



Roj: **SAN 4661/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:4661**

Id Cendoj: **28079230082015100680**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/12/2015**

Nº de Recurso: **180/2014**

Nº de Resolución: **32/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000180 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01611/2014

Demandante: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.

Procurador: SR. GARCIA SAN MIGUEL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a catorce de diciembre de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **180/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **Sr. Garcia San Miguel** en nombre y representación de **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** contra resolución de fecha 28 de enero de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia representada por el Sr. Abogado del Estado, por la que se impone sanción por infracción muy grave de la Ley General de Telecomunicaciones con una cuantía de 250.000 euros. Ha sido Magistrado Ponente **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 28 de marzo de 2014, contra la resolución antes mencionada.



Por Decreto de la Sra Secretario de esta Sección se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 25 de junio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la cual, se anule la resolución de la CNMC impugnada.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 24 de septiembre de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 9 de diciembre de 2015, 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 NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de 28 de enero de 2014 cuya parte dispositiva de la resolución tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. responsable directa 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 8 de marzo de 2012 por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos S.L., Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium S.L. Anekis S.A. R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España SAU (RO 2012/391)

SEGUNDO.- Imponer a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. una sanción por importe de doscientos cincuenta mil (250.000) euros por su anterior conducta".

SEGUNDO .- En el origen del presente recurso se encuentra la resolución adoptada por la CNMC (entonces CMT) el día 5 de diciembre de 2012 resolviendo un conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal tramitado como expediente RO 2012/391.

En dicho expediente NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L presentó escrito el día 22 de febrero de 2012 planteando conflicto de acceso con la ahora actora y solicitando a la CMT la adopción de medidas cautelares consistentes en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de TME de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través de la plataforma gestionada por NVIA.

Con fechas 21, 22, 23, 24, 27, 28 de febrero y 6 de marzo Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. e Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal, respectivamente presentaron escritos ante la CMT, en los que, en tanto que operadores de comunicaciones electrónicas prestadores del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes que han suscrito acuerdos con NVIA, plantean conflicto de acceso frente a TME. Igualmente solicitan la incoación de un procedimiento sancionador y la adopción de las medidas cautelares correspondientes, en los mismos términos que NVIA.

Con fecha 8 de marzo de 2012, mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se adoptó la siguiente medida cautelar:

« Único.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica Móviles España, S.A.U. a restablecer el acceso a la numeración de la que son titulares los Operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA GESTION DE DATOS, S.L. para la prestación de estos servicios con objeto de poner a disposición de los usuarios y consumidores finales sus contenidos mediante mensajes cortos. Está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM.



Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.»

TME interpuso un recurso potestativo de reposición ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra la Resolución de 8 de marzo de 2012 que fue desestimado íntegramente con fecha 17 de mayo de 2012 [2]

Posteriormente, TME ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta última resolución ante la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tramitado con el número 350/2012 del que posteriormente desistió.

Con fecha 27 de marzo de 2012, NVIA presentó un nuevo escrito en el que denuncia el incumplimiento de la medida cautelar por parte de TME por la falta de apertura de determinada numeración y solicita que se obligue a TME a restablecer el acceso a la numeración SMS Premium en cumplimiento de la medida cautelar, a poner a disposición de NVIA un canal de comunicación con el servicio técnico de TME y que se le incoe a este operador el correspondiente procedimiento sancionador conforme a lo previsto en el apartado r) del artículo 53 de la LGTEL por incumplimiento de la Resolución en la que se adoptaron medidas cautelares.

Con fecha 30 de marzo de 2012, la CMT requirió a TME sobre el cumplimiento de las medidas cautelares. El operador remitió un escrito de contestación con fecha 13 de abril de 2012 en el que detalla los números gestionados a través de la plataforma de NVIA a los que ha dado acceso y justifica los motivos por los que no ha abierto su red al resto.

Con fecha 13 de junio de 2012, NVIA remitió un escrito en el que solicita de nuevo la incoación de un expediente sancionador y denuncia el incumplimiento de la Resolución por la que se adopta una medida cautelar ante la falta de apertura por parte de TME de la siguiente numeración: 27472, 37775, 27371, 25666, 27222, 27270, 35522, 37722, 995656, 997200, 997447, 37378, 25251, 37371, 995300, 995498, 995522, 995666, 995683, 995756, 995974, 997371, 997468, 997596, 997820, 25070, 25530, 25860, 25900, 27080, 27271, 27722, 37376, 995800, 27003, 995005, 997123 y 27595.

En el texto de la resolución de 5 de diciembre de 2012 la CMT recoge explícitamente las siguientes consideraciones:

"Incumplimiento de la medida cautelar de 8 de marzo de 2012

.....con fecha 27 de marzo de 2012, NVIA puso en conocimiento de esta Comisión que TME no había cumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 al no haber abierto la totalidad de la numeración prevista en dicha decisión.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicó dicha circunstancia a TME para que aclarase por qué únicamente había abierto 15 números y no había restablecido el acceso al resto de la numeración afectada. TME indicó que sólo había abierto unos pocos números y trató de justificar la falta de apertura del resto.

NVIA planteó que TME debería haber abierto 69 números de servicios SMS Premium, de los cuales TME, según NVIA, había procedido a abrir correctamente 15 de ellos. Del resto, se distinguen las siguientes situaciones:

13 fueron migrados en el momento de la resolución del contrato por TME a otras plataformas. NVIA considera que una vez adoptada la medida cautelar TME los debería haber vuelto a abrir en su red. Sin embargo, el hecho de que cuando se dictó la medida cautelar ya hubieran migrado y por tanto tuvieran un nuevo acuerdo con otro operador, hace que no se pueda considerar un incumplimiento.

2 según TME no estaban activados cuando se produjo la suspensión, NVIA señala que eso no es cierto pero no aporta ningún documento que avale su solicitud de apertura a TME en fecha anterior o facturas anteriores que acrediten su activación. Al no haberse acreditado la apertura en la red de TME con anterioridad a la medida cautelar, no puede considerarse se haya incumplido ésta.

18 pertenecen a los rangos 995ABM y 997ABM y corresponden a servicios para adultos que no eran de suscripción. TME entendió que la suspensión prevista en la medida cautelar alcanzaba a estos números. NVIA argumenta que la medida cautelar específica que "está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 795ABM, 797ABM, 995ABM y 997ABM". Luego toda la numeración que comienza por 79, que la Orden ITC/308/208 atribuye exclusivamente a servicios de tarificación adicional de suscripción, estaba excluida. Sin embargo, no puede predicarse dicho carácter respecto de la numeración que comienza por 99, puesto que son servicios para adultos que pueden soportar o no servicios de suscripción.

Los servicios de suscripción para adultos se definen como aquéllos que se prestarán con numeración comprendida dentro del rango dedicado a adultos (995ABM, 997ABM y 999ABMC) aunque manteniendo los requisitos de los servicios de suscripción y, en particular, el precio máximo de 1,2 € por mensaje recibido. Por lo tanto, este tipo de servicios fueron englobados dentro de la modalidad d) de la Orden ITC/308/2008 en lugar de utilizar los rangos atribuidos a la modalidad de suscripción. NVIA señala que TME conocía cuáles eran los números que daban servicios de suscripción y que 18 de ellos eran sólo de adultos y deberían haber sido abiertos.

La Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares era muy clara con respecto a la numeración que no debía abrirse por TME: los servicios de tarificación adicional de suscripción. Por lo tanto, TME debería haber abierto el acceso a todos aquellos números incluidos los de adultos que no entraban en esa categoría (17 números).

17 habían sido habilitados a NVIA y a DATATALK (4 incluidos en los rangos 995ABM y 997ABM). TME entendió que la medida cautelar excluía la numeración de NVIA. Aunque la redacción de la medida cautelar no es clara sobre si los números de NVIA que no perteneciesen a servicios de suscripción debían o no ser abiertos, se admite que de su literalidad pueda excluirse esos números.

En cuanto a la numeración de DATATALK, TME señala que esta entidad y NVIA pertenecen al mismo grupo empresarial en base a las siguientes consideraciones:

«NVIA GESTION DE DATOS S.L., tiene como órganos de Administración el Consejo de Administración (Presidente: Justino , vocal: Severiano y Consejero Delegado: Severiano), y como socios partícipes, entre otros, a la mercantil "PLANET ARENA S.L. vinculada con Severiano], que coincide como participe en ambas sociedades (Nvia y Datatalk). El Domicilio social hasta marzo 2012 estaba en C/ Castillo de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, y desde Marzo 2012 han cambiado el domicilio social a C/ Alcalá 85, planta 6º de Madrid (coincidente con el de Datatalk). Como Documento 1 se adjuntan los documentos correspondientes del Registro mercantil.

DATATALK Comunicaciones, S.L. tiene como órganos de Administración al Administración Único que es Severiano , y son socios partícipes, entre otros, Nvia que es titular de un 25% de las participaciones y la sociedad Planet Arena S.L, con vinculación de Severiano con dicha sociedad. El domicilio social de la sociedad tenía su domicilio social en c/ Camino de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, pero a partir de Marzo 2012 ha cambiado el domicilio social a C/ Alcalá nº 85, planta 6º de Madrid (se adjuntan documentos del Registro mercantil)».

Asimismo, TME señala que en las relaciones operativas y comerciales con TME, las comunicaciones se hacen indistintamente con la identificación de una u otra mercantil. Además, TME continúa destacando que el número 27222 de DATATALK se suspendió por la SETSI en la Resolución de 25 de octubre de 2011 C:\WINDOWS\system32\Users\MercedesDownloads\ResoluciÃ³n_RO_2012-391_VP . htm.

Aún cuando NVIA y este operador podrían considerarse del mismo grupo empresarial, la Resolución también era clara en su pronunciamiento sobre este extremo. En este sentido y teniendo en cuenta el carácter claramente restrictivo de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, la interpretación debería haber sido ajustada al estricto contenido de la misma sin que cupieran interpretaciones extensivas a otros supuestos no específicamente incluidos como sociedades del grupo empresarial, participadas o con cualquier otro tipo de relación.

Tres- no figuraban como asignados en el Registro de Numeración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. NVIA señala que "se recibieron indicaciones por los titulares de esa numeración para que se activara con anterioridad a la resolución del contrato". Consultado el Registro de Numeración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se comprueba que esos números habían sido cancelados en 2010 y 2011 por lo que TME actuó correctamente.

Cuatro- según TME le fueron comunicados como de NVIA cuando en realidad estaban asignados a otros operadores. NVIA no aporta la Carta de Aceptación ni ningún otro documento que pruebe que no es cierto lo afirmado por TME. Estos números fueron asignados a NVIA en el año 2008 pero posteriormente fueron transmitidos a otros operadores. No se ha recibido ningún documento que acredite la notificación de esta circunstancia a TME por lo que no procede considerar que este operador haya incumplido la medida cautelar respecto de estos cuatro números.

El número 27003 que TME reconoce que no se abrió en plazo por un error sin que indique si se abrió posteriormente, por lo que deberá considerarse como incumplimiento de la medida cautelar.

Además, de los 15 números que TME abrió tres de ellos (25654, 25737 y 25683) estaban cancelados por lo que sorprende que NVIA reclamase su apertura y que TME que, en otros casos sí detectó que la numeración estaba cancelada, no lo hizo en estas tres ocasiones.



La conclusión que se alcanza es que la ahora actora, y obligada a adoptar determinadas medidas no había cumplido la obligación impuesta: TME no ha procedió a la apertura de todos los números previstos en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 ni justificó suficientemente su negativa a abrir algunos de ellos, en concreto diecisiete de adultos que no eran de suscripción, cuatro más asignados a Datatalk Comunicaciones, S.L. y el 27003 de Operalia Corporación Empresarial, S.L.

En consecuencia, ante el presunto incumplimiento de TME de la medida cautelar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012, procede la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en el apartado r) del artículo 53 de la LGTel.

Con este precedente, en la parte dispositiva de la resolución se establece:

"CUARTO.- Estimar la solicitud de Nvia Gestión de Datos, S.L. e iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , y consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L. Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., , Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal.

...

SEXTO.- El indicado procedimiento sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones .

...."

Incoado el expediente, el mismo finalizó con la resolución ahora impugnada.

TERCERO- Al igual que ya hizo en vía administrativa, TME considera que la resolución impugnada es contraria a derecho y alega como fundamento de su pretensión, resumidamente lo siguiente:

- No concurre el elemento objetivo del tipo del art. 53 r) LGT porque TME cumplió esencialmente la obligación establecida por la CMT. En concreto, únicamente no procedió a activar 11 números de 37.
- No concurre el elemento subjetivo de la infracción porque la Administración no ha determinado de forma clara que TME quería incumplir.
- Falta de proporcionalidad de la sanción: no se especifica más que el límite máximo es 20 millones, no se tiene en cuenta que TME no obtuvo ningún beneficio como consecuencia de no activar las 11 líneas. Ni se toma en consideración que el daño causado fue mínimo porque el tráfico liquidable por las numeraciones que no se activaron fue cero.

Por su parte el Abogado del Estado alega que concurre el elemento objetivo de la infracción, analizando las circunstancias concurrentes en relación con cada número afectado; concurre igualmente el elemento subjetivo dado que la recurrente era plenamente conocedora de la importancia del cumplimiento de las medidas cautelares impuestas, y se ha respetado plenamente el principio de proporcionalidad, teniendo la Administración en cuenta las circunstancias previstas por la ley para graduar el importe de la sanción.

CUARTO.- El primer motivo de recurso de TME se centra en la ausencia del elemento objetivo de la infracción: no hubo incumplimiento porque cumplió esencialmente la obligación impuesta. Esta alegación había sido formulada ante la Administración señalando que existían razones para la falta de apertura de determinada numeración, razones que excluyen que su comportamiento sea constitutivo de un incumplimiento.

Del examen del expediente administrativo resulta que en la orden fijando las medidas cautelares la ahora actora quedaba obligada a restablecer el acceso a la numeración de mensajes cortos para servicios de tarificación adicional de la que eran titulares los operadores de comunicaciones electrónicas que prestaban servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes a través de la plataforma de NVIA, excepto los números que soportaban servicios de tarificación adicional de suscripción. Como alega el Abogado del Estado, con la

redacción dada por la CMT podía entenderse incluso que la apertura de la red incluía los números propios de NVIA pero tras una revisión de los números afectados se concretó:

- Inicialmente 97 números gestionados, pero se excluyó la numeración Premium.
- De los 69 números incluidos en la denuncia la CMT identificó cuales eran los números que debían haber sido abiertos y cuáles por distintas circunstancias, o bien fueron abiertos o bien no estaban sujetos a esa obligación.
- Finalmente, se identificaron un total de 37 números SMS Premium que deberían haber sido abiertos por TME.

De estos, 15 números fueron abiertos correctamente en la red de TME y los 22 restantes no lo fueron durante el periodo de vigencia de las medidas cautelares (del 13 de marzo de 2012 al 21 de mayo de 2012).

En conclusión, TME reconoce que no abrió diez números que gestionaba la plataforma de NVIA cuando recibió la notificación de la Resolución de 8 de marzo de 2012, a los que habría que añadir otro más que fue abierto con retraso. Las razones alegadas en vía administrativa y analizadas por la resolución impugnada, no han sido desvirtuadas ante esta Sala: la relación accionarial entre NVIA y Datatalk no puede tener los efectos que pretende TME, pues como señala la Administración NVIA y Datatalk son dos entidades con personalidad jurídica propia que figuran inscritas individualmente en el Registro de Operadores de la CNMC para la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes y con numeración asignada de forma diferenciada. Asimismo, NVIA actúa como plataforma que gestiona numeración de otros, mientras que Datatalk únicamente es prestador de servicios SMS Premium.

La resolución adoptando las medidas cautelares era meridianamente clara, y si albergaba dudas TME debió solicitar aclaración, no incumplirla directamente.

En cuanto a la numeración de servicios para adultos, igualmente ha quedado establecido en el expediente que TME conocía cuando un número del rango 99 es de adultos y cuando de suscripción, y en la Orden adoptando las medidas cautelares se estableció negativamente la obligación de TME; no abrir los servicios de tarificación adicional de suscripción y en sentido contrario, abrir el acceso a todos los demás números, y en todos los demás quedan incluidos los de servicios para adultos.

El hecho de que el incumplimiento sea, como alegó TME "defectuoso" o como señala la Administración, "parcial" no implica la ausencia del elemento objetivo de la infracción: TME cumplió lo que consideró oportuno e incumplió el resto, y no abrió su red a una serie de números pese a que tal obligación le había sido claramente impuesta por el organismo al que la ley encomienda la tutela del interés público.

Este incumplimiento constituye una infracción muy grave recogida en el artículo 53.r) de la LGTel como ha sido correctamente tipificado por la Administración.

QUINTO- El segundo motivo de recurso alegado por TME es que no concurre el elemento subjetivo de la infracción porque la Administración no ha determinado de forma clara la voluntad de incumplimiento de la recurrente.

La resolución impugnada recuerda la jurisprudencia en materia sancionadora en infracciones administrativas recordando la exigencia de que concurra, para que la conducta sea sancionable, el elemento subjetivo de la infracción, con cita no solo de sentencias del Tribunal Constitucional sino igualmente del Tribunal Supremo en la materia. De esta jurisprudencia resulta que las infracciones administrativas son sancionables tanto cuando concurre el elemento intencional, o dolo, como cuando concurre la simple negligencia o culpa.

La resolución impugnada, valora expresamente la concurrencia del elemento subjetivo señalando:

"Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que TME era plenamente consciente de que el incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

...

En cuanto al elemento volitivo, TME era plenamente conocedora de la importancia del cumplimiento de las medidas cautelares impuestas en cuanto que permitía a los otros operadores continuar con la prestación del servicio. TME conocía la existencia de la obligación a la que debía adaptar su conducta y cuyo incumplimiento le podría acarrear consecuencias sancionadoras.

En definitiva, TME tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica. Concorre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de TME, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).



De todo lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable a título doloso por parte de TME en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y de los Hechos Probados que constan en la presente resolución, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción con pleno conocimiento y voluntad."

Frente a estas consideraciones TME se limita a alegar que falta una "determinación clara y diligente de los elementos de prueba en los que apoya la atribución del injusto a la voluntad de mi representada".

La voluntad de TME la dejó clara en todo momento en vía administrativa si bien consideró que concurrían excusas absolutorias como la pertenencia de dos empresas a un grupo empresarial, o el hecho de que alguna de las conductas no fuera sino un retraso, y la Administración detalladamente ha reflejado en su resolución el por qué tales excusas no alcanzan a dejar sin contenido, a los efectos de valorar su conducta, la intención de no cumplir las medidas cautelares impuestas.

SEXTO- . El último motivo de impugnación hace referencia a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

La resolución recoge los criterios que fija la LGTel para calcular el importe de la sanción, y llega a la conclusión de que el importe máximo que podría imponer es de veinte millones de euros.

Si bien no se establece por la ley un importe mínimo, la cuantía de la sanción de multa impuesta es mínima si se compara con el límite máximo. La Sala considera que las razones expuestas por la Administración son relevantes: se trata de una medida cautelar, que tiene un plazo de duración muy breve, lo que hace especialmente importante que se le de cumplimiento, y la adopción de las medidas impuestas no exigía esfuerzo alguno a TME pese a lo cual no las cumplió

Por el conjunto de razones expuestas procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo y la confirmación de la resolución impugnada.

SÉPTIMO-. Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** Y **DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 28 de enero de 2014 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.