayan remitido su información de planificación de demanda relativa a ésta.

Todas las informaciones citadas se remitirán mensualmente a la CMT (actualmente CNMC).

7.3 SERVICIO DE COUBICACIÓN

A. Actividad equivalente de Telefónica

Los servicios de coubicación se pueden equiparar a las actuaciones que Telefónica lleva a cabo en las centrales que requieren ocupación de espacios.

Se toman como actividades equivalentes al servicio de coubicación:

- *Habilitación o ampliación de sala para equipos*
- *Habilitación o ampliación de sala para otros usos*
- *Asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo*

(...)

C. Previsión de demanda

La información a suministrar y que luego se mostrará en el sistema es la siguiente:

Las fases de comunicación de información sobre estimaciones de demanda futura (previsión y planificación) no son requisitos de obligado cumplimiento, en el sentido de que cualquier operador podrá renunciar a comunicar la información de estimaciones de demanda (previsión de demanda y planificación de demanda). No obstante, toda petición de un determinado servicio en un determinado ciclo de planificación de un operador que no haya remitido la planificación de demanda correspondiente se considerará que constituye demanda no planificada.

Se mantendrá el registro histórico de al menos 18 meses de toda la información de estimación de demanda y seguimiento remitida por todos los agentes.

B. Acceso a la información

*La información de estimaciones de demanda comunicada por todos los agentes y la información de seguimiento (excepto la correspondiente a prolongación de par) se facilitarán mensualmente a todos los operadores autorizados de forma agregada por central (la suma total correspondiente a todos los operadores, incluida Telefónica). **De esta información se detallará de forma desglosada la correspondiente a***

Telefónica en una determinada central, para los operadores que estén presentes en dicha central o hayan remitido su información de planificación de demanda relativa a ésta. (resaltado añadido)

Todas las informaciones citadas se remitirán mensualmente a la CMT.”

3. Conducta de Telefónica objeto del presente procedimiento

Tal y como se indica en la presente resolución, ha quedado acreditado que Telefónica ha incumplido las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación impuestas por la regulación *ex ante* de los mercados.

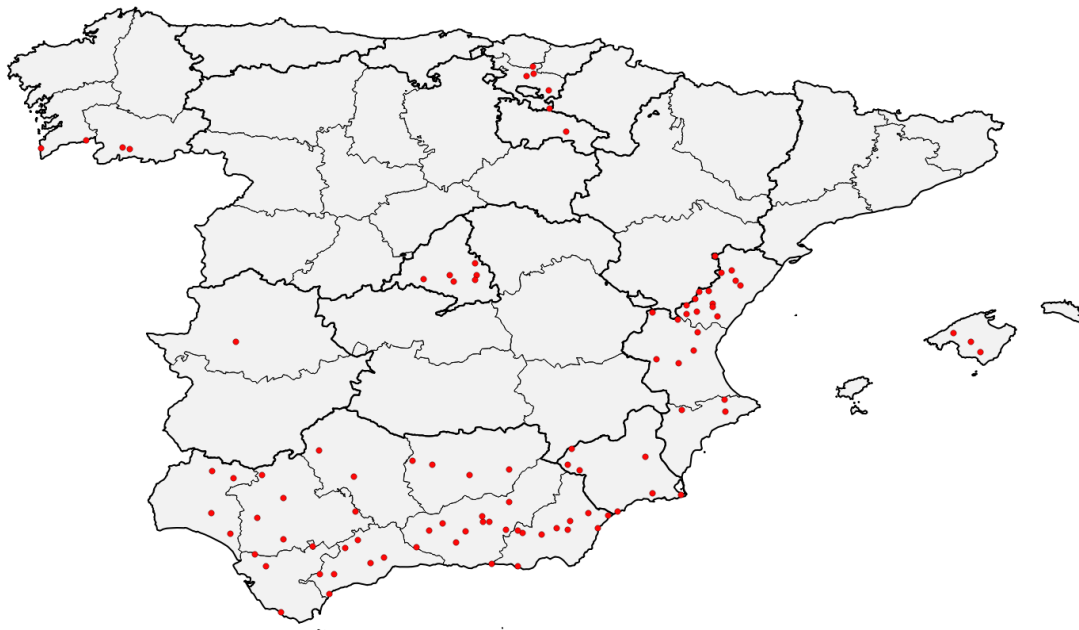
En concreto, la oferta OBA, como se ha expuesto, describe la forma de utilización de espacios para los servicios de colubicación y cómo ha de desarrollarse la efectiva utilización de los mismos. También define lo que ha de considerarse “espacio vacante” y “espacio recuperado” y el procedimiento de reasignación de espacio. Finalmente, establece claramente que cuando se produzca un supuesto de falta de espacio, esa situación también afectará a Telefónica en aplicación del principio de no discriminación.

El incumplimiento acreditado se materializa en que Telefónica, ha modificado unilateralmente el estado de las centrales previamente declaradas por ella como inviables y comunicadas a esta Comisión, al realizar una recuperación de espacios para su uso propio (equiparado a la colubicación) sin que, como está previsto en la OBA, haya procedido a informar de ello previamente a esta Comisión y a los operadores alternativos por los procedimientos previstos con carácter previo al despliegue de su red de fibra óptica, prescindiendo de los procedimientos contemplados en la oferta OBA (y en particular, en SICOBA⁶).

El mapa adjunto a continuación permite verificar la ubicación de las 97⁷ centrales cabecera de Telefónica declaradas como inviables que han debido ser analizadas en mayor profundidad en el seno del presente procedimiento (sobre un total de 136 centrales cabecera analizadas donde se ha producido una situación de inviabilidad en algún momento hasta el mes de septiembre de 2018 –fecha a la que se tienen los últimos datos aportados por Telefónica).

⁶ Sistema Común de Información de Planificación y Seguimiento (SICOBA).

⁷ La central con código MIGA 2861006, listada en el acuerdo de incoación de fecha 10 de mayo de 2018, no es objeto de mayor consideración en el presente procedimiento, al haberse verificado, en función de la información aportada por Telefónica, que en dicho caso el despliegue de red FTTH se ha llevado a cabo desde un armario ubicado en parcela (ubicación distante).



En las centrales cabecera señaladas, y como se pondrá de manifiesto en el Hecho Probado Único, Telefónica ha incumplido las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación previstas en la regulación *ex ante* y los procedimientos previstos en la oferta OBA, dificultando en consecuencia la planificación del acceso por parte de terceros operadores a espacios susceptibles de ubicación en los que hubieran podido estar interesados.

Con los datos disponibles hasta septiembre de 2018, la conducta objeto de análisis en el presente procedimiento se habría desarrollado en 97 centrales cabecera de un total de 1.450 centrales cabecera empleadas por Telefónica o en previsión hasta dicho momento⁸.

Las implicaciones derivadas de esta conducta afectan a un elevado número de centrales cabecera previamente declaradas por Telefónica inviables (97 de un total de 136) que se han visto afectadas en el periodo hasta septiembre de 2018. Más aún, los datos disponibles sobre despliegues efectuados a lo largo del último año vienen a confirmar que, lejos de reducirse, el uso discriminatorio de centrales consideradas como inviables es una tendencia que se incrementa con el paso del tiempo.

El mencionado incremento es particularmente relevante habida cuenta del elevado número de emplazamientos que Telefónica ha declarado como inviables en todo el territorio nacional (1.583 a septiembre de 2018, sobre un total de aproximadamente 6.900 centrales), y que, sin embargo, en el futuro sí podrían ser utilizados exclusivamente por Telefónica si se reiteran los incumplimientos de las obligaciones regulatorias detectados.

⁸ Datos de despliegue FTTH de septiembre de 2018 remitidos por Telefónica a la CNMC (1.093 centrales cabecera en servicio y 357 centrales cabecera previstas en dicha fecha).

ÚNICO.- Telefónica ha prescindido de los procedimientos establecidos a tal efecto en la regulación de mercados y en la OBA cuando ha llevado a cabo el despliegue de su red de fibra óptica en centrales cabecera previamente declaradas inviables

La documentación obrante en el expediente acredita que Telefónica ha llevado a cabo el despliegue de su red de fibra óptica en centrales cabecera previamente declaradas por ella inviables, prescindiendo de los procedimientos establecidos a tal efecto en la regulación de mercados y en la OBA para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y no discriminación en los servicios mayoristas de coubicación.

A los efectos del análisis que a continuación se realizará para acreditar ese extremo, se han tomado en consideración una serie de datos, tal y como los mismos aparecen reflejados en SICOBA, así como en la información que Telefónica remite periódicamente sobre las previsiones de evolución de su red de acceso FTTH.

En particular, se han tomado como referencia (i) la **fecha de generación** contemplada en SICOBA, esto es, el momento en que se valida una petición de reserva de espacio efectuada previamente por un operador alternativo o por la propia Telefónica; (ii) la fecha en que la central cabecera objeto de estudio se declaró apta para la provisión de servicios FTTH (**fecha de puesta en servicio**); (iii) la fecha en que la **central fue declarada como inviable**. La información reflejada a continuación detalla asimismo algunos elementos adicionales, tales como el código MIGA de la central cabecera, la indicación de si la central cabecera se encuentra situada en zona BAU⁹, y la existencia o no de operadores coubicados en la central cabecera.

El Anexo 1 de la Resolución contiene una explicación detallada del origen de los datos y el tratamiento que se ha efectuado de los mismos, a partir de la información puesta a disposición de la CNMC por la propia Telefónica.

En tanto que es operador declarado por esta Comisión como operador con poder significativo en los mercados de banda ancha, Telefónica debe remitir a la CNMC (mediante comunicaciones periódicas, así como a partir de la herramienta SICOBA) información sobre el estado y actividad en sus centrales, incluyendo las solicitudes de acceso de los operadores terceros y las actuaciones equivalentes que Telefónica lleva a cabo, o el momento en que las centrales son (en su caso) declaradas inviables.

La obligación de transparencia se extiende asimismo a las previsiones de evolución –a tres meses vista– de la red de acceso FTTH de Telefónica. Telefónica debe por consiguiente informar a la CNMC sobre el estado de sus centrales cabecera, y en particular sobre el momento en que las mismas estarán

⁹ Tal y como dicha área geográfica (Banda Ancha Ultrarrápida) aparece definida en la Resolución de los mercados 3 y 4.

operativas para la prestación de servicios soportados sobre la base de la red de fibra óptica de este operador, incluidas aquellas (si llegara el caso) que hubieran sido previamente declaradas inviables.

A este respecto, de la información disponible a fecha septiembre de 2018, se observa que en aquel momento existían 136 centrales cabecera que en algún momento habían sido declaradas por Telefónica como inviables. En 97 de dichas centrales cabecera, Telefónica procedió sin embargo a desplegar su red de fibra óptica, prescindiendo de los procedimientos establecidos en la OBA a tal efecto.

En particular, y como se expone a continuación, en las 97 centrales cabecera reseñadas, Telefónica incumplió sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación al desplegar su red de fibra óptica, sin seguir los procesos habilitados en SICOBA, pese a que las centrales habían sido catalogadas previamente como inviables.

Como se ha indicado, a fecha septiembre de 2018 existían 136 centrales cabecera que en algún momento habían sido declaradas por Telefónica como inviables. Sin embargo, Telefónica comenzó o anunció su intención¹⁰ de comenzar a prestar servicios FTTH en 97 de las citadas centrales cabecera con posterioridad a la declaración de inviabilidad¹¹.

MIGA cabecera	BAU o no	Fecha de generación Telefónica	Fecha de puesta en servicio FTTH	Fecha de inviabilidad	Operadores coubicados
110019		n.a.	01/03/2017	01/06/2012	No
111002		n.a.	01/08/2018	01/06/2012	No
112008		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
362019		n.a.	01/08/2017	01/06/2012	No
369006		n.a.	01/04/2018	01/06/2012	No
462011		n.a.	01/01/2013	01/06/2012	No
468004		n.a.	01/03/2017	01/07/2016	Sí
468005		05/05/2014	01/02/2017	01/11/2014	Sí
468020		n.a.	01/09/2014	01/06/2012	No
711005		n.a.	01/08/2016	01/06/2012	No
761003		n.a.	01/02/2018	01/06/2012	Sí
1012001		n.a.	01/07/2016	01/06/2012	No
1162006		n.a.	01/11/2017	01/06/2012	No
1815017		n.a.	01/12/2017	01/06/2012	No
1867006		21/10/2014	01/08/2015	01/11/2014	No
1869011		n.a.	01/12/2017	01/06/2012	No
2167005		16/03/2017	01/06/2018	01/04/2017	No
2362008		17/12/2013	01/06/2016	01/05/2014	Sí

¹⁰ Mediante el correspondiente anuncio de sus previsiones de despliegue a tres meses vista.

¹¹ La central con código MIGA 2861006, listada en el acuerdo de incoación de fecha 10 de mayo de 2018, no es objeto del presente procedimiento al haberse verificado en función de la información aportada por Telefónica que en dicho caso el despliegue de red FTTH se ha llevado a cabo desde un armario ubicado en parcela.

MIGA cabecera	BAU o no	Fecha de generación Telefónica	Fecha de puesta en servicio FTTH	Fecha de inviabilidad	Operadores coubicados
2662001		13/05/2014	01/08/2018	01/08/2014	No
2810024	BAU	n.a.	01/12/2014	01/06/2012	No
2812013		n.a.	01/04/2015	01/06/2012	Sí
2861002		n.a.	01/06/2014	01/06/2012	Sí
2861008		22/10/2014	01/04/2016	01/12/2014	Sí
2863002		20/10/2014	01/06/2017	01/12/2014	No
2869008		14/12/2011	01/07/2014	01/06/2012	Sí
2912001		n.a.	01/10/2017	01/06/2012	No
2961007		22/08/2013	01/05/2016	01/11/2013	Sí
2962011		08/01/2014	01/08/2017	01/02/2014	Sí
2963005		30/06/2013	01/07/2015	01/06/2012	Sí
2964004		n.a.	01/10/2017	01/06/2012	No
3062010		n.a.	01/07/2016	01/06/2012	No
3066001		n.a.	01/09/2017	01/01/2015	Sí
4112011		n.a.	01/02/2013	01/06/2012	No
4113001		n.a.	01/09/2016	01/06/2012	Sí
4162010		07/06/2017	01/10/2017	01/04/2017	No
4669019		n.a.	01/04/2017	01/06/2012	No
112001		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
112007		n.a.	01/09/2018	01/06/2012	No
367012		n.a.	01/06/2018	01/06/2012	No
461001		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
461005		n.a.	01/08/2018	01/06/2012	No
461006		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
463001		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
465013		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
465014		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
712001		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1130004	BAU	n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1131004		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1211004		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1211009		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1213006		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1215007		n.a.	01/09/2018	01/06/2012	No
1215011		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1215014		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
1262004		n.a.	01/09/2018	01/06/2012	No
1262007		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1262009		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1263009		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1264001		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1264011		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1264016		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
1264017		n.a.	01/08/2018	01/06/2012	No
1410008	BAU	n.a.	01/06/2018	01/06/2012	No
1467009		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1815010		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1816005		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1861008		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No

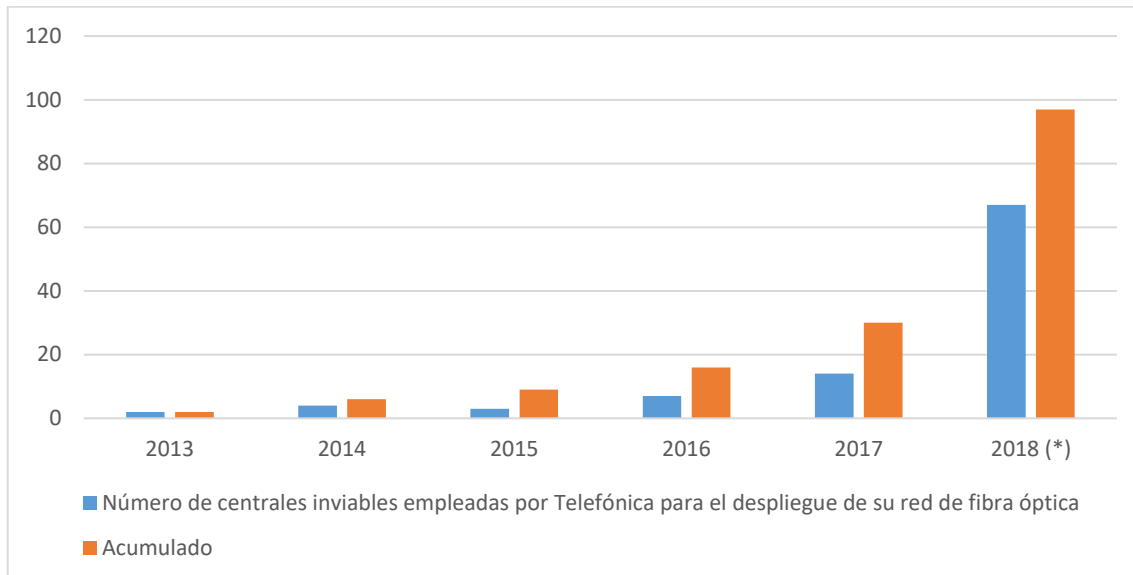
MIGA cabecera	BAU o no	Fecha de generación Teléfonica	Fecha de puesta en servicio FTTH	Fecha de inviabilidad	Operadores cubicados
1865027		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1865028		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
1865035		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
1865038		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
1865041		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
2111003		n.a.	01/11/2018	01/10/2017	Si
2161004		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
2166015		n.a.	01/08/2018	01/06/2012	No
2312006		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
2362012		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
2364009		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
2964009		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
2967007		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
3020016		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
3023005		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
3063007		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
3063011		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
3063013		n.a.	01/06/2018	01/06/2012	No
3261030		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
3261033		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
3623006		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
3663001		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No
4165005		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
4167002		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
4170019		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
4664006		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
4664012		n.a.	01/09/2018	01/06/2012	No
4666002		n.a.	01/10/2018	01/06/2012	No
4669018		n.a.	01/11/2018	01/06/2012	No
4671012		n.a.	01/12/2018	01/06/2012	No

En las 97 centrales cabecera reseñadas, Telefónica llevó a cabo el despliegue de su red de fibra óptica e instaló el equipamiento necesario a tal efecto, a pesar de la aducida situación de inviabilidad de las centrales, lo que a priori las había convertido en ubicaciones no aptas para el tendido de red por parte de ningún operador de comunicaciones electrónicas, incluida la propia Telefónica, en virtud de las obligaciones regulatorias de acceso y no discriminación impuestas.

En efecto, como puede colegirse de la lectura de la propia oferta OBA, la declaración de inviabilidad de una central de Telefónica debería ser un acontecimiento excepcional (*“cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de cubicación”*), cuyas consecuencias (*“situación de falta de espacio”*) habrían de extenderse a la propia Telefónica, sobre la base de la aplicación de las obligaciones de transparencia y no discriminación.

El gráfico a continuación refleja cómo ha ido aumentando a lo largo del tiempo el número de centrales inviables en las que Telefónica ha podido instalar nuevos

equipos, mientras que los operadores alternativos, precisamente por la infracción por Telefónica de sus obligaciones de transparencia y no discriminación, no han tenido la misma oportunidad. Cabe destacar que este aumento ha sido particularmente prominente a partir del año 2017¹².



(*) Telefónica incluye en sus comunicaciones a la CNMC previsiones sobre sus planes de despliegue con una antelación de tres meses, por lo que por ejemplo las comunicaciones de fecha septiembre de 2018 incorporan las previsiones sobre puesta de servicio de las centrales cabecera hasta el mes de diciembre de 2018.

Telefónica procedió, por consiguiente, al despliegue y utilización efectiva de su red de fibra óptica sin hacer uso de los procedimientos contemplados en la oferta OBA a tal efecto (SICOBA), (procedimientos que, sin embargo, sí resultan exigibles al resto de operadores demandantes de acceso).

Consideración de las alegaciones de Telefónica a los hechos objeto del procedimiento

En sus alegaciones tanto al acuerdo de incoación como a la propuesta de resolución, Telefónica manifiesta que en ningún momento ha incumplido sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación.

Anteriormente, en las alegaciones formuladas en el marco del período de información previa que dio lugar a la incoación del procedimiento sancionador de referencia (IFP/DTSA/042/17)¹³, Telefónica invocaba su derecho a llevar a cabo el proceso de transformación tecnológica hacia una nueva red de fibra óptica. Como consecuencia de este proceso, Telefónica habría, entre otras acciones, procedido a sustituir equipos de cobre por otros más modernos, de reducido

¹² Dos centrales cabecera en el año 2013, cuatro en 2014, tres en 2015, siete en 2016, catorce en 2017 y sesenta y siete en 2018.

¹³ En particular, en el escrito de fecha 7 de febrero de 2018.

tamaño, recuperando de esta manera nuevos espacios para la introducción de los equipos necesarios para el despliegue de redes FTTH.

Telefónica aduce, asimismo, que algunas de las centrales cabecera declaradas previamente como inviables para el despliegue incluso de red propia son centrales tipificadas que siempre han sido consideradas inviables, al estar agotado el espacio vacante desde su creación como central¹⁴. Telefónica hace una serie de consideraciones adicionales (situación de inviabilidad motivada por las solicitudes de coubicación de terceros operadores distintos de Telefónica¹⁵; modificación de la situación de viabilidad de la central cabecera¹⁶), en virtud de las cuales defiende que su actuación ha sido siempre conforme a derecho.

En relación con el uso indebido de los procedimientos habilitados en SICOBA, Telefónica reitera su derecho a acometer un proceso de transición tecnológica hacia su red de fibra óptica. Telefónica se refiere, asimismo, a errores por parte de la CNMC en la determinación de la fecha en que supuestamente se produjo la reserva de espacio en las centrales afectadas¹⁷, así como al hecho de que la información utilizada para verificar su conducta es meramente indiciaria.

En lo que respecta a los efectos de la conducta objeto de análisis, Telefónica considera en sus alegaciones que dicha conducta no le ha generado beneficio alguno ni le ha otorgado una ventaja competitiva frente a sus competidores, que han podido seguir desplegando su red con normalidad en la mayor parte de sus emplazamientos. Telefónica aduce asimismo que el número de centrales cabecera identificadas como potencialmente problemáticas es residual en relación con la totalidad de la red de Telefónica.

Estas alegaciones están en línea con las observaciones de Telefónica en el marco del período de información previa que dio lugar a la incoación del procedimiento sancionador de referencia (IFP/DTSA/042/17), donde Telefónica manifestaba que, en las centrales cabecera afectadas, siempre ha estado disponible algún tipo de servicio mayorista (como por ejemplo el servicio de acceso indirecto NEBA)¹⁸.

Las alegaciones de Telefónica son tratadas a continuación, distinguiéndose entre el análisis del derecho de Telefónica a acometer un proceso de renovación tecnológica, las observaciones relativas a la situación de determinadas centrales cabecera, y las observaciones sobre la aducida ausencia de efectos de la conducta.

¹⁴ Centrales con código MIGA 110019, 362019, 369006, 462011, 468020, 1012001, 1815017, 1869011, 2810024, 2912001, 2964004, 3062010, 4112011.

¹⁵ Centrales con código MIGA 4113001, 2962011, 2961007, así como la central con código MIGA 4110020.

¹⁶ Centrales con código MIGA 4669019, 711005 y 761003.

¹⁷ Centrales con código MIGA 2869001, 2815006, 2869017.

¹⁸ Ver en particular escrito de Telefónica de fecha 7 de febrero de 2018.

Sobre el derecho de Telefónica a acometer un proceso de renovación tecnológica

En relación con el derecho de Telefónica a acometer un proceso de renovación tecnológica, en aras de la transformación de su red legada de cobre hacia una red de nueva generación, la incoación y tramitación de este procedimiento sancionador en ningún caso pone en cuestión el derecho de este operador a llevar a cabo el proceso de migración hacia su red de fibra.

Sin embargo, en virtud de la regulación *ex ante* de mercados, a Telefónica se le han impuesto una serie de obligaciones encaminadas a asegurar el desarrollo de la competencia en los mercados mayoristas de banda ancha. Dichos mercados están caracterizados por la presencia de un operador con poder significativo de mercado, con capacidad para comportarse de manera independiente de sus competidores, de sus clientes, y en última instancia de los consumidores finales¹⁹. En este contexto, cobran especial importancia las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación, resultando exigible que Telefónica garantice escrupulosamente su cumplimiento.

En concreto, y como se ha examinado anteriormente, la Resolución de 24 de febrero de 2016 acuerda en su Resuelve Quinto:

“Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitorio del servicio NEBA-fibra”.

El Anexo 2 de la mencionada Resolución dispone que Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado. Telefónica implantará asimismo en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma, en las mismas condiciones y plazos. La Resolución de 24 de febrero de 2016 establece las mismas obligaciones de acceso y no discriminación en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica.

Por otro lado, el Anexo 3 de la misma Resolución establece que Telefónica debe facilitar el acceso a los recursos relacionados con el acceso a las infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacan los servicios de ubicación en centrales. Telefónica no podrá, por

¹⁹ Ver Anexo II (Definiciones) de la LGTel.

otra parte, discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

En definitiva, lo que se le reprocha a Telefónica no es haber procedido a la renovación de su red de telecomunicaciones, sino haber efectuado dicha renovación sin respetar las obligaciones y procedimientos establecidos a tal efecto. Telefónica, en particular, acometió la transformación de su red y de sus equipos en emplazamientos físicos que resultaban inaccesibles para el resto de operadores sin respetar los procesos establecidos en la oferta OBA (SICOBA) para garantizar la reserva ordenada de espacio y evitar situaciones de falta de utilización de espacios reservados.

El cumplimiento de las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación no impiden en modo alguno a Telefónica la renovación de su planta. No obstante, la forma correcta de proceder hubiera sido dar de alta las centrales controvertidas en el sistema SICOBA e incluirlas, si quedara espacio vacante, en los ficheros de centrales que permiten la coubicación, de forma que todos los operadores pudieran conocer esa disponibilidad de espacios. Al no realizar el procedimiento de esa manera, se priva a operadores alternativos de la posibilidad de planificar su despliegue teniendo en cuenta centrales susceptibles de uso, posibilidad con la que sí ha contado Telefónica porque ella sí está, en todo momento, en condiciones de conocer el estado de la central.

Este proceso de renovación tecnológica no se ha hecho extensivo a terceros operadores, que podrían haber estado interesados en acceder a las centrales calificadas como inviables. De hecho, la propia Telefónica reconoce en sus alegaciones a la propuesta de resolución –sin ofrecer más prueba a tal efecto– que “[...], cuando los operadores han tenido interés en solicitar coubicación en una central inviable, lo han solicitado expresamente y Telefónica siempre ha hecho todo lo posible por satisfacer sus necesidades”. Reconoce así Telefónica que los operadores podrían haber estado interesados en acceder a las centrales inviables de este operador si hubiesen tenido constancia de esta posibilidad, y que los limitados accesos que –en su caso– pueden haberse producido se han instrumentalizado al margen de la Resolución de los mercados de banda ancha y la oferta OBA.

A este respecto, la importancia de que esta Comisión, como Autoridad Nacional de Reglamentación, garantice el cumplimiento de los operadores con poder significativo de mercado (PSM), como es el caso de Telefónica en los mercados de acceso a banda ancha al por mayor, de su obligación de no discriminación en el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas ha sido puesta de relieve en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013 referente a la coherencia en las

obligaciones de no discriminación²⁰ dispone que “*La manera más segura de lograr una no discriminación efectiva es a través de la aplicación de la ‘equivalencia de insumos’ (EdI), que garantiza unas condiciones de igualdad entre las empresas descendentes del operador con PSM, por ejemplo su división minorista, y los terceros solicitantes de acceso y promueve la competencia.*” De esta manera, la citada Recomendación dispone que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) “*deben garantizar que, cuando se imponga una obligación de no discriminación, los solicitantes de acceso puedan utilizar los sistemas y procesos pertinentes con el mismo grado de fiabilidad y prestaciones que la división minorista descendente del propio operador con PSM*”. En concreto, la Comisión Europea señala que “las ANR deben garantizar que los solicitantes de acceso internos y terceros tengan acceso a la misma información técnica y comercial relativa al insumo al por mayor regulado pertinente, sin perjuicio de las normas relativas a la confidencialidad aplicables.”

Situación de determinadas centrales cabecera

En lo que se refiere a las alegaciones de Telefónica relativas a la supuesta existencia de errores por la CNMC en el procesado de la información para determinadas centrales cabecera, así como al hecho de que la información utilizada para verificar la conducta de Telefónica es, en su opinión, meramente indiciaria, cabe señalar que el hito tomado en consideración para la determinación del momento en que Telefónica efectuó (o hubiera debido efectuar) la reserva de espacio para coubicación es la fecha de generación, esto es, el momento en que se procede a la validación y se confirma la solicitud generada por un operador (en este caso, la propia Telefónica). La fecha de generación refleja por tanto de manera objetiva el momento en que un operador está en condiciones de ejecutar el proyecto en virtud del cual se procederá a la instalación de una red de fibra óptica. Igualmente, como se ha señalado, el Anexo de la resolución contiene una explicación detallada del origen y tratamiento de los datos que se ha efectuado para verificar las actuaciones de Telefónica, a partir de la información que el operador pone a disposición de la CNMC.

Por último, en lo que concierne al hecho de que determinadas centrales cabecera fueron declaradas inviables como consecuencia de una solicitud de coubicación efectuada por operadores terceros, dicha aseveración no afecta a la consideración de los hechos objeto del procedimiento, desde el momento que lo que se reprocha a Telefónica no es la mera calificación o no de una central cabecera como inviable, sino que incumpliera sus obligaciones de acceso y no discriminación en los términos que han sido descritos y no respetase los procesos contemplados en la oferta OBA para la reserva de espacio en las centrales cabecera, con lo que el despliegue de red FTTH se efectuó al margen de SICOPA.

²⁰ Recomendación de la Comisión de 11 de septiembre de 2013 relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha.

Efectos de la conducta de Telefónica.

En relación con los efectos de la conducta de Telefónica, como se ha señalado repetidamente, se reprocha a Telefónica que haya vulnerado sus obligaciones regulatorias de acceso, transparencia y no discriminación al haber desplegado su red de fibra óptica en centrales cabecera que tenían la consideración de inviables por falta de espacio, prescindiendo de los procedimientos establecidos a tal efecto.

En sus escritos, Telefónica apunta a la existencia de alternativas a la coubicación en las centrales cabecera objeto del procedimiento, tales como los servicios de acceso indirecto. Sin embargo, la posible disponibilidad de servicios mayoristas alternativos (tales como los servicios de acceso indirecto) en una central cabecera no exime a Telefónica de cumplir con el resto de sus obligaciones determinadas por la regulación *ex ante* del mercado en ese emplazamiento y que permiten el despliegue y/o la prestación de servicios distintos por los operadores alternativos. En todo caso, esa cuestión podrá tenerse en cuenta a la hora de valorar los posibles perjuicios causados por la infracción.

En particular, de conformidad con la Resolución de los mercados 3 y 4, las obligaciones de acceso a la infraestructura física de Telefónica para el despliegue de red propia tienen un alcance nacional y son exigibles en todos sus emplazamientos. El procedimiento de coubicación en centrales, así como el uso de la oferta MARCo, no se ven por tanto supeditados a las limitaciones geográficas que existen para otro tipo de soluciones mayoristas reguladas, tales como los servicios NEBA local o NEBA fibra.

En este contexto, no cabe descartar que se haya generado un perjuicio real para los operadores alternativos precisamente por el hecho de que los estos operadores (incluyendo a los operadores aún no coubicados en las centrales, pero que potencialmente podrían haber tenido un interés en las mismas) no pudiesen hacer uso de todas las alternativas que la regulación sectorial de mercados pone a su disposición y no estuvieran en disposición de verificar si una central era apta para el despliegue de red propia.

Como dato adicional se señala que para varias de las centrales cabecera inviables objeto de análisis, **CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA []**.

También se señala que el número de unidades inmobiliarias que pueden haberse visto afectadas por la conducta de Telefónica no es insignificante. Así, de los datos aportados por Telefónica con carácter mensual a la CNMC se observa que el número de unidades inmobiliarias afectadas superaba las 162.000 en septiembre de 2018²¹, incrementándose dicha cifra hasta 180.000 unidades inmobiliarias si se toman en consideración las previsiones a tres meses. Véase a tal efecto el Anexo 3 a la presente resolución.

²¹ Fichero cobertura FTTH CNMC de septiembre de 2018.

Conclusiones del Hecho Probado Único

Durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se ha comprobado, a partir de los datos reflejados en SICOBA y de la información que Telefónica remite periódicamente sobre las previsiones de evolución de su red de acceso a FTTH, que este operador ha llevado a cabo el despliegue de su red de fibra óptica en centrales cabecera previamente declaradas por ella inviables y comunicadas a esta Comisión, incumpliendo sus obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación, esto es, prescindiendo de los procedimientos establecidos a tal efecto en la regulación de mercados y en la OBA.

Esta conclusión no queda desvirtuada por las alegaciones de Telefónica a los hechos objeto del procedimiento, pues ni el derecho a llevar a cabo procesos de transformación tecnológica hacia una nueva red de fibra óptica, ni la situación de determinadas centrales de cabecera, ni la posible disponibilidad de servicios mayoristas alternativos eximen a Telefónica de sus obligaciones regulatorias, dada su consideración de operador con poder significativo de mercado.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Habilitación competencial para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones²².

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente para resolver la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 21.2 y 29 de la LCNMC.

²² La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ha sido derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que, en su artículo 84, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, le atribuye a la CNMC la competencia sancionadora *“en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”*

Respecto de la legislación aplicable al procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Telefónica ha infringido las obligaciones regulatorias que le imponen las Resoluciones de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda al por mayor, así como la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA). En concreto, se trata de determinar si Telefónica ha infringido las obligaciones de facilitar acceso en condiciones de transparencia y de no discriminación en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado, así como en relación con los servicios mayoristas de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local), acceso indirecto (NEBA) y acceso a la infraestructura civil (oferta MARCo).

Las conductas concretas son las descritas en el Hecho Probado Único de la presente Resolución.

TERCERO.- Tipificación del Hecho Probado

El presente procedimiento sancionador se inició de oficio ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa adoptadas por la CNMC 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 un posible *“incumplimiento de las Resoluciones de 24 de febrero de 2016 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, así como en el incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015”*.

El artículo 70.2.a) de la LGTel de 2014, de forma análoga a como se preveía en la letra g) del artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, atribuye a esta Comisión la competencia para *“definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente Ley y su normativa de desarrollo”*.

En virtud de lo anterior, el Anexo 2 de la Resolución de 24 de febrero de 2016 (al igual que anteriormente la Resolución de 22 de enero de 2009) dispone que Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado. Telefónica implantará asimismo en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

La Resolución de 24 de febrero de 2016 establece las mismas obligaciones de acceso y no discriminación, en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local).

Por último, el Anexo 3 de la Resolución de 24 de febrero de 2016 establece que Telefónica debe facilitar el acceso a los recursos relacionados con el acceso a las infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacan los servicios de ubicación en centrales, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones. Telefónica no podrá por otra parte discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

En concreto, la Resolución de 24 de febrero de 2016 acuerda en su Resuelve Quinto:

“Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitorio del servicio NEBA-fibra”.

Como se ha señalado, el Anexo 2 de la Resolución (servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado) desarrolla las obligaciones de acceso y no discriminación en los siguientes términos²³:

“1.- Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado a todos los operadores, a precios regulados.

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

a) Atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 14.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso)

Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado.

Esta obligación implica, entre otros aspectos, que Telefónica está obligada a:

a. Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, al menos en las siguientes modalidades:

- acceso completamente desagregado al bucle*
- acceso compartido al bucle*
- acceso completamente desagregado al subbucle*
- acceso compartido al subbucle*

b. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso.

c. Facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso desagregado al bucle de abonado necesarios para la plena operatividad de las cuatro modalidades mencionadas, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones.

²³ En lo que concierne a las obligaciones en materia de acceso y no discriminación al bucle de abonado, la Resolución de 24 de febrero de 2016 se configura en términos equivalentes a los ya definidos en la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda al por mayor.

d. Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares, habilitados al efecto.

Telefónica estará obligada a prestar los servicios mayoristas de referencia en la totalidad de su red de acceso de pares metálicos, debiendo atenerse en relación con cualquier modificación sobre su red de acceso que afecte a la posibilidad de hacer uso del servicio de desagregación de bucle a lo dispuesto en este Anexo en relación con la transformación de la red.

Siguen vigentes todas las previsiones contenidas en la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

Ello, sin perjuicio de la competencia de la CNMC para introducir cambios en la oferta de referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

[...]

“3.- Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso desagregado al bucle de cobre.

Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 14.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Mercados; art. 10 de la Directiva de Acceso)

El artículo 10 de la Directiva de Acceso detalla el alcance de la aplicación de este principio en los siguientes términos: "el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones".

Por tanto, Telefónica implantará en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. Asimismo, la información que aportará a terceros en virtud de la obligación descrita en el punto 2 del presente Anexo será la misma que dispone para sí misma.

[...]

La Resolución de 24 de febrero de 2016 establece las mismas obligaciones de acceso y no discriminación en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local) y el servicio de acceso a la infraestructura civil (oferta MARCo).

Telefónica ha debido igualmente asumir una serie de obligaciones de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas a terceros, lo que incluye la publicación de una Oferta de Referencia para la provisión de cada uno de los referidos servicios regulados, suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido. Así pues, determinados aspectos de las obligaciones *ex ante* de acceso y no discriminación han sido desarrollados en la oferta OBA. En particular, como se ha visto, la citada oferta de referencia establece taxativamente que la falta de espacio vacante en una central deberá afectar por igual tanto a Telefónica como a los operadores alternativos, conforme a la obligación de no discriminación:

“cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación, Telefónica deberá notificar a la Comisión de forma fehaciente esta situación para que pueda ser inspeccionada; dicha situación de falta de espacio afectará igualmente a Telefónica en base a la aplicación del principio de no-discriminación”.

De la lectura de este precepto puede deducirse que la consideración de una central como inviable debe revestir un carácter absolutamente excepcional, derivado del hecho de que (i) el espacio vacante está agotado; (ii) resulta físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales. Son precisamente estas dos características, que ponen de manifiesto la inexistencia actual y prospectivamente de espacio en la central, las que permiten declarar la situación de inviabilidad, con los efectos que dicha declaración tiene tanto sobre los operadores alternativos como sobre Telefónica (de conformidad con el principio de no discriminación).

En particular, en el caso de las centrales englobadas en el Hecho Probado, Telefónica ha incumplido sus obligaciones regulatorias de acceso, transparencia y no discriminación previstas en la regulación *ex ante* de los mercados, pues no ha facilitado que las centrales cabecera previamente declaradas por ella inviables pero en las que, sin embargo, la propia Telefónica ha desplegado sus equipos para el despliegue de fibra, formen parte de los espacios a los que los operadores alternativos tendrían derecho a solicitar el acceso, haciendo uso en exclusiva de un espacio en sus centrales que en teoría y según su propia declaración no debería estar disponible para ningún operador (ni para Telefónica, ni para los operadores alternativos).

Así, Telefónica pudo proceder al despliegue y utilización efectiva de su red de fibra óptica sin hacer uso de los procedimientos contemplados en la regulación de los mercados de banda ancha (procedimientos que son exigibles a todos los operadores demandantes de acceso, incluido Telefónica).

En definitiva, Telefónica ha incumplido las obligaciones que en materia de acceso y no discriminación establecen las resoluciones en virtud de las cuales se procede a la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha, así como la oferta OBA. Es por ello que concurre el elemento de tipicidad necesario conforme al artículo 27 de la LRJSP, puesto que la conducta de Telefónica constituye una vulneración del ordenamiento jurídico prevista como infracción muy grave en el artículo 76.12 de la LGTel.

3.1 Consideración de las alegaciones de Telefónica a la tipificación del Hecho Probado

En sus escritos de alegaciones a la incoación y a la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador, Telefónica afirma que no ha incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación. Según Telefónica, los espacios que ocupa en las centrales declaradas como inviables son utilizados por ella de manera efectiva, pues se dispone de todos los servicios de la oferta OBA y los elementos necesarios para su provisión a los usuarios finales. Además, según este operador, los plazos para el despliegue de su red FTTH son razonables y están en línea con los del sector de las telecomunicaciones.

A este respecto, en relación con los elementos de hecho puestos de manifiesto durante la instrucción del procedimiento, cabe reiterar que el cumplimiento por Telefónica de las obligaciones contenidas en la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha (Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 24 de febrero de 2016), así como en la oferta OBA, se ha visto afectado por la conducta desplegada por este agente.

En particular, como repetidamente se ha puesto de manifiesto, Telefónica ha llevado a cabo un conjunto de actuaciones que han supuesto un incumplimiento de sus obligaciones regulatorias de acceso, transparencia y no discriminación, tal y como se reflejan en los Anexos 2 y 3 de la Resolución de 24 de febrero de 2016.

En efecto, la oferta OBA establece de manera precisa el procedimiento de recuperación y/o reasignación de espacios en virtud de los cuales las solicitudes de acceso de terceros y de la propia Telefónica podrán ser atendidas, y califica la declaración de inviabilidad de una central como una medida excepcional, derivada de la imposibilidad de recuperar espacios vacantes adicionales.

Como consecuencia de la contravención de sus obligaciones de acceso y no discriminación, Telefónica limitó la información sobre la puesta a disposición de recursos a los operadores terceros que podrían haber estado igualmente interesados en coubicar sus equipos en las mismas centrales cabecera que Telefónica está utilizando para desplegar su red FTTH. Para estos agentes terceros, las centrales de Telefónica resultaron inaccesibles en todo momento

(antes, durante y después de que Telefónica llevara a cabo su propio despliegue), dada su consideración a todos los efectos como centrales inviábiles.

Por otra parte, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica considera que no existe tipicidad en su conducta, al ser las obligaciones contenidas en la Resolución de los mercados de banda ancha y en la oferta OBA genéricas y poco precisas. También alega Telefónica que esta Comisión no ha concretado cuáles son los procedimientos establecidos en la oferta OBA cuyo incumplimiento se le imputa, generándole, todo lo anterior, inseguridad jurídica al no poder conocer con antelación las consecuencias de sus conductas.

En relación con esta cuestión, las obligaciones de acceso y no discriminación contenidas en las Resoluciones a que se viene haciendo referencia no adolecen de falta de precisión alguna. Igualmente, esta Comisión ha establecido de manera precisa, tanto en la propuesta de resolución como en la presente resolución, cuáles son los procedimientos establecidos en la oferta OBA que Telefónica ha incumplido. Así, la obligación de no discriminación requiere que Telefónica *“aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”*. Las disposiciones contenidas en la oferta OBA en materia de acceso a las centrales de Telefónica son igualmente claras, al hacer referencia a la situación de inviabilidad derivada de una imposibilidad de recuperar espacios vacantes adicionales, y señalar que la falta de espacio afectará igualmente a Telefónica sobre la base de la aplicación del principio de no discriminación. Si esa imposibilidad de recuperar espacios varía por mor de los avances técnicos, esta circunstancia no debe favorecer solo a Telefónica y menos en detrimento de los derechos de los operadores alternativos, para eso están las previsiones de la OBA (SICOBA) que, de haber sido utilizadas correctamente por Telefónica, hubiera facilitado que el resto de operadores hubieran podido ejercer sus derechos en condiciones no discriminatorias.

A mayor abundamiento, cabe hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de mayo de 2015²⁴ confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2018²⁵, relativa la sanción por parte de la CMT del incumplimiento de Telefónica de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009. En ese caso, Telefónica incurrió en una práctica de estrechamiento de márgenes prohibida por tal resolución, al ofertar precios finales inferiores a los precios mayoristas regulados, es decir, irreplicables por otros operadores, incumpliendo la regulación sectorial. Dicha Sentencia señala que *“la CMT no orilla el principio de tipicidad, como ‘lex praevia’ y ‘lex certa’ respecto de la que la actora pudo extraer en modo razonable la certeza de que su conducta podría integrar la infracción que luego se sanciona, máxime, como ya hemos advertido en otras ocasiones, y sirva por todas la sentencia de 22 de marzo de 2011,*

²⁴ Sala Cont. Adm., Sección 8ª de la Audiencia Nacional (PO 08/462/2012)

²⁵ Sala Cont. Adm., Sección 3ª del Tribunal Supremo (Rec. Casación nº 03/2833/2015)

dictada en el recurso 16/2009, cuando Telefónica se encuentra ligada a aquél en ‘en el seno de una relación de sujeción especial en la que se supone un conocimiento cabal de sus obligaciones y de lo que puede comportar su incumplimiento’. De este modo, continúa la sentencia “*la actora está sujeta con la CMT con una relación de especial sujeción, siendo conocedora, por eso mismo y por el giro o tráfico de su actividad, del preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, por lo que no puede sostenerse falta de culpabilidad, en este caso una conducta intencional cuando existe un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponerse y se le supone su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha*”.

Por todo ello, en el presente caso, debido a la relación de especial vinculación o sujeción de Telefónica con la regulación emanada de esta Comisión, cabe presumir que este operador conoce exhaustivamente los efectos del incumplimiento del elenco de obligaciones que tiene contraídas en este concreto ámbito jurídico y tecnológico. Asimismo, las obligaciones contenidas en las citadas Resoluciones son claras y se dictan tras procedimientos contradictorios con Telefónica.

Finalmente, Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, sostiene que su conducta no puede ser considerada como una infracción muy grave, pues se trata de una conducta puntual que no supone un incumplimiento íntegro de las Resoluciones vulneradas. Esta alegación no puede ser aceptada, por el simple hecho de que el tipo infractor aplicable al incumplimiento de las resoluciones de la CNMC, como se viene argumentando, es el artículo 76.12 de la LGTel, cuyo bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de los mercados sectoriales. Como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2006²⁶, este incumplimiento reviste especial gravedad, destacando “*la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones [...].*” Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la conducta de Telefónica haya sido “puntual”, puesto que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para graduar la sanción.

De este modo, las alegaciones de Telefónica en lo relativo a la tipificación de su conducta no pueden ser aceptadas.

3.2 Conclusión en relación con la tipicidad

²⁶ Recurso de casación núm. 03/3898/2004.

En conclusión, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión por parte de Telefónica de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de 24 de febrero de 2016 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, así como en el incumplimiento de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015. Ello debido a que ha quedado acreditado que Telefónica ha llevado a cabo el despliegue de su red de fibra óptica en centrales cabecera previamente declaradas inviables, incumpliendo sus obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación contenidas en la regulación *ex ante* mencionada al prescindir de los procedimientos establecidos a tal efecto en la mencionada regulación de mercados y en la oferta OBA.

Por todo lo anterior, se considera que concurre en el presente caso el elemento de tipicidad necesario conforme al artículo 27 de la LRJSP, puesto que se trata de una vulneración del ordenamiento jurídico prevista como infracción muy grave en el artículo 76.12 de la LGTel.

CUARTO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

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

Así se interpreta de la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, [...], que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia²⁷. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de

²⁷ 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”*.

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

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 de la LRJSP 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 infracción²⁸. 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 encontraríamos 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 el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de sus obligaciones en materia de acceso y no discriminación, tal y como las mismas aparecen configuradas en la regulación de mercados y en la oferta OBA. Como se expondrá a continuación, la conducta antijurídica se imputa a Telefónica a título de culpa por no haber actuado con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación que le habían sido impuestas en las resoluciones infringidas.

Telefónica, como operador con poder significativo de mercado y con un conjunto de obligaciones específicas impuestas en los mercados de banda ancha, debería ser 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 las reprochadas en el presente procedimiento y, pese a ello, no adoptó, de forma suficientemente diligente, las medidas necesarias para adecuar fielmente su conducta a la regulación sectorial.

A este respecto, y como recoge el Hecho Probado Único, Telefónica incumplió sus obligaciones de acceso y no discriminación al desplegar parte de su red a partir de centrales cabecera inviables sin proceder a informar de ello con carácter previo a los operadores alternativos a través de los procedimientos establecidos para ello en la OBA. En efecto, Telefónica no se atuvo estrictamente a los procedimientos diseñados en SICOBA para la reserva de espacio físico en las centrales.

²⁸ En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Concorre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título culposo, 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 de culpa por parte de Telefónica sobre la base de los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el procedimiento sancionador.

4.1 Consideración de las alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad

En sus escritos de alegaciones tanto a la incoación como a la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador, Telefónica afirma que no es posible apreciar en su conducta el elemento de culpabilidad, el cual constituye un requisito *sine qua non* para considerar la existencia de una infracción administrativa. Telefónica alega que ha actuado conforme al principio de buena fe, con la confianza de estar procediendo de acuerdo con la normativa vigente.

Frente a estas afirmaciones, cabe reiterar que Telefónica ha actuado, al menos, de forma culposa, pues conoce perfectamente el contenido de la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha, así como de la oferta OBA, y es plenamente consciente de las implicaciones que para los operadores alternativos tiene la declaración de una central como inviable, y por consiguiente no apta para la realización de despliegues propios de red. Así, Telefónica conoce que la declaración de ausencia de espacio en las centrales ha de ser excepcional y si, posteriormente se revierte la situación, esta circunstancia debe ser puesta en conocimiento de forma transparente al resto de operadores para que éstos, en pie de igualdad, puedan realizar sus propios estudios o despliegues en estas centrales si resulta materialmente posible y a su derecho interesa.

Telefónica, en tanto que operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha, deber ser asimismo consciente de las ventajas competitivas que resultan de no atender las obligaciones que en materia de reserva del espacio y plazos de despliegue contempla la regulación sectorial, más aun teniendo en cuenta que las centrales cabecera son propiedad de Telefónica y están gestionadas por este agente.

Por último, Telefónica entiende vulnerado el principio de confianza legítima, pues, sostiene, lleva años declarando centrales como inviables sin que esta Comisión haya presentado objeciones a dicha conducta. Sin embargo, puesto que la conducta de Telefónica supone una infracción tipificada como tal en la LGTel, no puede ser sino a través de la instrucción y resolución de un procedimiento sancionador como el presente que, con las garantías que la normativa prevé, esta Comisión puede determinar si Telefónica ha infringido las obligaciones regulatorias contenidas en la regulación *ex ante* de los mercados

de banda ancha (Resoluciones de 22 de enero de 2009 y 24 de febrero de 2016), así como en la oferta OBA, al, precisamente, utilizar las centrales declaradas inviables para el despliegue de su propia red de fibra.

De esta forma, las alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad deben ser rechazadas.

4.2 Conclusión en relación con la culpabilidad

De lo anterior cabe concluir que concurre, en virtud del artículo 28 de la LRJSP, el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título culposo, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de Telefónica.

QUINTO.- Consideración de los hechos analizados como infracción continuada

Como recoge la presente resolución, Telefónica ha estado incumpliendo, de forma continuada, las obligaciones regulatorias contenidas en la regulación *ex ante* de los mercados de banda ancha. En concreto, Telefónica ha incumplido las obligaciones de acceso y no discriminación contenidas en los Anexos 2 y 3 de la Resolución de 24 de febrero de 2016²⁹, así como los procesos para la reserva de espacio en centrales cabecera y de la obligación de utilización efectiva de espacios previstos en la oferta OBA.

En concreto, con efectos como mínimo a partir de 2012³⁰, Telefónica comenzó a contravenir sus obligaciones de acceso y no discriminación al hacer un uso indebido de las centrales que había declarado inviables, prescindiendo asimismo de los procedimientos que buscan asegurar la igualdad de trato en los despliegues. Esta conducta se ha mantenido de manera sostenida en el tiempo, hasta el punto de que para varias de las centrales consideradas en el expediente, la fecha de puesta en servicio de la nueva red NGA de Telefónica se ha producido en el año 2018³¹.

²⁹La regulación planteada en dicho acto administrativo redefine las medidas ya contempladas en la anterior Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

³⁰ Como se recoge en el Anexo, para la fecha de inviabilidad de las centrales cabecera objeto del presente procedimiento, los datos recabados contemplan el periodo desde junio de 2012 hasta septiembre de 2018.

³¹ Como se ha indicado, Telefónica incluye en sus comunicaciones a la CNMC previsiones sobre sus planes de despliegue con una antelación de tres meses, por lo que las comunicaciones de

Según dispone el artículo 29.6 de la LRJSP, “*será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.

El carácter de infracción continuada en el supuesto de incumplimiento de resoluciones en cuya virtud se regulan *ex ante* los mercados de referencia, así como de resoluciones que aprueban ofertas mayoristas, y donde los actos ilícitos son muy variados, tiene su fundamento en la existencia probada de unas actuaciones similares realizadas todas por Telefónica aprovechando ocasiones idénticas en las que, en ningún caso, ha aplicado la debida diligencia para dar adecuado cumplimiento a sus obligaciones regulatoria. En términos similares se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013 (recurso de casación núm. 1465/2010³²), en la que se anula una sanción del regulador sectorial a la propia Telefónica, pero en la que se descarta cualquier duda interpretativa sobre el carácter continuado de este tipo de infracciones.

Así, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada sentencia se señala que:

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

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

fecha septiembre de 2018 incorporan las previsiones sobre puesta de servicio de las centrales cabecera hasta el mes de diciembre de 2018.

³² Sentencia relativa a la Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12.

por estas razones, decimos, y a la vista de que aquellos actos infringían el mismo precepto legal, impuso una única sanción.

Apreció de este modo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin dificultades interpretativas respecto de los preceptos aplicables en materia de continuidad infractora, que "Telefónica de España, S.A.U." había incumplido "de manera continuada y generalizada" las resoluciones administrativas que determinaban el contenido obligatorio de la oferta de referencia, razón por la que la respuesta sancionadora fue única y no plural. Semejante apreciación, según hemos corroborado en nuestra sentencia de esta misma fecha al desestimar el recurso de casación 4037/2010, fue admitida por la Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de él y resulta conforme a Derecho".

El Tribunal Supremo ha interpretado las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada en diversas ocasiones. Así por ejemplo, en su sentencia de 30 de noviembre de 2004³³, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

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

- a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.*
- b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.*
- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza".*

A estos efectos, y en relación con los hechos objeto del presente expediente, cabe recordar que:

³³ Recurso de casación núm. 6573/2001, relativo a la Resolución de la CMT de 2 de marzo de 2000 en la que se declaró responsable directa a Telefónica de la comisión de una infracción muy grave y continuada por el incumplimiento de la Resolución de 28 de diciembre de 1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en expediente abierto en relación con las solicitudes de intervención presentadas por RSL Communications Spain y BT.

- En primer lugar, Telefónica llevó a cabo una pluralidad de actos que se concretan en una serie de acciones infractoras, llevadas a cabo como mínimo a partir del año 2012, y que se han extendido a la mayoría de las centrales cabecera invariables donde Telefónica, al no aplicar de forma suficientemente diligente los procedimientos establecidos en la OBA, ha vulnerado las obligaciones de acceso y no discriminación previstas en la regulación *ex ante* de los mercados al proceder a instalar sus equipos de fibra óptica.
- En segundo lugar, al llevar a cabo dicha conducta, Telefónica actuó con negligencia unitaria o, al menos, con negligencia continuada. Telefónica debería haber tenido en cuenta que el uso para sus propios fines de centrales cabecera declaradas como invariables (o sin respetar los procedimientos contemplados a tal efecto en la regulación sectorial) contravenía la regulación *ex ante* de mercados, así como la oferta OBA, según las cuales se exige una estricta igualdad de trato en el acceso a los emplazamientos de Telefónica susceptibles de albergar equipos y redes de telecomunicaciones.

Más aun, esta conducta ha seguido realizándose con posterioridad a la incoación del presente expediente. Así, en la incoación se determinaron indiciariamente 52 centrales afectadas, mientras que en el momento de dictar la presente Resolución se ha concluido la existencia de una conducta reprochable respecto de 97 centrales.

- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, consistente en el incumplimiento del artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*. En concreto, como se ha señalado, se reprocha a Telefónica el incumplimiento de las Resoluciones de los mercados mayoristas de banda ancha vigentes en cada momento (Resolución de 24 de febrero de 2016, Resolución de 22 de enero de 2009) así como el incumplimiento de la oferta OBA.

Cabe por consiguiente concluir que, conforme al artículo 29.6 de la LRJSP, concurre una infracción continuada en relación con la conducta infractora seguida por Telefónica y que es objeto del presente procedimiento.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica sostiene que *“de ningún modo puede calificarse su conducta como infracción continuada”*, si bien no aporta prueba alguna o argumentación que exponga las razones de su parecer. De esta forma, la alegación de Telefónica en relación con el carácter continuado de la infracción debe ser rechazada.

SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción

6.1 Límite legal de la sanción

La LGTel de 2014 establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse a las sanciones por las infracciones que prevé. También regula una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 79 del citado texto legal:

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

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

Por tanto, en el presente procedimiento sancionador, los límites máximos fijados por la LGTel para la determinación del importe de la sanción son (i) el importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido, o en caso de no poder determinarse el anterior criterio (ii), veinte -20- millones de euros.

En este caso, el beneficio bruto directo obtenido por Telefónica como consecuencia de las conductas descritas no puede cuantificarse.

En efecto, dado que la conducta consiste en el incumplimiento por parte de Telefónica de sus obligaciones regulatorias al impedir que las centrales cabecera declaradas inviables formen parte de los espacios a los que los operadores alternativos pueden solicitar el acceso, no puede cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado del incumplimiento de las obligaciones de acceso y no discriminación, en su aplicación a este caso concreto.

En particular, no resulta posible proceder a una cuantificación precisa de los beneficios que le ha reportado a Telefónica el poder acometer el despliegue de su red de fibra óptica en centrales previamente declaradas inviables para prestar servicios FTTH sin hacer uso de los procedimientos de reserva contemplados en SICOPA.

En consecuencia, al no poderse determinar los beneficios brutos obtenidos por la comisión de la infracción, de conformidad con el 79.1.a) de la LGTel de 2014, se debe concluir que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 20 millones de euros.

6.2 Criterios de graduación de la sanción

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel como en el artículo 29.3 de la LRJSP, si concurren elementos que motiven la agravación o atenuación de la sanción a imponer.

A este respecto, el artículo 80.1 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 y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

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

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) 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 en vía administrativa”.*

En relación con la conducta antijurídica objeto del presente procedimiento, se considera que debe tomarse en consideración la situación económica de Telefónica (artículo 80.2 de la LGTel) que se procede a analizar.

- Situación económica

El artículo 80.2 de la LGTel señala que para la cuantificación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta su situación económica derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afecten. Esta circunstancia se recoge en la normativa sectorial con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el cuerpo de 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.

En relación con esta cuestión, el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones, y el líder indiscutible en España en la mayoría de los segmentos en que desarrolla su actividad.

Así, en el ámbito internacional, el grupo Telefónica cuenta con una destacada presencia, estando presente en dos países muy significativos del mercado europeo (Alemania y Reino Unido) y, de manera muy prominente, en el mercado latinoamericano (Argentina, Brasil, Centroamérica, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú, Uruguay, Venezuela).

Por su parte, en España, Telefónica reportó en el año 2017 un volumen de negocio (importe neto) de 12.653 millones de euros³⁴. El resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA³⁵) de Telefónica alcanzó la cifra de 4.952 millones de euros. Asimismo, el margen de beneficios sobre ingresos de Telefónica se situó en el 39,1%.

La importancia de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones en España se refleja asimismo en el hecho de que en 2017 este operador generó el **CONFIDENCIAL VP** [%] de los ingresos minoristas del sector³⁶. En efecto, Telefónica ha mantenido desde el inicio de la liberalización cuotas muy significativas en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas fijas y, más concretamente, en la provisión de servicios de banda ancha fija, habiendo sido declarado operador con poder significativo en los mercados mayoristas relacionados con tales servicios³⁷. Esta posición de liderazgo es observable tanto en el segmento residencial como en el segmento empresarial.

³⁴ Informe Anual de Telefónica de 2017.

³⁵ *Operating Income Before Depreciation and Amortization*.

³⁶ Informe Anual del año 2018 de la CNMC (datos referidos al ejercicio 2017).

³⁷ Resolución de los mercados 3 y 4.

A este respecto, tal y como refleja el Informe Anual del año 2018 de la CNMC, en el año 2017 la cuota de mercado de Telefónica en el mercado de banda ancha fija se situó en el **CONFIDENCIAL VP** [%] por número de líneas, y en el **CONFIDENCIAL VP** [%] en términos de ingresos. Sólo por la provisión de servicios de banda ancha fija a nivel minorista, este operador obtuvo unos ingresos de **CONFIDENCIAL VP** [] millones de euros. Telefónica sigue siendo por tanto claramente la empresa líder en la provisión de servicios de banda ancha a partir de redes fijas, e incrementó en el año 2017 los ingresos percibidos por tales servicios.

No cabe duda, por tanto, que el papel de Telefónica en el proceso de desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas en España, y en particular en los mercados de banda ancha, es de gran relevancia, por lo que debe tenerse en cuenta para el presente procedimiento la significativa capacidad económica de Telefónica en este particular segmento.

Determinación de la sanción

Para determinar la cuantía de la sanción, resulta necesario atender al límite legal y los criterios de graduación anteriormente citados, además de a lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, conforme al cual *“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas”*.

En este contexto, “la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, Recurso de Casación núm. 4007/1995). El principio de proporcionalidad habrá sido plenamente tomado en consideración cuando “las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa [...] [hayan] sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida” (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991³⁸).

La aplicación de estos criterios otorga a la CNMC un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, dentro de los límites marcados por el principio de proporcionalidad³⁹.

³⁸ RJ 1991\4349.

³⁹ Al respecto cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995), cuando en su Fundamento de Derecho Tercero establece: *“[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues [...] la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, [...], dado que toda*

Aplicando los anteriores criterios al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- En lo que se refiere a los hechos analizados, se imputa a Telefónica la comisión de una infracción tipificada como muy grave (76.12 LGTel) y de carácter culposo, consistente en el incumplimiento por falta de diligencia inexcusable de las resoluciones de la CNMC relativas a la regulación de los mercados de banda ancha, así como de la oferta OBA. El comportamiento reprochado a Telefónica, consistió en un incumplimiento culposo de sus obligaciones de acceso y no discriminación previstas en la Resoluciones de 24 febrero de 2016 y de 22 de enero de 2009.
- Los hechos objeto del procedimiento se llevaron a cabo de manera continuada desde junio de 2012 (punto de partida para el análisis llevado a cabo en lo que se refiere a la situación de inviabilidad en las centrales cabecera) hasta 2018, destacando un incremento en el uso por Telefónica de centrales declaradas como inviables a partir del año 2017⁴⁰.
- No se han puesto en evidencia grandes perjuicios para el desarrollo competitivo de los servicios de banda ancha afectados.
- El límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros, según se ha expuesto.
- El establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. En este caso, si bien es cierto que la situación económica de Telefónica ha de ser tomada en cuenta a la hora de imponer una sanción proporcional y disuasoria, también se debe ponderar la inexistencia de beneficios directos que la infracción ha podido reportar a Telefónica.

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 los artículos 29 de la LRJSP y 80 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de tres millones de euros (3.000.000€).

sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...]”.

⁴⁰ Ver nota al pie nº9.

6.4. Consideración de las alegaciones de Telefónica en relación con la cuantificación de la sanción

Telefónica, en sus alegaciones a la propuesta de resolución del presente expediente, alega que la sanción es desproporcionada por no estar suficientemente motivada, por no haber producido su conducta repercusión alguna en el normal funcionamiento del sector y por no haberse calculado el beneficio bruto obtenido por Telefónica por la comisión de la infracción.

En lo relativo a la motivación de la cuantificación de la sanción, esta Sala ha expuesto de manera precisa en la presente resolución los criterios aplicados para el cálculo de la misma. De este modo, se ha tenido en cuenta que la conducta de Telefónica constituye una infracción tipificada como muy grave en la LGTel, de carácter culposo y continuado, y se ha tomado en consideración la posición económica de Telefónica y la ausencia de beneficios directos que la infracción le ha podido reportar, todo ello con la finalidad de que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

En lo que se refiere a la ausencia de repercusión de su conducta, esta Sala considera que ha tener en cuenta esta alegación para minorar el importe de la multa propuesta por el instructor por cuanto que, si bien es cierto que el incumplimiento de Telefónica de sus obligaciones regulatorias ha podido influir negativamente en el ejercicio por terceros operadores de su derecho a extender su red a nuevos núcleos como los que son en general objeto del presente procedimiento, también es cierto que no se ha podido encontrar ninguna denuncia de operadores alternativos al respecto.

Finalmente, Telefónica considera que la CNMC aplica el criterio más perjudicial para los intereses del operador, al no calcular el beneficio bruto obtenido por Telefónica por la comisión de la conducta antijurídica, actuando en contra del principio de interdicción de la arbitrariedad y de motivación de tal decisión. Sin embargo, el artículo 79 de la LGTel prevé expresamente la posibilidad de que no resulte posible aplicar el criterio relativo al beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consista la infracción. Por lo tanto, la aplicación de dicho precepto está prevista por el ordenamiento jurídico cuando concurre el supuesto de hecho, es decir, que no resulte posible aplicar este criterio. Así lo reconoció expresamente el Tribunal Supremo, con relación a la anterior Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que recogía también la misma posibilidad en su artículo 56 tanto para las sanciones muy graves como para las graves. Concretamente, en el Fundamento Sexto de su Sentencia de 21 de octubre de 2014 (RC 2319/2011) declaró que:

Dicha infracción está sancionada en el artículo 56.b) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 con 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 o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, con un límite máximo de dos millones de euros. Vista la imposibilidad de aplicar el criterio prioritario a que se refiere la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el apartado 4 del fundamento 6º de su resolución, procede imponer la sanción en su cuantía máxima de dos millones de euros, por las circunstancias señaladas para calificar la infracción en el tipo del artículo 53.s y por la concurrencia de las dos agravantes ya aplicadas por la Sala de instancia en el fundamento jurídico noveno transcrito en el anterior fundamento de derecho: reiteración y gravedad del daño.

Por todo lo anterior, las alegaciones de Telefónica en relación a la cuantificación de la sanción deben ser rechazadas.

Vistos los anteriores antecedentes, hecho probado y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda al por mayor, así como la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una sanción por importe de de tres millones de euros (3.000.000€) por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.

ANEXO 1

Para el estudio de las centrales cabecera inviables objeto del presente expediente, se ha procedido al tratamiento de la información que periódicamente Telefónica pone a disposición de la CNMC, tal y como se enumera a continuación:

1. **Listado de centrales cabecera (MIGA cabecera):** se trata de un fichero mensual enviado por Telefónica por correo electrónico desde la dirección irca.regulacion@telefonica.es, con el asunto “*Datos de despliegue fttth*”.

Los datos recabados contemplan el periodo desde mayo de 2009 hasta septiembre de 2018.

2. **Listado de centrales en zona BAU (BAU o no):** fichero extraído de la web de la CNMC:
<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/analisis-mercados> >> apartado “*Mercados 3a, 3b y 4/2014: Acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor*” >> fichero comprimido *Anexo 9, 10 y 11 del análisis del mercado 3a, 3b y 4.zip* >> fichero *Anexo 11 del análisis del mercado 3a, 3b y 4.xlsx*.

3. **Fecha de generación Telefónica:** datos extraídos directamente de SICOBA, entrando en el menú *Consultas y Seguimiento* >> *Históricos* >> *Petición* >> *Cubicación*. Una vez allí, se aplica el filtro que permite obtener únicamente las peticiones de Telefónica y se selecciona el trimestre del que se desean obtener los datos. En este caso, la web no permite descargar un fichero con el listado que aparece en pantalla, por lo que se selecciona el mismo, y se incluye en un fichero local.

Los datos recabados contemplan el periodo desde agosto de 2007 hasta septiembre de 2018.

4. **Fecha de puesta en servicio FTTH:** se utiliza el mismo fichero del punto 1, cubriendo el mismo periodo temporal.

Si la central está declarada “en servicio” en dicho fichero, se consigna el mes en que apareció así por primera vez. Si aún está como “prevista”, se utiliza la última fecha de previsión facilitada por Telefónica.

5. **Viabilidad de centrales (fecha de inviabilidad):** datos extraídos directamente de SICOBA, entrando en el menú *Consultas y Seguimiento* >> *Consultas Técnicas* >> *Estado de Centrales*. Una vez allí, se selecciona el mes del que se desean obtener los datos y la web permite descargar un fichero con los mismos.

Los datos recabados contemplan el periodo desde junio de 2012 hasta septiembre de 2018.

6. **Listado de operadores coubicados por central (Operadores coubicados):** se trata de un fichero mensual enviado por Telefónica por correo electrónico desde la dirección info_mercado_mayorista@telefonica.com, con el asunto “*Datos ADSL y bucle*”.

Los datos recabados corresponden al fichero relativo a las coubicaciones a fecha septiembre de 2018.

Anexo 2

[CONFIDENCIAL]

ANEXO 3

[CONFIDENCIAL]