



Roj: SAN 1930/2012
Id Cendoj: 28079230082012100197
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 826/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de abril de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 826/10 , que ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora **Dª ANA LLORENS PARDO**, en nombre y representación de "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**" , frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de julio de 2010 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA .**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 17 de septiembre de 2010, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 4 de noviembre de 2010, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de mayo de 2011, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisibilidad del presente recurso o, en otro caso, la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 19 de mayo de 2011, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de abril de 2012, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de fecha 15 de julio de 2010, en la que se impusieron sendas sanciones a "TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU" (TESAU), por un importe total de 330.000 euros (55.000 por una y 275.000 por la otra), decisión cuyo Resuelve reza así:

"PRIMERO.- Declarar responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , por haber incumplido el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica como operador con

PSM y la imposición de obligaciones específicas, al no notificar en tiempo y forma las promociones analizadas en el cuerpo de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA. una sanción por importe de cincuenta y cinco mil (55000) euros por la anterior conducta.

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

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

SEGUNDO.- Los motivos de la prolija demanda de TESAU pueden sintetizarse, en primer lugar, respecto de la no comunicación de las referidas promociones, en la falta de tipicidad y ausencia de antijuridicidad de la conducta (en cuanto a la consideración de que la normativa "ad hoc" exige comunicación, no autorización, y que sí existió tal comunicación, reconociendo "un error puntual" respecto de una de las promociones) y en la ausencia de culpabilidad (toda vez que dos promociones fueron comunicadas, dejándose pasar sólo una, omisión que se subsanó con prontitud), y, en segundo término, respecto del estrechamiento de márgenes, en la ausencia de tipicidad y de culpabilidad (se afirma que la Resolución de la CMT en que se basa la imputación no impone obligación alguna), en que tampoco es típica la conducta por no ser idónea para restringir la competencia y en que no hay culpabilidad por inexistencia de intencionalidad, incluso conculcándose el principio de confianza legítima. Asimismo se alega la vulneración del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones impuestas.

TERCERO.- El artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , considera infracción muy grave "el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

La primera de las infracciones -no notificación en tiempo y forma de las promociones a que se contraen los expedientes AEM 2009/884 y 2009/1201, estando disponibles para todo el territorio nacional desde el 28 de marzo hasta el 8 de junio de 2009, o, en cualquier caso, incumpliendo el plazo mínimo de quince días de antelación a su comercialización- ha de ponerse en relación con el Resuelve Sexto y el apartado 1.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, en 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 TESAU como operador con PSM (peso significativo en el mercado) y la imposición de obligaciones específicas. La obligación que concretan consiste en que TESAU ha de comunicar a la CMT, en el plazo de quince días antes de su aplicación, los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de precios en el caso de paquetes. Esta obligación obtiene cobertura en los artículos 13.1e) de la Ley General de Telecomunicaciones y 11 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración) y 13 de la Directiva 2002/19/CE, de Acceso.

La segunda infracción -estrechamiento de márgenes con vulneración de los límites autorizados por la CMT en su metodología -a su vez ha de ponerse en conexión con el Resuelve Sexto y Anexo 3, apartado 1.b) de la Resolución de 22 de enero de 2009 y con la Resolución de 26 de julio de 2007, esto es, la CMT verificará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas ajustándose a la metodología establecida en la segunda de las Resoluciones citadas y ello con las actualizaciones correspondientes (Anexo de la Resolución de 22 de enero de 2009: "En particular, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU, así como sus sucesivas actualizaciones").

CUARTO.- Dicho esto, en orden a encuadrar adecuadamente la tipificación hecha valer por la CMT y que se cuestiona por la actora, no está de más ponerla en relación con los correlativos hechos probados.

Los hechos probados que dan lugar a la primera tipificación y ulterior sanción de 55.000 euros son los que siguen:

En el expediente AEM 2009/884 la promoción denunciada consistía en la línea Dúo ADSL de 3 o 6 Mb (con o sin antivirus) con las siguientes prestaciones:

Alta de línea e instalación gratis.

MRM o MRI (módem) gratis.

Las ocho primeras cuotas de abono a mitad de precio (desde un precio sin promoción de 40,90 euros/mes).

Bono descuento en la factura de 10 o 20 euros durante ocho meses dependiendo operador de origen, para los clientes que solicitaran portabilidad desde otros operadores.

Según Telefónica, la contratación de dicha promoción estuvo disponible para todo el territorio nacional durante el periodo desde el 28 de marzo hasta el 8 de junio de 2009.

Esta Comisión ha comprobado que dicha oferta no aparece en la base de datos que recoge las promociones notificadas por Telefónica.

Tras requerirse a Telefónica la fecha de comunicación de esta promoción a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por escrito de 3 de junio de 2009 (documento núm. 1.2 del expediente), esta entidad no manifestó fecha alguna en la cual hubiera realizado la comunicación a esta Comisión. Asimismo, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (documento núm. 8 del expediente) -en adelante escrito de 23 de septiembre de 2009-, Telefónica ha alegado que no la ha comunicado a esta Comisión, tratándose de un error puntual, afirmación reiterada en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010.

b) En el expediente AEM 2009/1201 las promociones de las que tuvo conocimiento esta Comisión y que fueron paralizadas por Resolución de 29 de julio de 2009 consistían en el servicio ADSL de 3, 6y 10 Mb con las siguientes características:

Tabla 1: Promociones del expediente AEM 2009/1201:

Producto Cuota de alta

Equipamiento Cuotas*

reducidas Fecha fin

promoción

DO Kit ADSL 10Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus

Gratis

MRM o MRI gratis

12 cuotas a 23,9#

31/08/2009

DO Línea ADSL 6Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus

Gratis

MRM o MRI gratis

12 cuotas a 19,9#

31/08/2009

DO Línea ADSL 3Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus

Gratis

MRM o MRI gratis

12 cuotas a 19,9#

31/08/2009

MRM: módem router mono puerto; MRI: módem router inalámbrico.

En su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2009, Telefónica afirma que las promociones referidas a los paquetes Dúo ADSL 3Mb y 10Mb + TPN + Antivirus + módulo voz móvil, fueron debidamente comunicadas en fecha 14 de julio de 2009 y, posteriormente, en un escrito por el que corregía ciertos datos, en fecha 20 de julio del mismo año.

Asimismo afirma que por un error puntual se publicitó en el canal habitual de Telefónica el Dúo ADSL 6 Mb, cuando esta promoción concreta iba solamente dirigida a los Dúos de 3 y 10 Mb, y que esto debe ser calificado como un error puntual -el hecho de haberse publicitado una promoción no comunicada ni existente, según Telefónica-.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución de 10 de junio de 2010, Telefónica se refiere también a la supuesta comunicación, a lo largo de 2007 y 2008, de los productos sobre los que están basados las promociones en conflicto (dúos de 3, 6 y 10Mb).

Sin embargo, no se ha podido constatar que las dos promociones que según Telefónica fueron notificadas el 14 de julio (Dúos de 3 y 10 Mb) ni los productos sobre los que supuestamente están basadas dichas promociones y supuestamente comunicados a lo largo de los años 2007 y 2008 coincidan con las ofertas notificadas y paralizadas en el expediente AEM 2009/1201, por los siguientes motivos:

Precio de los paquetes:

El precio nominal de los paquetes ofertados en la página web de Telefónica (véase la copia del pantallazo grabado por esta Comisión e incorporada al expediente como documento núm. 9 no se corresponde con el aportado en las comunicaciones que Telefónica indica en sus alegaciones. Como se puede ver en la tabla siguiente los precios publicitados en el canal online son inferiores a las comunicaciones realizadas por Telefónica (existe una diferencia de 3 euros para cada una de las promociones):

Tabla 2. Diferencia de los precios nominales entre las promociones notificadas en los escritos de alegaciones de 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010, respectivamente, y las promociones publicitadas.

En relación con las promociones supuestamente comunicadas el 14 de julio de 2009 (referenciadas por Telefónica en sus escritos de 23 de septiembre de 2009 y 10 de junio de 2010)

Código interno de comunicación de TESAU Paquete de servicios Precio paquete comunicado (#) Precio paquete página web (#)

Código PMO-PQ-09-1369 DO Línea ADSL 3Mb+TPN+módulo voz móvil

43,9

40,9

Código PMO-PQ-09-1388 DO Línea ADSL 10Mb+TPN+módulo voz móvil

47,9

44,9

En relación con las promociones supuestamente comunicadas en 2007 y 2008 (referenciadas por Telefónica en su escrito de 10 de junio de 2010)

Código interno de comunicación de TESAU Paquete de servicios Precio paquete comunicado (#) Precio paquete página web (#)

Código SER-PQ-07-0077 Dúo 3Mb+TPN+MVM 43,9 40,9

Código SER-PQ-08-0238 Dúo 6Mb+TPN+MVM 43,9 40,9

Código SER-PQ-08-0242 Dúo 10Mb+TPN+MVM 47,9 44,9

El precio es un elemento sustancial de las ofertas minoristas por lo que esta diferencia confirma que las comunicaciones efectuadas por la imputada no coinciden con las analizadas en el presente expediente.

2) Ámbito territorial:

Tampoco coincide el ámbito territorial de las ofertas. Las tres promociones publicitadas en el canal online lo son para Galicia y las notificadas a esta Comisión lo son para todo el territorio nacional.

Por tanto, queda probado que Telefónica no comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las promociones reseñadas. Más aún, incluso aunque se tratase de las mismas promociones y hubiese errores en cuanto a los precios y ámbito de las mismas (quod non), el hecho es que la comunicación de las promociones que indica Telefónica en su escrito de alegaciones señalaba una fecha de inicio de comercialización de 01/08/2009, mientras que esta Comisión ha constatado que las promociones analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el 21/07/2009. Por tanto, si la notificación del 14 de julio indicada por Telefónica se refiere a las promociones analizadas, el lanzamiento comercial de las mismas se produjo siete días después de la notificación.

En definitiva, queda acreditado que Telefónica no ha notificado las promociones analizadas en el presente expediente. A mayor abundamiento, incluso en el caso de que los paquetes Dúos ADSL de 3 y 10 Mb del expediente AEM 2009/1201 hubieran sido comunicados con errores (quod non), dichos paquetes empezaron a comercializarse siete días después de la notificación, cuando la Resolución de los mercados 4 y 5 establece la obligación por parte de Telefónica de comunicar a esta Comisión los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva."

Los hechos probados que respaldan la segunda tipificación y posterior sanción de 275.000 euros son los siguientes:

"En la Resolución de 29 de Julio de 2009, dictada en el expediente AEM 2009/1201, esta Comisión resolvió la paralización de las promociones descritas en el apartado b) del Hecho probado anterior por tener efectos anticompetitivos en los mercados de acceso y banda ancha minorista.

Como se ha señalado en el Hecho probado anterior, las características de las promociones paralizadas eran las siguientes:

Producto Cuota de alta
Equipamiento* Cuotas
reducidas Fecha fin
promoción
DO Kit ADSL 10Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus
Gratis
MRM o MRI gratis
12 cuotas a 23,9#
31/08/2009
DO Línea ADSL 6Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus
Gratis
MRM o MRI gratis
12 cuotas a 19,9#
31/08/2009
DO Línea ADSL 3Mb+TPN+módulo voz móvil+ Antivirus
Gratis
MRM o MRI gratis
12 cuotas a 19,9#
31/08/2009
(Tabla 1 anterior)

Se trata de tres promociones sobre paquetes de triple oferta con velocidades diferentes de conexión, que incorporan una tarifa plana nacional (TPN) para llamadas nacionales con originación fija, una tarifa reducida para llamadas on-net en originación móvil y un antivirus.

En la citada Resolución de 29 de julio de 2009 se analizaron los paquetes de servicios de conformidad con la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, establecida en la Resolución de 26 de julio de 2007. De acuerdo con dicha metodología, a todas las ofertas comunicadas se les asigna un límite promocional que se corresponde con el margen actualizado mediante Valor Actual Neto (en adelante, VAN). El VAN establecido y en vigor para los paquetes de servicios analizados era el siguiente:

Tabla 3: VAN en vigor para las promociones analizadas

PRODUCTO VAN (#)

Do Kit ADSL 10 Mb+TPN+modulo voz móvil 256,76

Do Línea ADSL 6Mb+TPN+modulo voz móvil 222,59

Do Línea ADSL 3 Mb+TPN+modulo voz móvil 262,80

Con carácter general, este VAN establece el límite promocional máximo permitido, indicando el margen que un operador alternativo obtendría en caso de prestar servicios minoristas equivalentes a los de la promoción indicada al final de la vida media del cliente.

Adicionalmente a estas promociones, en las fechas analizadas Telefónica ofrecía una promoción de alta gratis de la línea RTB que era compatible con las anteriores promociones, esto es, que se podía contratar al mismo tiempo. Más aun, dicha promoción de alta gratis era publicitada junto a las promociones analizadas, como se puede comprobar en el pantallazo de la página web de Telefónica impreso por esta Comisión el día 21 de julio de 2009 (documento núm.9). Esta gratuidad del alta estaba restringida a los usuarios que contratasen servicios de banda ancha, por lo que los operadores alternativos, para competir con Telefónica, debían ofrecer un descuento adicional en el servicio de acceso a Internet para neutralizar el regalo de Telefónica en cuanto al alta del servicio de acceso.

En definitiva, el coste total de adquisición del diente en el que tendría que incurrir un operador alternativo, para emular las tres promociones de las que se puede beneficiar un cliente que contrate uno de los paquetes de servicios objeto de análisis, sería superior al VAN establecido y permitido:

Tabla 4: Incremento sobre el VAN de las promociones analizadas

Producto Precio paquete comunicado (#) VAN

(#) Coste promoción Paquete

con promoción alta de RTB Incremento

sobre el VAN

DO kit ADSL 10 Mb +TPN+modulo voz móvil

47,9

265,76

390,43 47%

DO Línea ADSL 10 Mb +TPN+modulo voz móvil

43,9

222,59

390,43 75%

DO Línea ADSL 10 Mb +TPN+modulo voz móvil

43,9

262,80

390,43 49%

Tal y como se puede observar en esta tabla, las promociones de Telefónica superan el límite promocional entre el 47% y el 75%, por lo que se puede concluir que existe un estrechamiento de los márgenes disponibles para aquellos operadores alternativos que quisieran emular dichas ofertas.

En efecto, como se analizará posteriormente, la Resolución de 26 de julio de 2007 permite a Telefónica el lanzamiento de ofertas temporales que superen el VAN establecido hasta un máximo de un 30%, siempre que en el período de análisis considerado (semestral), en promedio, el VAN del servicio afectado sea positivo o no supere los márgenes establecidos.

Como puede comprobarse en la tabla anterior, el exceso sobre el VAN de las promociones analizadas supera el 30% permitido.

En su escrito de 23 de septiembre de 2009, Telefónica no alega contra la conclusión anterior, consistente en que el VAN individual de cada una de las promociones analizadas superaba el umbral del 30% permitido, sino que Telefónica sostiene que, en el ejercicio llevado a cabo por esta Comisión, se ha utilizado un criterio -la acumulación de la promoción del alta gratis de la línea RTB existente en las mismas fechas, esto es, la "acumulación temporal" de promociones que a su juicio son compatibles- que no estaba contemplado en la Resolución de la metodología, por lo que no se ha vulnerado dicha Resolución.

Esta alegación, junto a las alegaciones efectuadas por Telefónica en su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2010, será analizada en la tipificación de los Hechos probados y culpabilidad de la imputada.

En definitiva, queda acreditado que las tres promociones analizadas en el presente Hecho probado superaban el límite promocional entre el 47% y el 75%, es decir por encima de lo permitido -30%-, produciéndose por tanto un estrechamiento de márgenes para los operadores alternativos que quisieran emular económicamente dichas ofertas a partir de los precios mayoristas regulados cobrados por Telefónica a sus competidores.

En cuanto a las fechas de comercialización de las citadas promociones, únicamente está probado que a fecha de 21 de julio de 2009 Telefónica tenía anunciada estas promociones en su página web y que se ordenó la paralización en fecha 29 de julio, siendo notificada la Resolución el día 4 de agosto del mismo año, por lo que las promociones estuvieron en vigor durante al menos un periodo de quince días."

QUINTO.- Tal "factum", en su doble vertiente, obtiene cabal cobertura en las tipificaciones antes reflejadas. De una parte, existe un claro incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, ya que en todo caso no se comunica una promoción y otras dos se comercializan antes de tiempo sin respetar el lapso temporal de quince días, y, de otra, se supera el margen del 30% de "Valor Actual Neto" (VAN), entre el 47% y el 75%, en el periodo semestral de análisis considerado. Esta resultancia fáctica no ha sido desvirtuada de adverso, a pesar de que en el DVD que contiene el expediente sólo figure una captura de pantalla de una dirección URL sobre "Promociones para Galicia", realizada el día 21 de julio de 2009 a las 8,49 horas, limitándose la demandante a adjuntar dos documentos a su escrito de demanda, uno sobre correos electrónicos cruzados entre responsables de TESAU y de la CMT y otro con un listado sobre número de líneas de los servicios de Internet, sobre tasa de penetración de los servicios de acceso dedicado sobre la población y sobre número de líneas de los servicios de acceso dedicado por velocidad, que en nada empañan cuanto antes se ha reproducido de la decisión impugnada.

En definitiva, el regulador no orilla el principio de tipicidad, como "lex praevia" y "lex certa" respecto de la que la promovente pudo extraer en modo razonable la certeza de que su conducta podría integrar las dos infracciones que luego se sancionan, máxime, como ya hemos advertido en otras ocasiones ("ad exemplum", en Recurso 16/09 de nuestro conocimiento, resuelto en Sentencia de 22 de marzo de 2011), cuando TESAU se encuentra ligada a aquél "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".

SEXTO.- De ahí que tampoco pueda sostenerse una falta de culpabilidad, cuando hay, se insiste, 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, insistimos, 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, cuando menos, una falta de diligencia en su proceder, en cuanto, a los efectos ahora abordados, 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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.

SÉPTIMO.- Igual suerte ha de correr cuanto se argumenta en el recurso sobre el principio de confianza legítima. Tal principio, recogido en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que, según el Tribunal Constitucional (Sentencias, por todas, de 15 de diciembre de 2003 y de 27 de octubre de 2008), constituye una plasmación del principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9 de la ley de leyes, supone la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1986, de 31 de enero), o, en otras palabras, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero).

Como expresamos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de marzo de 2012 (Recurso 990/2010), de lo que se trata, en suma, es de si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 Oct., FJ 8 ; 142/1993, de 22 Abr., FJ 4 ; 212/1996, de 19 Dic., FJ 15 ; y 104/2000, de 13 Abr., FJ 7). Y en el supuesto ponderado, como ya advertimos a la hora de rechazar unas pretendidas ausencias de tipicidad y culpabilidad, no es dable inferir menoscabo alguno de la confianza legítima en quien, como operador de larga traza en el mercado de las telecomunicaciones, había de conocer en su plenitud las Resoluciones del regulador que alientan y brindan cobertura a la tipificación que dio lugar a las sanciones.

OCTAVO.- Por último, tampoco puede atenderse la invocada transgresión del principio de proporcionalidad. Dicho principio de proporcionalidad está contemplado en el artículo 56.2 de la Ley general de Telecomunicaciones, que determina que, en todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los aspectos que siguen: 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; y d) El daño causado.

La modulación de la sanción se argumenta y respalda en la resolución combatida del modo que sigue:

- *Se considera de gran relevancia la infracción cometida, debido al conocimiento que Telefónica tiene del daño que puede causar al mercado y a la competencia y al hecho de haber incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes en promociones que, además, no ha notificado a esta Comisión.*

- *Por otra parte, dado el escaso período de comercialización de las promociones -quince días-, se entiende que los efectos en el mercado y la repercusión social de la infracción cometida no han podido ser muy graves, lo cual es tenido en cuenta en la imposición de la sanción.*

- *Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.*

Como se ha establecido con anterioridad, no es posible determinar fehacientemente el beneficio obtenido como consecuencia de las infracciones cometidas. Sin embargo, se ha hecho la siguiente aproximación a los beneficios directos que se podrían haber obtenido con promociones de similares características.

Adoptando un criterio restrictivo, esto es, si las promociones hubieran sido efectivamente comercializadas únicamente durante cinco semanas (hasta el 31 de agosto de 2009), solamente a través del canal on line de Telefónica y sólo para Galicia el número de clientes adscritos y el beneficio pudiera haber sido el siguiente:

Tabla 7: Beneficio directo estimado de promociones similares con condiciones a la comercialización restrictivas.

Paquete de servicios Clientes adscritos
con supuestos Beneficio por
cliente (#) Beneficio directo(#)

DO Kit ADSL 10 Mb+TPN+ modulo voz móvil 573 184 105.344

DO Línea ADSL 10 Mb+TPN+ modulo voz móvil 576 144 82.760

DO Línea ADSL 10 Mb+TPN+ modulo voz móvil 8 187 1.538

BENEFICIO DIRECTO TOTAL 189.641

Como se puede apreciar el beneficio potencial directo de la práctica anticompetitiva puede ser muy variable en función de la configuración efectiva de las promociones. En cualquier caso, las cifras anteriores suponen el beneficio máximo dado que una parte de los clientes que optaron por Telefónica lo habrían hecho en cualquier caso, en ausencia de las promociones anticompetitivas.

En todo caso, a lo anterior habría que añadir el beneficio Indirecto obtenido por la comisión de la infracción. Tal y como se ha dicho anteriormente, objetivo o efecto de las prácticas ilícitas analizadas es limitar la capacidad competitiva de los operadores alternativos al reducir la presión competitiva que puedan ejercer sobre el incumbente.

Efectivamente, un operador alternativo que usara los servicios mayoristas regulados para lanzar una promoción similar sobre un paquete de servicios equivalente estaría incurriendo en pérdidas. Estas pérdidas harían insostenible la situación de este operador en el largo plazo, obligándole a incrementar sus precios, disminuyendo de esta forma la presión competitiva que afronta Telefónica.

Contestación a las alegaciones formuladas por Telefónica en relación con la determinación de la sanción.

Telefónica en su escrito de 10 de junio de 2010 alega que se ha producido una errónea determinación de la hipotética sanción:

- Sobre la sanción propuesta respecto de la infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de notificar las promociones.

Telefónica aduce que el error cometido supone un ínfimo porcentaje del total de las promociones comunicadas. El número de promociones comunicadas en el semestre regulatorio (Mayo-Octubre 2009) en el que se comercializaron las promociones fue de 1.536.

Asimismo, continúa la referida entidad, "Telefónica es una de las compañías con mayor actividad publicitaria y asumiendo que no disponemos de un mecanismo automatizado para la comunicación de promociones, tarifas, etc...", y que además, la CMT es plenamente consciente de ello, entendemos que debería ser razonablemente percibido por esta Administración como un error puntual e irrelevante."

Ante dicha alegación de la actora es necesario señalar que el Resuelve Sexto y el apartado i.d) del Anexo 3 de la Resolución de 22 de enero de 2009, obligan a Telefónica a notificar en tiempo y forma sus ofertas comerciales. La Resolución del mercado 4 y 5 y las distintas Resoluciones adoptadas a lo largo del tiempo por la CMT explicitan las razones por las que se entiende que el análisis preventivo de las ofertas de Telefónica debe recaer sobre todas sus ofertas (no sobre la mayoría de sus ofertas). Por tanto, un único supuesto es suficiente para dar lugar al incumplimiento de la obligación impuesta a Telefónica de comunicación previa, dados los previsibles daños que sobre el mercado dicha ausencia de comunicación puede tener.

- El periodo de comercialización de las promociones Dúos ADSL de 3 y 10 MB ha sido menor de lo identificado por la CMT.

Según Telefónica las promociones únicamente estuvieron publicadas en la web durante unas horas entre el 20 y el 21 de julio. Por lo tanto, el plazo fue mucho menor o más bien casi inexistente, que el identificado por la CMT en la Propuesta de Resolución de la instructora del presente procedimiento. Con respecto a la promoción del DUO ADSL 6 MB, improcedentemente se publicó junto con las otras dos el día 21 de julio de 2009. Al igual que con las de 3 MB y 6 MB, las promociones se eliminaron de la web el día 21 de julio, por tanto sólo estuvieron disponibles unas horas.

Por todo ello, Telefónica considera que el período imputado por la supuesta práctica anticompetitiva debería reducirse en más del 99%, reduciéndose consecuentemente la graduación de la sanción. Asimismo, Telefónica afirma que no se han causado perjuicios de ninguna índole, puesto que "se dieron de alta un total de 106 clientes (en todo el territorio nacional). Por lo que es difícil poder concluir respecto de una posible distorsión de la competencia si tenemos en cuenta que lo que supone dentro del total del mercado de Banda Ancha minorista."

En contestación a esta alegación, y tal y como ha quedado acreditado en el hecho probado primero, las promociones que indica Telefónica en su escrito de alegaciones señalaban una fecha de inicio de comercialización de 1 de agosto de 2009 (con una vigencia de la promoción hasta finales de dicho mes de agosto), mientras que esta Comisión ha constatado que las ofertas comerciales analizadas en este expediente como mínimo se empezaron a comercializar el 21/07/2009. Por tanto, es razonable entender que, al menos, desde el 21 de julio de 2009 y hasta el 4 de agosto de 2009, fecha en la que esta Comisión notificó la paralización de las citadas promociones a Telefónicas, cualquier usuario pudo darse de alta en las promociones citadas, sin que en ningún momento Telefónica haya presentado documentación alguna que acredite el hecho de que -supuestamente- las citadas promociones estuvieron disponibles solamente durante unas horas.

- Un ejercicio más preciso y proporcionado permite demostrar que los hipotéticos beneficios directos han sido menores de los identificados por la CMT.

TELEFÓNICA alega en su escrito de 10 de junio de 2010 que el beneficio directo se ha calculado de forma incorrecta, y manifiesta que si se toma como base todas las promociones para altas nuevas de los productos objeto del procedimiento sancionador (Dúos 3, 6 y 10Mb con Módulo Móvil) que se comercializaron en el semestre Mayo-Octubre 2009, y que se han reportado a CMT un hipotético beneficio directo de la acción habría sido CONFIDENCIAL [] en lugar de los 189.641# estimados por la CMT.

Telefónica presenta las siguientes tablas:

CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIALJ*

En relación con las tablas aportadas por Telefónica, cabe señalar que Telefónica no explica los cálculos realizados, siendo ambiguos algunos de ellos. Así por ejemplo, Telefónica no explica cómo se obtienen los datos de la columna "Altas Totales potenciales en la campaña". Sí, en cambio, especifica que tiene en cuenta la ventana de contratación de 31 días, cuando esta Comisión ha acreditado -y Telefónica no lo ha rebatido- que, como mínimo, la misma se habría extendido hasta 42 días.

En definitiva, Telefónica no rebate en ningún sentido los cálculos realizados por la CMT, ni señala las razones objetivas que justifiquen que sean los cálculos propios aportados por la referida entidad los que deban ser tomados en cuenta. En todo caso, debe reiterarse que este ejercicio no integraría los beneficios indirectos derivados de la acción de Telefónica, y que como se ha señalado en este caso son relevantes dados los efectos de una conducta como la que es objeto del presente procedimiento sobre la competencia.

Quinto.4.- Imposición de la sanción.

De los principios y límites cuantitativos a que se ha hecho referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponerlas siguientes sanciones:

- Cincuenta y cinco mil (55.000) euros por el incumplimiento de la obligación de notificar ex ante las promociones de referencia.

- Trescientos mil (275.000) euros por el incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes como la descrita."

En relación con esos datos, no desvirtuados de contrario, ha de utilizarse la determinación que se regula en el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones : "...por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos y omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos se considerarán las siguientes cantidades:

- El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en su caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual.

- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción.

- 20 millones de euros".

De lo expuesto se infiere que la sanción se ha modulado e impuesto con un importe ajustado a los márgenes legales, con independencia de que subrayar la evidente incidencia de la conducta de TESAU en la consolidación de operadores alternativos, al limitarse su capacidad competitiva, justificación nuclear de una sanción que, volvemos a señalar, entrañó adecuada consecuencia de una práctica que afectó a otros operadores y con evidente incidencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Y ello al margen de que la propia CMT ha atemperado el importe de la sanción en atención a diversas circunstancias concurrentes (entidad de los perjuicios causados y ceñirse las tres promociones, en principio, al ámbito territorial gallego), tal como deriva de las páginas 29 y 30 de la resolución recurrida.

En virtud de todo lo expuesto, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

NOVENO.- De conformidad con el Artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**" , contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de julio de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas devengadas.

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada a las partes personadas haciéndoles indicación de que la misma viene a ser firme y de que no cabe interponer contra ella recurso ordinario alguno, a tenor de lo prevenido en el artículo 86, apartado 2, letra b), y artículos concordantes, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , y de la cual será remitido testimonio en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón .