



Roj: **SAN 1965/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1965**

Id Cendoj: **28079230082017100205**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **173/2015**

Nº de Resolución: **225/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000173 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02032/2015

**Demandante:** CANAL DON BENITO, S.L.

**Procurador:** DOÑA MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Madrid, a dieciseis de mayo de dos mil diecisiete.

**Vistos** los autos del recurso contencioso administrativo nº **173/2015**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO**, en nombre y representación de "**CANAL DON BENITO, S.L.**", frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** de 5 de febrero de 2015, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Po r el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 10 de abril de 2015, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 1 de abril de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.



**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2016, 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 1 de febrero de 2017, 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.-** Re cibido el pleito a prueba por auto de 22 de marzo de 2017, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 10 de mayo de 2017, 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 CNMC, de fecha 5 de febrero de 2015, en la que se acordó lo siguiente:

*&quot;PRIMERO.- Declarar responsable directo a Canal Don Benito, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , por haber incumplido la Resolución de la comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013, dictada en el expediente núm. RO 2012/2109).*

*SE GUNDO.- Imponer a Canal Don Benito, S.L. una sanción por importe de ocho mil euros (8.000€)."*

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que no existió culpabilidad por parte de "CANAL DON BENITO, S.L.", en cuanto no obstaculizó ningún acuerdo de la CNMC, en que tampoco concurre tipicidad, pues resultaba imposible cumplir en sólo veinte días lo requerido, y en que, finalmente, en la imposición de la sanción no se han tenido en cuenta los principios de proporcionalidad y de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables.

**SEGUNDO.-** En primer término, no es dable prospere el óbice procesal invocado por el demandado, esto es, el relativo a la falta de aportación del preceptivo acuerdo social para litigar, toda vez consta aportada, con el escrito de interposición y el poder general para pleitos, certificación de 6 de abril de 2015 del administrador único de la entidad recurrente relativa a la decisión de promover el recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, así como la de encomendar la representación procesal a quien ahora la ostenta.

**TERCERO.-** Para mejor abordar el pleito resulta conveniente reflejar estos extremos:

**a)** En fecha 12 de agosto de 2013, Telefónica (TESAU), presentó escrito ante la CMT poniendo de manifiesto la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de compartición con CANAL DON BENITO, S.L., de conformidad con lo determinado en resolución de 20 de junio de 2013.

**b)** En esa resolución se acordó lo siguiente:

*&quot;ÚNICO.- Canal Don Benito, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de don Benito, en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo a esta comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización"*

**c)** Con independencia de un recurso de reposición contra la anterior resolución, ejecutiva por no pender contra ella suspensión alguna, consta que la ahora recurrente no cumplió con lo acordado, (una vez notificada el 26 de junio de 2013), concretamente entre el 27 de junio y el 19 de julio de 2013 (los veinte días hábiles fijados en la resolución).

**d)** En consecuencia, se incoa el procedimiento sancionador cuyas resultas ahora atendemos, en concreto el 18 de marzo de 2014, culminado en la resolución de 5 de febrero de 2015 impugnada.

y **e)** Consta que la Sala, en Sentencia de 27 de junio de 2016 (Recurso 583/2013 ), desestimó recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de 20 de junio de 2013 (antes meritada) y de 26 de septiembre de 2013 (consecuencia del recurso de reposición contra la anterior), considerando, por tanto, acomodada a Derecho la resolución del conflicto de compartición sometido a consideración del regulador.



**CUARTO.-** Precisamente, esa última circunstancia cobra rango decisivo en la resolución del presente litigio, pues lo que la Sala validó, en su Sentencia de 27 de junio de 2016, son las resoluciones de 20 de junio y 26 de septiembre de 2013, que "integran una atinada atención a todo lo que la entidad promotora planteaba, con unos argumentos detallados que permiten, sin asomo de dudas, inferir la lógica que ha guiado el criterio administrativo" (Fundamento de Derecho Sexto), y la decisión administrativa de incoar un expediente sancionador trae causa de una renuencia, cabalmente deducida por el regulador, a cuanto obligaba a quien ulteriormente resulta sancionado. Mal puede entonces invocarse se hubiere conculcado el principio de culpabilidad, cuando se conocen tanto el marco de obligaciones previstas en el mercado concernido como aquello que el regulador acuerda en un concreto conflicto de compartición y, a la vista del expediente, resulta clara la voluntad de incumplir (resolución de 20 de junio de 2013 inmediatamente ejecutiva, remisión de burofax a TESAU el 22 de octubre siguiente, así como varias comunicaciones posteriores), con dilaciones evidentes que así lo denotan.

Igual suerte, en lógica consecuencia, ha de correr la alegación sobre una pretendida vulneración del principio de tipicidad, cuando ese proceder encaja perfectamente en la previsión tipológica contemplada en el artículo 53 r) de la anterior Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, aplicable "ratione temporis", en cuanto se ha acreditado un incumplimiento de una decisión de la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

**QUINTO.-** Por último, mal puede sostenerse una posible falta de proporcionalidad en una sanción de multa por importe de 8.000 euros, cuando el regulador, en sendos Fundamentos Jurídicos (Tercero y Cuarto) ha razonado más que cumplidamente la gradación de la sanción, con lógica cita de los artículos 56 de la Ley 32/2003 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, llegando a la conclusión, que aceptamos, de que no se ha podido determinar, ex artículo 56.1 a) de la Ley 32/2003, la existencia de un beneficio directo por la infracción, por lo que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima queda fijada en veinte millones de euros, a lo que no afecta la nueva Ley General de telecomunicaciones, 9/2014, de 9 de mayo, que mantiene ese límite (artículo 79.1 a)), ni tampoco afectará, añadimos, el que el artículo 80 g) de la nueva norma agregue a los criterios de graduación el cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador, cuando la ponderación administrativa ya ha tenido en cuenta un haz de circunstancias que aconsejan la fijación acordada, en monto prudencial y razonablemente ajustado a los márgenes legalmente previstos, de tal suerte que una posible retroactividad favorable resultaría irrelevante.

**SEXTO.-** Se imponen las costas a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional.

## 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 "CANAL DON BENITO, S.L", contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** de 5 de febrero de 2015, a que las presentes actuaciones se contraen.

**SEGUNDO .-** Se imponen las costas a la parte actora.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.