

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2009 POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA.

SNC/DTSA/160/15 TELEFÓNICA TRASLADO CENTRALES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 23 de julio de 2015

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 22 de enero de 2009.

Con fecha 22 de enero de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (en adelante, Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha)¹.

¹ Expediente nº MTZ 2008/626.

En la citada Resolución, la CMT, tras definir y analizar el mercado de referencia, concluye que los mercados mayoristas objeto de análisis no son competitivos, e identifica a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) como operador con poder significativo de mercado (PSM) en dichos mercados, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de dar acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, a precios regulados; (ii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas; (iii) obligación de transparencia en la prestación de los citados servicios, que incluye entre otras la publicación de una Oferta de Referencia.

A tal efecto, la Resolución acuerda en su Resuelve Sexto:

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

En particular, el Anexo 1 de la Resolución (servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado) desarrolla la obligación de transparencia en los siguientes términos:

“Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado

a)[...]

b) *Obligación relativa al suministro de información respecto a la transformación de la red por parte de [Telefónica] (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso)*

c)

[Telefónica] deberá suministrar a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas de referencia y a la CMT con al menos seis meses de antelación información suficiente y de carácter detallado sobre los cambios previstos en la arquitectura y propiedades de su red de acceso incluidos los que, aun no afectando directamente a la prestación del servicio de referencia supongan un cambio potencial o real sobre la oferta de servicios minoristas. La información que suministre [Telefónica] deberá incluir también los efectos sobre la red de acceso de pares metálicos y su impacto sobre los operadores que hacen uso de la misma. Esta información incluirá, en particular, la información sobre sus planes de despliegue de nodos remotos de acuerdo con lo previsto en la Resolución de 31 de julio de 2008 relativa al expediente DT 2007/709.

De conformidad con lo establecido en la obligación impuesta en el punto primero del presente Anexo, y sin perjuicio de la obligación de suministro de información establecida en el apartado anterior, en caso de que [Telefónica] pretenda introducir cualquier modificación sobre su red de acceso que afecte a la posibilidad de hacer

uso del servicio de desagregación de bucle, [Telefónica] deberá someter a autorización previa por parte de la CMT dichos cambios. Sin perjuicio de posteriores modificaciones que esta Comisión pudiera introducir, se consideran vigentes para la aprobación de este tipo de despliegues las condiciones estipuladas en la Resolución de 18 de diciembre de 2008 en el marco del expediente DT 2008/481.

[...]"

SEGUNDO.- Solicitud de Telefónica.

Con fecha 31 de octubre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Telefónica mediante el cual comunicaba el cambio de ubicación de una serie de centrales cuyo contrato de alquiler finaliza el 1 de enero de 2015 (folios números 1 a 5).

TERCERO.- Inicio de procedimiento y trámite de audiencia.

Tras la apertura de un período de información previa en fecha 7 de noviembre de 2014², y a la vista de la información adicional aportada por Telefónica en dicho marco mediante su escrito de 28 de noviembre de 2014 (folios números 10 a 12), en fecha 18 de diciembre de 2014 se procedió a la apertura formal de un procedimiento administrativo³ para dilucidar las cuestiones planteadas por Telefónica en su escrito de 31 de octubre de 2014, notificándose asimismo a este operador el informe de audiencia elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (en adelante, DTSA), en virtud de lo previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) (folios números 13 a 15).

CUARTO.- Resolución de 29 de enero de 2015, sobre el traslado de determinadas centrales de Telefónica a nuevas ubicaciones.

El 29 de enero de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la Resolución sobre el traslado de determinadas centrales de Telefónica a nuevas ubicaciones⁴ (folios números 21 a 28).

En dicha Resolución se señala lo siguiente (apartado II.7 de la Resolución):

² Expediente nº DT 2014/1966.

³ Expediente nº OFE/DTSA/2211/14/TRASLADO CENTRALES.

⁴ Expediente nº OFE/DTSA/2211/14/TRASLADO CENTRALES.

“[...] a lo largo de la presente Resolución, se ha observado la existencia de indicios objetivos de que pudiera haber existido un presunto incumplimiento por parte de Telefónica de la obligación de transparencia que se le impuso 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 ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014 y susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, a través del correspondiente acto administrativo”.

QUINTO.- Incoación del procedimiento sancionador.

El 10 de febrero de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó el Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador contra Telefónica, por el presunto incumplimiento de la obligación de transparencia contenida en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha (folios números 30 a 40).

El Acuerdo de incoación fue comunicado al instructor el día 19 de febrero de 2015, dándose al mismo traslado de las actuaciones practicadas en el expediente núm. OFE/DTSA/2211/14 (folios números 52 y 53).

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

En fecha 20 de marzo de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador (folios números 54 a 65).

SÉPTIMO.- Requerimiento de información.

En fecha 27 de marzo de 2015, y al resultar necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la DTSA requirió de Telefónica la siguiente información (folios números 66 y 67):

“En relación con las centrales de Telefónica en Sant Esteve de Guialbes (Gerona), Geria (Valladolid), Santurde (La Rioja), Canillas del Aceituno (Málaga) y Caseres (Tarragona), objeto del procedimiento de referencia, remita todas las comunicaciones llevadas a cabo entre Telefónica y los propietarios de los inmuebles en los que se ubicaban dichas centrales, relativas al abandono por parte de Telefónica de dichos emplazamientos.

Para la central de Canillas del Aceituno (Málaga), indique la fecha en que se ha procedido, o está previsto que se proceda, a la sustitución por un nodo de dicha central, aportando asimismo copia de las comunicaciones remitidas a tal efecto a los operadores con servicios mayoristas en dicha central”.

El citado requerimiento fue notificado a Telefónica en fecha 30 de marzo de 2015 (folios números 68 a 70), dando este operador contestación al mismo mediante un escrito cuya entrada fue registrada en fecha 13 de abril de 2015 (folios números 71 a 76).

OCTAVO.- Propuesta de resolución sometida a trámite de audiencia.

Con fecha 6 de noviembre de 2014, el instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que se proponía lo siguiente:

*“**PRIMERO.-** Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 2.b) del Anexo 1 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, al no haber respetado la obligación de transparencia contemplada en la citada Resolución.*

***SEGUNDO.-** Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de cuarenta mil euros (40.000 euros) por la anterior conducta.”*

Con fecha 18 de mayo de 2015, la DTSA comunicó a Telefónica el resultado de la instrucción del presente procedimiento y la propuesta de resolución formulada por el instructor, procediéndose a darle trámite de audiencia por un plazo de 1 mes para que éste pudiese presentar las alegaciones y los documentos que estimase pertinentes (folios números 77 a 98).

NOVENO.- Escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

En fecha 19 de junio de 2015 Telefónica presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución formulada por el instructor (folios números 99 a 127).

DÉCIMO.- Finalización de la fase de instrucción y remisión del expediente.

Con fecha 9 de julio de 2015, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad

Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se elevó a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido (folio número 128).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento sancionador, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Telefónica no comunicó a la CNMC ni a los operadores alternativos, con la antelación requerida, la instalación de tres nuevos nodos.

Como se ha señalado en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, con fecha 31 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Telefónica mediante el cual comunicaba el cambio de ubicación de una serie de centrales, cuyo contrato de alquiler finalizaba el 1 de enero de 2015.

En su escrito, Telefónica hacía referencia a diez (posteriormente, nueve⁵) centrales en las cuales, a resultas de la entrada en vigor de las disposiciones contempladas en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) para los contratos de arrendamiento de local de negocio⁶, habría resultado necesario proceder a la búsqueda de un nuevo emplazamiento desde el que prestar servicios minoristas de comunicaciones electrónicas.

En cuatro de las centrales referenciadas, la modalidad elegida por Telefónica para su reubicación fue el traslado a una nueva central. Como recoge la Resolución de la CNMC de 29 de enero de 2015 (expediente nº OFE/D TSA/2211/14), en dichos casos no existió una alteración de la arquitectura de red de Telefónica, dado que no se produjeron limitaciones a la capacidad de desagregación, verificándose asimismo que el efecto del traslado sobre los servicios prestados a partir de la central no fue significativo, dada la

⁵ Con posterioridad a la comunicación de 31 de octubre de 2014, donde se hacía referencia al cambio de emplazamiento de diez centrales, Telefónica remitió un nuevo escrito en fecha 28 de noviembre de 2014 (documento 1.4), donde señalaba que había conseguido cerrar un acuerdo con el arrendador de la central de Campo (San Juan de Río, Orense) reduciéndose, por consiguiente, el número de centrales a trasladar de diez a nueve.

⁶ En la Disposición transitoria tercera de la LAU se establece que los arrendamientos de local de negocio otorgados con anterioridad a 9 de mayo de 1985, cuyo arrendatario sea una persona jurídica y en los que se desarrollen actividades comerciales, se extinguirán el 1 de enero de 2015, es decir veinte años después de la entrada en vigor de la Ley (1 de enero de 1995).

reducida distancia entre los antiguos y los nuevos emplazamientos de Telefónica.

Por otra parte, en las cinco centrales restantes (situadas en las provincias de Gerona, Valladolid, La Rioja, Málaga y Tarragona), la opción elegida por Telefónica fue la de proceder a la instalación de nodos.

La tabla incluida a continuación detalla el número de líneas afectadas por el traslado de las centrales, así como los accesos mayoristas en uso, en las modalidades AMLT y acceso indirecto, en el momento en que Telefónica procedió a comunicar a la CNMC su decisión de proceder a la reubicación de las centrales objeto de expediente⁷.

Provincia	MIGA	Denominación	Solución	Nº Líneas	AMLT y acceso indirecto
Gerona	1763028	Sant Esteve de Guialbes	Armario	96	0
Valladolid	4766003	Geria	Armario	244	9
La Rioja	2666010	Santurde	Armario	178 STB- 63 ADSL	3
Málaga	2965006	Canillas del Aceituno	Armario	229	50
Tarragona	4363012	Caseres	Armario	176	15

Tabla 1: Listado de centrales en las que se procede a reubicar en un nodo

Como recoge la precitada Resolución de la CNMC de 29 de enero de 2015, la sustitución de una central por un armario (nodo) afectaría en principio a la posibilidad de desagregar los pares, produciéndose por consiguiente una alteración de la arquitectura de la red de Telefónica.

Analizados estos hechos, ha podido constatarse que Telefónica procedió a la instalación de los nuevos nodos mencionados, sin haber respetado en tres de las cinco instancias donde se produjo la sustitución por nodos las obligaciones de comunicación contempladas en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha.

En particular, y como consta en el expediente, Telefónica habría llevado a cabo la sustitución de las centrales por nodos en los emplazamientos de Geria, Santurde y Caseres sin haber informado de la instalación de dichos nodos a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas regulados.

Asimismo, Telefónica sólo habría informado a la CNMC de la instalación de los nuevos nodos mediante escrito de 31 de octubre de 2014, esto es, solamente dos meses antes de que se procediera al traslado efectivo de las centrales afectadas. Dicho plazo de preaviso sería en consecuencia insuficiente, habida

⁷ Cabe señalar que en las citadas centrales no había operadores coubicados.

cuenta de que – tal y como se expondrá en mayor detalle a la hora de analizar la tipificación del hecho probado – la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha exige que Telefónica informe con al menos seis meses de antelación a los operadores alternativos y a la CNMC sobre los cambios previstos en la arquitectura y propiedades de su red de acceso, particularmente en el caso de que se proceda a la instalación de nodos remotos.

Alegaciones de Telefónica a los hechos probados

En sus alegaciones al Acuerdo de Incoación y a la Propuesta de Resolución del Instructor, Telefónica señala que de las cinco centrales indicadas inicialmente en el Acuerdo de Incoación, deberían excluirse dos del procedimiento, la central situada en Canillas del Aceituno (Málaga) y la central situada en Sant Esteve de Guialbes (Gerona):

A) En relación con la central situada en Canillas del Aceituno (Málaga), de la contestación al requerimiento de información practicado en el seno del presente procedimiento se desprende que Telefónica no ha procedido hasta la fecha a la sustitución de la central por un nodo, estando previsto que dicho traslado se lleve a cabo el día 30 de junio de 2015.

Asimismo, para dicha central, la Resolución de 29 de enero de 2015 establecía la obligación de que Telefónica informara con dos meses de antelación a los operadores con servicios mayoristas en dicha central sobre los trabajos programados de traslado de dicha ubicación, en línea con lo establecido en la oferta OBA⁸. A este respecto, y como queda acreditado en el expediente, Telefónica ha informado en fecha 7 de abril de 2015 a los operadores afectados de la realización, el 30 de junio de 2015, de los trabajos programados para la reubicación en un armario de intemperie de los servicios que actualmente se prestan desde la central de Canillas del Aceituno.

Por consiguiente, la central de Canillas del Aceituno (Málaga) debe ser excluida del objeto del presente procedimiento sancionador.

⁸ Según establece el punto 1.6.9 de la OBA en relación con la realización de trabajos programados, *“Telefónica se compromete a comunicar oportunamente los trabajos (acciones de mantenimiento preventivo u otros trabajos programados) que se vayan a realizar en su red y que afecten a equipos o servicios del operador. Esta comunicación se realizará con un tiempo de antelación mínimo de 6 días hábiles, salvo en las siguientes situaciones: (i) en trabajos por cuya urgencia (pérdida total del servicio o masivas) no pueda notificarse previamente cumpliendo dicho plazo; (ii) cuando se trate de actuaciones en los edificios, en cuyo caso se tendrá que comunicar la realización de las actividades con un preaviso de 2 meses”* (el subrayado es añadido). La oferta AMLT también prevé un plazo de preaviso de 6 días hábiles para la realización de trabajos programados, al establecer en el punto 8.3.5 que *“Telefónica se compromete a comunicar oportunamente al operador los trabajos (acciones de mantenimiento preventivo u otros trabajos programados) que se vayan a realizar en su red y que afecten a servicios del operador. Esta comunicación se realizará con un tiempo de antelación mínimo de 6 días hábiles, salvo en trabajos por cuya urgencia (pérdida total del servicio o masivas) no pueda notificarse previamente cumpliendo dicho plazo”*.

B) En relación con la central situada en Sant Esteve de Guialbes (Gerona), Telefónica realizó las siguientes alegaciones:

- Dicha central no era apta para que se llevase a cabo la coubicación por parte de otros operadores, y estaba declarada como central inviable, sin que se prestase desde la misma ningún tipo de servicio mayorista a otros operadores, por lo que la sustitución de la caseta en la que se ubicaba la central por un nodo (armario) situado en las proximidades no alteraría la arquitectura de la red de acceso ni llevó aparejado un acortamiento o interceptación de los bucles de cobre, pasando el repartidor a estar situado directamente en el armario.

- En consecuencia, tampoco se ha producido un cambio real o potencial sobre la oferta de servicios mayoristas de Telefónica en la zona, ya que cualquier operador interesado en los servicios mayoristas regulados podría en teoría desagregar el bucle completo (y no exclusivamente el sub-bucle) a partir del citado nodo, tal y como podía hacer antes desde la central, y acceder a la misma tipología de servicios mayoristas que antes (el servicio de tendido de cable externo –TCE-)⁹.

En este sentido, en el escrito de alegaciones de 19 de junio de 2015 de Telefónica se aportan datos técnicos, planos y fotografías que demuestran lo siguiente:

- 1) las dimensiones operativas del actual armario respecto de la caseta que albergaba antes la central;
- 2) que no se ha producido acortamiento de bucle, sino que sigue siendo un bucle completo, al estar el repartidor dentro del armario; y
- 3) que hay suficiencia de espacio para que eventuales operadores alternativos (actualmente no existe ninguno en esta central) puedan solicitar los mismos servicios mayoristas que antes y colocar sus equipos (las regletas) de manera equivalente a como lo hubieran hecho en el local sustituido (en la modalidad de coubicación distante con posibilidad de tendido de cable externo).

Por lo tanto, en el caso concreto de la central de Sant Esteve de Guialbes no se ha alterado la arquitectura de la red, puesto que en el nuevo armario se mantienen las mismas capacidades que a nivel mayorista tenían los operadores alternativos con anterioridad al traslado de la central, y en las mismas condiciones que antes, no habiendo sido afectadas negativamente.

⁹ Tal y como recoge la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA), el tendido de cable externo (TCE) contempla la conexión, mediante el tendido de un cable de pares, entre el repartidor de pares de cobre de abonado (RPCA) y el repartidor de operador (RdO), cuando el RdO se encuentra situado fuera del edificio que alberga al RPCA (modalidad de ubicación distante).

En efecto, si bien se ha producido un cambio físico en la instalación (desde una caseta a un armario), dicho cambio de recinto no tiene impacto sobre la arquitectura de red ni sobre los operadores alternativos, que siguen disponiendo de los mismos servicios mayoristas que antes y en condiciones equivalentes (en la modalidad de coubicación distante).

En este mismo sentido la situación aquí analizada es equiparable a la ya considerada en la precitada Resolución de la CNMC de 29 de enero de 2015¹⁰ para las centrales de Alcalá (Tenerife); Binaced (Huesca); Canfranc (Huesca) y Torredelcampo (Jaén), donde la CNMC concluyó que el traslado de los pares de cobre desde una central a otra central próxima al emplazamiento original no alteraba la arquitectura de red y las propiedades de la red de acceso.

Por todo lo anterior, la central de Sant Esteve de Guialbes (Gerona) también debe ser excluida del objeto del presente procedimiento sancionador.

En definitiva, ha quedado acreditado que Telefónica habría llevado a cabo la sustitución de las centrales por nodos en los emplazamientos de Geria (Valladolid), Santurde (La Rioja) y Caseres (Tarragona), sin haber informado de la instalación de dichos nodos remotos a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas regulados y a la CNMC con al menos seis meses de antelación, incumpliendo así lo establecido en la Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los mercados mayoristas de banda ancha.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Habilitación competencial para resolver el presente procedimiento sancionador.

Según artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹¹, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones cuyo ejercicio corresponde a la CNMC, el artículo 70.2.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), 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, prevé

¹⁰ Expediente nº NOD/D TSA/2211/14/TRASLADO CENTRALES.

¹¹ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

“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 uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 22 de enero de 2009 se adoptó la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha, donde se establecen las obligaciones de transparencia mencionadas en el antecedente de hecho primero.

Por otra parte, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5, 20.2 y 29 de la Ley CNMC, atribuyen a la CNMC la resolución de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial. En particular, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“La competencia sancionadora corresponderá:

[...]

2. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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.”

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre los hechos considerados en el presente procedimiento, relativos al posible incumplimiento por parte de Telefónica de la Resolución de 22 de enero de 2009, según lo dispuesto en el artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Por último, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la Ley CNMC, en el artículo 10.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) y en los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las

normas anteriores, por la LRJPAC y su normativa de desarrollo (el precitado Reglamento del Procedimiento Sancionador).

SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.

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

Tras las comprobaciones realizadas, se ha determinado que Telefónica ha incumplido la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha al no haber comunicado con la suficiente antelación la instalación de tres nodos.

Como se ha indicado en el apartado de Hechos Probados de la presente Resolución, ha quedado acreditado que Telefónica no notificó a los operadores alternativos y a la CNMC con la antelación requerida la instalación de tres nuevos nodos en las localidades de Geria (Valladolid), Santurde (La Rioja) y Caseres (Tarragona).

A estos efectos, la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha acuerda en su Resuelve Sexto:

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

Por su parte, el Anexo 1 de la Resolución (servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado) desarrolla la obligación de transparencia en los siguientes términos:

“Obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado

a) [...]

b) Obligación relativa al suministro de información respecto a la transformación de la red por parte de [Telefónica] (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso)

[Telefónica] deberá suministrar a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas de referencia y a la CMT con al menos seis meses de antelación información suficiente y de carácter detallado sobre los cambios previstos en la arquitectura y propiedades de su red de acceso incluidos los que, aun no afectando directamente a la prestación del servicio de referencia supongan un cambio potencial o real sobre la oferta de servicios minoristas. La información que suministre [Telefónica] deberá incluir también los efectos sobre la red de acceso de pares metálicos y su impacto sobre los operadores que hacen uso de la misma. Esta información incluirá, en particular, la información sobre sus planes de despliegue de nodos remotos de acuerdo con lo previsto en la Resolución de 31 de julio de 2008 relativa al expediente DT 2007/709.

De conformidad con lo establecido en la obligación impuesta en el punto primero del presente Anexo, y sin perjuicio de la obligación de suministro de información establecida en el apartado anterior, en caso de que [Telefónica] pretenda introducir cualquier modificación sobre su red de acceso que afecte a la posibilidad de hacer uso del servicio de desagregación de bucle, [Telefónica] deberá someter a autorización previa por parte de la CMT dichos cambios. Sin perjuicio de posteriores modificaciones que esta Comisión pudiera introducir, se consideran vigentes para la aprobación de este tipo de despliegues las condiciones estipuladas en la Resolución de 18 de diciembre de 2008 en el marco del expediente DT 2008/481.

[...]”

Esto es, de conformidad con la obligación de transparencia, Telefónica está obligada a suministrar a los operadores alternativos y a la CNMC con al menos seis meses de antelación información suficiente y de carácter detallado sobre los cambios contemplados en la arquitectura y propiedades de su red de acceso, en particular cuando esté previsto el despliegue de nodos remotos.

Dada la existencia de dicha obligación, Telefónica debería haber procedido a notificar a los operadores alternativos y a la CNMC la instalación de los nuevos nodos con anterioridad al 1 de julio de 2014. Sin embargo, como consta en el expediente, Telefónica sólo comunicó a la CNMC que iba a proceder a la sustitución de las tres centrales por nodos en fecha 31 de octubre de 2014, y no informó de dicha circunstancia en ningún momento a los operadores terceros.

Debe señalarse que al prescindir del preaviso de seis meses Telefónica privó también a los operadores alternativos de la posibilidad de manifestar su posible interés en coubicarse en las centrales que iban a ser reemplazadas por nodos, como se explica a continuación.

Según dispone la Resolución del Consejo de la CMT de 18 de diciembre de 2008 sobre la solicitud de Telefónica de España S.A.U. de modificación del plan de gestión del espectro de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado para el despliegue de señales xDSL en el subbucle¹², Telefónica puede acogerse al supuesto de autorización general previsto en dicha Resolución en centrales con repartidores de hasta 2.250 pares en las que no haya ningún operador coubicado (como ocurría en las centrales objeto de este expediente).

El supuesto de autorización general será sin embargo sólo de aplicación si, tras el anuncio del despliegue de los nodos (con una antelación de 6 meses), ningún operador alternativo comunica en el plazo de un mes su interés en coubicarse (o ubicarse a distancia) así como los plazos para el despliegue en dicha central. Si el operador alternativo procede a la coubicación (o ubicación a distancia) en ese plazo, el nodo ya no podrá instalarse al amparo de la autorización general, sino que deberá ser autorizado por la CNMC expresamente.

Aun cuando la Resolución de 29 de enero de 2015 reconoce que, en relación con los hechos objeto de este procedimiento, la existencia de un posible interés en la coubicación era reducido¹³, dicha posibilidad no puede descartarse categóricamente. A tal efecto, la ausencia de comunicación por parte de Telefónica provocó que la instalación de los tres nodos por parte de este operador debiera autorizarse expresamente por la CNMC mediante la Resolución dictada en dicha fecha, en lugar de hacerse uso del procedimiento de autorización general contemplado en la Resolución de 18 de diciembre de 2008.

Respuesta a las alegaciones de Telefónica en relación con la tipificación del hecho probado.

En sus alegaciones al Acuerdo de incoación y a la Propuesta de Resolución del instructor Telefónica señala que la sustitución de las centrales objeto del presente expediente administrativo habría quedado amparada y estaría específicamente regulada por la Resolución de la CNMC de 29 de enero de 2015.

Para Telefónica, el hecho de que en la citada Resolución la CNMC autorizara la sustitución por nodos de las centrales aquí consideradas vendría a refrendar la

¹² Expediente nº DT 2008/481.

¹³ Como se verá, este hecho será sin embargo tomado en consideración a la hora de valorar la existencia de posibles criterios de graduación de la sanción propuesta.

conducta desplegada por Telefónica, siempre y cuando se hubieran respetado –como así habría sido– las condiciones específicas contempladas en dicha Resolución.

Según Telefónica, una vez autorizada por la CNMC la sustitución de las centrales en los términos contemplados en la Resolución de 29 de enero de 2015, resultaría contradictorio y contrario al principio de seguridad jurídica que en la misma Resolución se considerase que la conducta autorizada podría sin embargo vulnerar la normativa vigente. En este sentido cita además dos sentencias del Tribunal Supremo referidas al cumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado para apoyar su argumento de que “no puede considerarse que el incumplimiento de uno de los muchos mandatos u obligaciones impuestos en la Resolución de CNMC suponga un incumplimiento generalizado de dicha Resolución”.

Por otra parte, según Telefónica su conducta no habría resultado contraria a derecho, al haber negociado con los propietarios de los inmuebles afectados por la LAU hasta el último momento con absoluta diligencia y buena fe, con el objeto de mantener los contratos de arrendamiento y no verse obligada a cerrar las centrales ubicadas en los inmuebles correspondientes. Fruto de estas negociaciones, Telefónica habría conseguido mantener la mayoría de los emplazamientos afectados por la LAU.

Por último, Telefónica discrepa de la calificación como muy grave de la infracción ya que a su juicio no se produjo un incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 sino, en todo caso, un cumplimiento tardío o defectuoso de la misma, lo que debería tipificarse como una infracción grave del artículo 77.27 de la LGTel.

En contestación a la primera de estas alegaciones, cabe indicar que la Resolución de 29 de enero de 2015 responde a una solicitud concreta referida a varias centrales, pero no establece un régimen de obligaciones específico, ni puede asumirse que los requisitos allí mencionados¹⁴ supongan una derogación de las condiciones fijadas previamente en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha de 22 de enero de 2009.

Más bien al contrario, la Resolución de 29 de enero de 2015 expresamente señala que, dadas las circunstancias concretas del caso y para evitar perjuicios a terceros, debe procederse a la autorización relativa a la sustitución de las centrales por nodos *“aun cuando se haya incumplido la obligación de preavisar con un plazo de 6 meses al resto de operadores y a la CNMC”*, y concluye que existen indicios objetivos de que pudiera haber existido un incumplimiento de la

¹⁴ En concreto, la Resolución exige en su Resuelve Segundo que Telefónica informe a los operadores con servicios mayoristas en las centrales de Canillas del Aceituno (Málaga) y Binaced (Huesca) de los trabajos programados para el traslado de dichas ubicaciones, de ser posible con una antelación de dos meses.

obligación de transparencia que se estableció en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha.

Es decir, el hecho de que, dada la omisión del deber de Telefónica de avisar a la CNMC y a los operadores alternativos con la suficiente antelación de la instalación de nuevos nodos, resultara preciso que la CNMC procediera a autorizar expresamente y por causas excepcionales dicha modificación en la arquitectura de red de Telefónica, no supone una convalidación de la conducta que aquí se le reprocha a Telefónica, tal y como expresamente señala la Resolución de 29 de enero de 2015.

Dicho de otro modo, del hecho de que, atendiendo a las circunstancias del mercado, la CNMC no viera motivos para rechazar en ese caso concreto el traslado de las centrales a los nodos aquí analizados para evitar perjuicios a terceros (dado en particular el importante perjuicio que dicha negativa regulatoria hubiera podido ocasionar a Telefónica, así como a sus clientes conectados a esas centrales ante una eventual interrupción del servicio) no puede deducirse que se estuviese exonerando a este operador de la responsabilidad en que haya podido incurrir al no haber respetado los procedimientos de comunicación contemplados en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha de 2009.

Asimismo hay que señalar que no puede aceptarse la invocación de dos sentencias del Tribunal Supremo sobre asuntos muy diferentes del sustanciado en el presente procedimiento:

- En el caso de la sentencia de 21 de octubre de 2014, la misma no anuló la sanción sino que redujo el importe de la misma de 14 a 2 millones de euros, y se refería al cumplimiento general de una obligación de transparencia referido a varios aspectos de la Oferta Mayorista (un documento complejo y amplio, de varios cientos de páginas), no al cumplimiento de una obligación clara, simple y precisa como es el cumplimiento de un plazo de preaviso de 6 meses.
- En el caso de la sentencia de 13 de noviembre de 2013, la misma se refería a la anulación de una sanción pero por aplicación del principio *non bis in ídem* al existir otra sanción previa sobre los mismos hechos que fue declarada firme por el Alto Tribunal.

A la vista de lo anterior, no cabe admitir la utilización fuera de contexto de expresiones contenidas en los fundamentos de las citadas sentencias para pretender que los Tribunales amparan la posibilidad de incumplir parcialmente las Resoluciones regulatorias sin que se produzca una respuesta sancionadora, ya que la obligación que pesa sobre Telefónica de comunicar de manera preventiva a la CNMC y al resto de operadores el traslado de sus emplazamientos (como parte de la obligación de transparencia) constituye un

mandato claro y concreto, contenido en la propia Resolución de 22 de enero de 2009, y que no requiere de ulterior concreción (por ejemplo, a través de la publicación y desarrollo de una oferta de referencia). Es decir, la obligación impuesta a Telefónica en este ámbito surge y se agota en la propia Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha, sin que resulte necesaria ninguna actuación adicional – por parte de la CNMC o del operador con poder significativo de mercado – para que pueda darse cumplimiento a este mandato.

Admitir la alegación de Telefónica llevaría a vaciar de contenido la propia existencia de la obligación de comunicar con la antelación suficiente los cambios en la arquitectura de red, puesto que el incumplimiento de la obligación no podría ser reprochado a Telefónica salvo en el supuesto de que el mismo viniera acompañado del incumplimiento de una o (más probablemente) varias obligaciones adicionales contenidas en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha.

En contestación a la segunda de las alegaciones, relativa a la existencia de negociaciones con los propietarios de los inmuebles hasta el último momento, debe señalarse que la documentación aportada por Telefónica a raíz del requerimiento de información practicado a tal efecto no permite acreditar este extremo.

En efecto, como se desprende de la documentación obrante en el expediente, los arrendadores de las centrales objeto de este procedimiento procedieron a comunicar a Telefónica la terminación a partir del 1 de enero de 2015 de la relación contractual existente con Telefónica en las siguientes fechas¹⁵:

- 16 de marzo de 2012 (Gería, Valladolid)
- 17 de abril de 2013 (Caseres, Tarragona)
- 2 de octubre de 2013 (Santurde, La Rioja)

No cabe por tanto duda de que Telefónica dispuso de tiempo más que suficiente para comunicar a los operadores alternativos y a la CNMC, con la antelación requerida, el traslado de las centrales objeto de este expediente, y la instalación de los nuevos nodos. Dados los dilatados plazos de tiempo con que los arrendadores comunicaron a Telefónica la extinción de los contratos de arrendamiento a partir del 1 de enero de 2015, esta omisión fue particularmente relevante a medida que, con el transcurso del tiempo, fue verificándose por Telefónica que no existían posibilidades reales de conseguir la prórroga de los contratos afectados.

¹⁵ Telefónica no aporta esta información para la central situada en Sant Esteve de Guialbes (Gerona).

Cabe también señalar que, en otros supuestos, Telefónica ha sido capaz de notificar de manera preventiva a los operadores y a la CNMC, respetando los plazos regulatoriamente establecidos, el posible traslado de una central, dada la voluntad del arrendador de resolver el contrato. Este ha sido por ejemplo el caso recientemente en relación con la central de Antigua (Fuerteventura)¹⁶.

Y en contestación a la tercera alegación de Telefónica sobre la calificación de la infracción, hay que responder que de los hechos probados se desprende claramente que existe un incumplimiento del plazo de preaviso de 6 meses para comunicar el traslado de las centrales, y no un mero retraso en el cumplimiento de su obligación, ya que resulta evidente que no respetar un plazo es incumplirlo, no cumplirlo tardíamente., con las consecuencias negativas que se ocasionan para los operadores alternativos afectados que pudieran existir, al tener un menor tiempo para planificar los cambios derivados del traslado de la central.

De atender la alegación de Telefónica la fijación de plazos de preaviso no tendría efectos prácticos, ya que su incumplimiento siempre se podría calificar como un “cumplimiento tardío” de los mismos, y perdiéndose el objetivo regulatorio de los plazos, que es proporcionar la información a los agentes del mercado con tiempo suficiente para que los operadores puedan adaptarse a los citados cambios. En este sentido la propia Resolución de 22 de enero de 2009 destaca la importancia de que exista un preaviso con plazo suficiente, al indicar que el objetivo de la medida es que *“los operadores alternativos cuenten con [la información relativa a la ubicación de nuevos nodos] con un plazo de antelación suficiente para que puedan replicar las ofertas minoristas de este operador”* (el subrayado es añadido).

En definitiva, cabe concluir que Telefónica ha incurrido en una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumpliendo de lo establecido en la Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los mercados mayoristas de banda ancha, al haber llevado a cabo la sustitución de las centrales por nodos en los emplazamientos de Geria (Valladolid), Santurde (La Rioja) y Caseres (Tarragona), sin haber informado de la instalación de dichos nodos remotos a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas regulados y a la CNMC con al menos seis meses de antelación.

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

En derecho administrativo sancionador, y de conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, 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

¹⁶ Escrito de Telefónica de fecha 27 de febrero de 2015 (expediente nº DT-OTR 2015/74).

sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto)¹⁷.

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

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia¹⁸. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC 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. De acuerdo con la interpretación jurisprudencial¹⁹, actúa culposamente quien no tiene la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. Es decir:

- La culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado contrario a la norma y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o de forma inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.
- Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

¹⁷ En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo –SSTS- (de fechas 3 de abril de 2000, recaída en el Recurso de Casación núm. 1698/1992; 22 de noviembre de 2004, recaída en el Recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002); o 21 de enero de 2011, recaída en el Recurso contencioso-administrativo núm. 598/2008).

¹⁸ 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”*.

¹⁹ Ver la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005/20).

En el presente caso, se imputa a Telefónica una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de una Resolución del Regulador sectorial, en concreto la Resolución adoptada en fecha 22 de enero de 2009 (Resolución de definición y análisis de los mercados mayoristas de banda ancha), al no haber procedido a comunicar con el preaviso requerido la instalación de tres nodos remotos, lo que habría dado lugar a una vulneración de la obligación de transparencia contemplada en dicho documento.

En relación con la conducta citada, la inobservancia de la obligación regulatoria es atribuible al menos a título de culpa a Telefónica, toda vez que conociendo (o debiendo conocer) este operador la importancia que tiene el cumplimiento de las obligaciones de transparencia previstas en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha en el mercado de comunicaciones electrónicas, tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.

Concurre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica.

Respuesta a las alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad.

En sus alegaciones, Telefónica afirma que ha actuado en todo momento de buena fe, cumpliendo lo impuesto por la CNMC para proceder a la sustitución de las centrales objeto del presente procedimiento. Por tanto, para este operador no concurriría el requisito de culpabilidad en su actuación.

En contestación a estas alegaciones, procede reiterar que el aducido cumplimiento de las condiciones fijadas en la Resolución de 29 de enero de 2015 no es óbice para concluir que Telefónica no respetó la obligación de transparencia contemplada en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha, al no avisar con la suficiente antelación a la CNMC y a los operadores alternativos de la instalación de los nuevos nodos.

A estos efectos, cabe señalar que en la instrucción ha quedado acreditada la existencia de una conducta al menos culpable por parte de Telefónica, ya que se ha probado que Telefónica no notificó con la antelación requerida (al menos, seis meses) el traslado de las centrales objeto del presente procedimiento, y la sustitución de las mismas por nodos, procediéndose por tanto a un cambio en la arquitectura y propiedades de la red de Telefónica del que no se tuvo constancia en los plazos estipulados en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha.

En relación con la aducida buena fe en la conducta de Telefónica, cabe señalar que el Resuelve Sexto y el Anexo 1 de la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha obligan a Telefónica a informar con la suficiente antelación sobre cualquier cambio en su red de acceso.

El cumplimiento de la obligación de transparencia exige por tanto que Telefónica informe sobre todos los cambios que puedan acaecer en su red, y que dicha información se traslade a la CNMC y a los operadores terceros con una antelación suficiente.

Procede hacer referencia a este respecto a la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2012²⁰, relativa a la Resolución de 15 de julio de 2010 por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de los mercados 4 y 5 y la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de sus ofertas comerciales.

Como recoge dicha sentencia en relación con la omisión por Telefónica del deber de notificación de sus ofertas comerciales a la CMT, en el concreto ámbito jurídico y tecnológico en que se integra la actividad de este operador, y dada su relación de sujeción especial, *“resulta suficiente una negligencia parangonable a la omisión del deber de cuidado exigible, sin que esto suponga olvidar, claro está, que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de dolo o de culpa. Y es que el artículo 130.1 de la [LRJPAC] establece que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”. Llano es que el tipo utilizado por la CMT no requiere una voluntad inequívoca, expresa o manifiesta de incumplimiento de las obligaciones impuestas, sólo el incumplimiento de éstas, sin necesidad, por tanto, de dolo específico, ni siquiera de mera negligencia que fuera más allá de una simple omisión”*.

En los mismos términos, señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de octubre de 2014²¹ que *“basta [...] para que concurra el tipo infractor que se adecue al comportamiento concreto, que concurra una negligencia inexcusable en el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa vigente de telecomunicaciones o, como sucede en el caso presente, por los mandatos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en aplicación de dicha normativa”*.

Es decir, la simple omisión del deber de comunicación por parte de Telefónica del traslado de las centrales afectadas por este expediente, con la antelación regulatoriamente exigida (seis meses), debe conducir a concluir acerca de la existencia de una conducta culpable en relación con los hechos aquí analizados, al no observar la obligación regulatoria de transparencia consistente en el deber de informar a la CNMC y a los operadores de los cambios operados en las tres centrales con la debida antelación de 6 meses.

²⁰ Recurso contencioso-administrativo núm. 826/2010.

²¹ Recurso de Casación núm. 2319/2011.

CUARTO.- Criterios de graduación de la sanción.

El artículo 76.12 de la LGTel 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 la LGTel dictadas por la CNMC 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.

Según lo establecido en el artículo 79.1, letra a), de la LGTel, la sanción máxima que puede ser impuesta a Telefónica por la infracción señalada en apartados anteriores como Hecho Probado es de 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.

La LGT fija unas reglas de graduación para fijar la cuantía de la sanción que puede imponerse por la comisión de la infracción muy grave cometida objeto del presente procedimiento. En este epígrafe se procede a analizar los criterios de graduación de la sanción, de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la LGTel y en el artículo 131.3 de la LRJPAC.

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 131.3 de la LRJPAC señala que

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

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.

Analizados los criterios de graduación anteriores, en particular, el referido en el artículo 80.1, letra d), de la LGTel, es preciso tomar en consideración la ausencia de un daño ocasionado al mercado a través de la comisión de la infracción objeto de este procedimiento.

A estos efectos, y como ya recogía la Resolución de 29 de enero de 2015, en las centrales objeto de este expediente (ver Tabla 1 de la presente Resolución²²) no existía, en el momento en que se procedió al traslado de las líneas, ningún operador coubicado, y el uso que se hacía de otros servicios mayoristas (AMLT, acceso indirecto) era muy limitado (menos de 30 líneas en total).

Por otra parte, dado que en los tres emplazamientos el número de líneas era sustancialmente inferior a 2.250²³, no parece probable que ningún operador alternativo fuera a tener interés en coubicarse en las citadas centrales en un futuro.

A este respecto, en la central de mayor tamaño (Geria, Valladolid) existían 244 líneas²⁴. Pues bien, de los datos reportados a la CNMC periódicamente por Telefónica se observa que, para un total de 1.537 centrales con operadores coubicados, en sólo 3 de ellas el número de líneas es inferior a 500, y en sólo 18 centrales el número de líneas es inferior a 1.000²⁵.

Estos datos, junto con el hecho de que en las alegaciones al trámite de audiencia del procedimiento número OFE/DTSA/2211/14 que dio lugar a la Resolución de 29 de enero de 2015, ningún operador expresó su interés en coubicarse o apuntó a la existencia de algún perjuicio por el traslado de las

²² Ver Tabla 1 del Hecho Probado Único, página 7 de la presente Resolución.

²³ Umbral contenido en la Resolución de 18 de diciembre de 2008 para que resulte de aplicación el procedimiento de autorización general.

²⁴ En el resto de centrales, y como se desprende de la Tabla 1, el número de líneas era el siguiente: 241 líneas (Santurde, La Rioja y; 176 líneas (Caseres, Tarragona).

²⁵ Datos de febrero de 2015.

líneas a los nuevos emplazamientos, permiten concluir que las probabilidades de que un operador en el futuro decidiera solicitar la coubicación en las tres centrales afectadas eran muy reducidas.

Respuesta a la alegación de Telefónica sobre los criterios de graduación.

Telefónica alega que además del perjuicio causado deberían aplicarse otros criterios de graduación, tales como la nula repercusión social de la infracción imputada (80.1.b de la LGTel), ya que los usuarios de telefonía no se verán afectados negativamente por los traslados anunciados, o el beneficio que la infracción reporta al infractor (80.1.c de la LGTel), ya que a su juicio no se ha producido beneficio alguno para el infractor como consecuencia de no notificar a los operadores y a la CNMC en el plazo de 6 meses la sustitución de las centrales.

En respuesta a estas alegaciones hay que señalar que, como ya se ha expuesto en párrafos anteriores y se expondrá asimismo en el Fundamento de Derecho Quinto, se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes para la graduación de la sanciones, y en concreto las siguientes:

- La repercusión social derivada de la omisión del deber de comunicación previa en este expediente concreto no es menor (ni diferente) que la existente en otros expedientes sancionadores similares donde se ha producido un menoscabo de la “*auctoritas*” de la CNMC (como por ejemplo en la Resolución de 28 de enero de 2014²⁶), desplegándose por otra parte los efectos derivados de esta omisión en varios ámbitos del territorio nacional (Valladolid, La Rioja, Tarragona), lo que pone de manifiesto su trascendencia.
- La conducta reprobada ha derivado en una serie de beneficios para Telefónica (aun cuando los mismos sean de difícil cuantificación), dado que este operador pudo proceder al traslado de sus emplazamientos (y a la prestación de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas a sus clientes desde los nuevos nodos) en un plazo de tiempo inferior a los seis meses que la regulación exige para que pueda procederse a la sustitución de las centrales.

En consecuencia, y tal y como se detalla en el Fundamento de Derecho Quinto, la cuantía de la sanción a imponer es proporcionada y muy reducida respecto al máximo teórico posible autorizado por la Ley (el 0,15 por 100 de la cuantía máxima posible).

²⁶ Expediente sancionador núm. RO 2013/708. Esta Resolución está recurrida en vía contencioso-administrativa por Telefónica (PO 178/2014), recurso en tramitación y pendiente de fallo.

QUINTO.- Sanción aplicable a la infracción de Telefónica.

5.1.- Límite legal de la sanción a imponer.

Como ya se ha señalado en el Fundamento Jurídico Tercero, de conformidad con lo establecido en el artículo 79.1, letra a), de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas a Telefónica por la presunta infracción objeto del presente expediente son las siguientes:

“1. Por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se impondrán las siguientes sanciones:

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”.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el Fundamento Jurídico Cuarto y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC²⁷.

5.2.- Aplicación al presente caso del límite legal de la sanción.

El criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción no es aplicable al presente procedimiento.

En efecto, dado que la conducta consiste en la no comunicación con el preaviso debido a los operadores alternativos y a la CNMC de la instalación de tres nodos, y teniendo en cuenta además la escasa o nula presencia (según cada caso) de competidores en los ámbitos de cobertura de las centrales afectadas, no puede cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado de la omisión de la obligación de transparencia, en su aplicación a este caso concreto.

Al no resultar de aplicación el criterio relativo al beneficio bruto, el límite máximo de la sanción que pueda imponerse es de 20 millones de euros.

²⁷ Según el apartado 2 del artículo 131, “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

5.3.- Determinación de la cuantía de la sanción.

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

- a) Como ya se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros.
- b) Cualquier monto que se aproximase a este límite máximo de la sanción resultaría sin embargo desproporcionado, dada en particular la ausencia de daños al mercado a raíz de la infracción cometida por Telefónica, tal y como se ha detallado al analizar la aplicación de los criterios de graduación de la sanción al presente caso. En consecuencia el principio de proporcionalidad obliga a fijar la cuantía de la sanción en unos parámetros mucho más reducidos que el máximo legal teórico.
- c) El incumplimiento por parte de Telefónica de la obligación de transparencia contenida en la Resolución de los mercados mayoristas de banda ancha afectaría por tanto más bien al ámbito reputacional de este organismo (“*auctoritas*”), el cual debe velar por el estricto cumplimiento de sus Resoluciones.
 - En efecto, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007, “*el menoscabo de la “auctoritas” de la CMT (actualmente der la CNMC) se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros [...]*”²⁸.
- d) A este respecto, el regulador sectorial ha intervenido en el pasado cuando se han detectado omisiones por parte de Telefónica en el respeto de sus obligaciones de transparencia, y en concreto de las obligaciones de comunicación previa:
 - En concreto, en la Resolución de 15 de julio de 2010 del procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales²⁹, se impuso a este

²⁸ Referencia núm. RJ/2008/361.

²⁹ Expediente núm. RO 2009/1233. Esta Resolución ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2012 (PO 826/2010), firme, que desestimó el recurso contencioso-administrativo de Telefónica.

operador una sanción de 55.000 euros por la omisión del deber de comunicación *ex ante* de sus ofertas comerciales³⁰.

- Asimismo, en la precitada Resolución de 28 de enero de 2014 del expediente sancionador incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de las obligaciones de comunicación contenidas en la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5³¹, se impuso a este operador una sanción de 250.000 euros por la omisión del deber de comunicación *ex ante* de las ofertas comerciales (concluyéndose en el citado procedimiento que existían circunstancias agravantes que justificaban la cuantía de la sanción finalmente impuesta).

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 80 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales de la LGTel y LRJPAC antes señalados, se considera que **procede imponer una sanción de treinta mil euros (30.000 euros)** por el incumplimiento del Resuelve Sexto y el apartado 2.b) del Anexo 1 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, al haber llevado a cabo la sustitución de tres centrales por nodos en los emplazamientos de Geria (Valladolid), Santurde (La Rioja) y Caseres (Tarragona) sin haber informado de la instalación de dichos nodos remotos a los operadores alternativos que utilizan los servicios mayoristas regulados y a la CNMC con al menos seis meses de antelación.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones**, por el incumplimiento del Resuelve Sexto y el apartado 2.b) del Anexo 1 de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se

³⁰ En el citado procedimiento, se impuso a Telefónica una sanción total de 330.000 euros, de los cuales 275.000 euros correspondieron al incumplimiento de la obligación de no lanzar al mercado ofertas no replicables económicamente, y 55.000 euros correspondieron al incumplimiento de la obligación de comunicación *ex ante* de las ofertas comerciales.

³¹ Expediente núm. RO 2013/708. Esta Resolución ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa por Telefónica (PO 178/2014), recurso en tramitación y pendiente de fallo.

aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una multa por importe de **treinta mil (30.000) euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.