



Roj: **SAN 1224/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1224**

Id Cendoj: **28079230082016100169**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **07/04/2016**

Nº de Recurso: **506/2014**

Nº de Resolución: **217/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000506 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05007/2014

Demandante: ORANGE ESPAÑA, S.A.U

Procurador: DON ROBERTO ALONSO VERDÚ

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^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a siete de abril de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **506/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON ROBERTO ALONSO VERDÚ**, en nombre y representación de **ORANGE ESPAÑA**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC) de fecha 3 de julio de 2014, (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.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 6 de octubre de 2014, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 4 de noviembre de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 2 de junio de 2015, 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 8 de octubre de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 11 de noviembre de 2015, 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.

QUINTO.-SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 6 de abril de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre por la entidad "ORANGE ESPAÑA, SAU" resolución de la CNMC de 3 de julio de 2014, en la que se le impuso una sanción de 500.000 euros como responsable de una falta muy grave del artículo 53 r) de la Ley General de Telecomunicaciones; 32/2003, de 3 de noviembre, por haber incumplido la resolución, aprobada por el Consejo de la antigua CMT, de 26 de abril de 2012, sobre modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija).

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en la vulneración de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia; en la vulneración del "non bis in idem"; en la vulneración de la LGT, del Real Decreto 1994/96 y del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto la CNMC se hubiera apartado de forma inmotivada del precedente, con trato distinto a otros operadores en que el regulador hubiera incurrido en arbitrariedad; en que se ha vulnerado el artículo 18 de la LGT, con riesgo para los derechos de los usuarios; y en que, subsidiariamente, la sanción carece de proporcionalidad.

SEGUNDO.- En cuanto, como ha quedado indicado, la sanción cuestionada deriva del incumplimiento de la resolución de la CMT de 26 de abril de 2012 sobre portabilidad fija, resulta imprescindible referir que la Sala, en Sentencia de 8 de junio de 2015 (Recurso 462/2013), ha desestimado recurso contra resolución de la CMT de 25 de julio de 2013 que a su vez desestimó recurso de reposición frente a la de 30 de mayo anterior, que rechazó solicitud sobre la implantación de aquel procedimiento previsto en la resolución de 26 de abril de 2012. El acto administrativo a que se refiere esa Sentencia advertía tanto de la incoación de un expediente sancionador como de la posibilidad de imponer multas coercitivas.

También ha de significarse que en nuestra Sentencia de 11 de marzo de 2016 (Recurso 464/2013) se desestima recurso contra resolución de 30 de julio de 2013, relativo a la imposición de multas coercitivas, entre otros extremos. En todo caso, las resoluciones impugnadas en ese Recurso "son posteriores y traen causa directa de las que fueron impugnadas en el citado Recurso 462/2013" (Fundamento de Derecho Quinto).

En consecuencia, salvo en dos aspectos concretos de la impugnación que ahora abordamos, cuanto se plantea en el presente recurso contencioso-administrativo es tributario, en lo sustancial, de lo que argumentamos en los precedentes.

TERCERO.- Y así, en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de esta Sala y Sección de 11 de marzo de 2016 (Recurso 464/2013), decíamos:

Tal y como hemos reflejado las resoluciones impugnadas en el presente procedimiento son posteriores y traen causa directa de las que fueron impugnadas en el citado recurso 462/2013, hasta el punto de que las ahora impugnadas son sustancialmente reiteración de aquellas. Efectivamente, la resolución de 26 de junio de 2013 ordena el efectivo cumplimiento de la resolución de 26 de abril de 2012, lo que se había efectuado en la resolución de 30 de mayo de 2013.

Por nuestra parte debemos sostener la misma decisión que adoptamos en el recurso 462/2013, de cuya sentencia extraemos lo siguiente:



<<según se extrae de las actuaciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estableció un plazo razonable y suficiente para la implementación de la portabilidad en 24 horas; y lo hizo tras un procedimiento en que se examinó en profundidad la problemática suscitada y en el que intervinieron los operadores interesados, varios de ellos proponiendo plazos de implementación distintos al fijado por el Regulador. Así, por Resolución de 26 de abril de 2012 se fijó el 1 de julio de 2013 como fecha de inicio de la implementación para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, lo que suponía un plazo de 14 meses a contar de la Resolución de 26 de abril de 2012, 17 meses a partir de la apertura del trámite de audiencia y más de dos años desde el inicio del procedimiento.

Es preciso señalar, por otra parte, que la recurrente ya había solicitado con anterioridad ampliar el plazo de implementación, habiendo obtenido oportuna respuesta de la Comisión mediante Resolución de 21 de marzo de 2013, sin que frente a ella opusiera queja alguna. También debe indicarse que la Resolución de 26 de abril de 2012, recurrida por varios operadores, la actora entre ellos, fue confirmada por la de 11 de octubre de 2012. En todas estas resoluciones la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones examinó y analizó la procedencia de ampliar o no el plazo de implementación.

Consta en la Resolución de 30 de mayo de 2013 que no fue sino hasta el 25 de enero del mismo año, esto es, más de ocho meses después de aprobarse la implantación del plazo a fecha 1 de julio de 2013 y cinco meses antes de esta fecha, cuando France Telecom solicitó la ampliación del plazo de implantación alegando dificultades en la implantación de los plazos de portabilidad de forma coordinada. Tras la oportuna información, y debe tenerse en cuenta que la Asociación de Operadores para la Portabilidad alegó que ninguno de sus miembros, excepto la actora, había manifestado un riesgo de implementación en el plazo acordado, el Regulador consideró que no existían razones de peso que aconsejaran ampliar el plazo, retrasando, por tanto, la fecha de implantación.

En este contexto la Resolución de 30 de mayo de 2013 aborda de forma sistemática y con claridad la problemática suscitada por, o en, France Telecom con ocasión de la reducción de portabilidad a 24 horas fijando para su implementación el 1 de julio de 2013, sin que las razones expuestas por el operador contengan términos hábiles que permitan modificar el criterio sustentado por la Comisión, básicamente el retraso de la petición de viabilidad a su suministrador, a pesar de disponer de las especificaciones aprobadas desde el 26 de abril de 2012, cuestión a la que no era óbice, como alega, el hecho de haber interpuesto recurso de reposición interpuesto frente a las especificaciones, puesto que las resoluciones del Regulador son de obligado cumplimiento, máxime cuando en este caso no se solicitó la suspensión de la resolución impugnada, y básicamente también, decimos, porque France Telecom tuvo tiempo más que suficiente para afrontar el cambio, pues según informa la Comisión "según la planificación aportada por Orange en el presente expediente, el conjunto de desarrollos en los sistemas de Orange relacionados con la portabilidad y las correspondientes pruebas tiene una duración aproximada de 10 meses, incluyendo el cambio interno de plataforma de portabilidad", y recordemos que el plazo facilitado por la Comisión fue de 14 meses.

Debe añadirse, por una parte, que la problemática padecida por France Telecom -la complejidad de la adaptación-, núcleo de la queja que plantea, también ha afectado a otros operadores que, sin embargo, se ha atendido al lapso temporal fijado por la Comisión, y por otra, que "debido al retraso en la elección del nuevo sistema de gestión de portabilidad fija, todos los desarrollos relacionados con dicho sistema se han visto retrasados en consecuencia". Como señala la Comisión en respuesta al recurso de reposición, "Las dificultades encontradas por Orange no son un obstáculo materialmente insalvable, sino solo técnicamente insuperable a la vista de su propia planificación".

Por lo demás, el agravio que France Telecom dice padecer en relación con otros operadores, sancionados por retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, no parece encontrar paralelismo con la situación que nos ocupa ya que se trata de supuestos distintos. No se plantea aquí un procedimiento sancionador, como sucediera en otras ocasiones. Ni existe un término válido de comparación, ni hay base para entender quebrantado el principio de confianza legítima, concretado, según palabras del Tribunal Constitucional, "en saber el ciudadano -aquí el operador- a qué atenerse".

La alegación propuesta, por tanto, debe ser desestimada.

.....Alega la actora que las resoluciones impugnadas son nulas de pleno derecho porque incurren en arbitrariedad, proscrita por el artículo 9.3 CE . Señala a estos efectos que la Comisión no ha hecho otra cosa que mantener su criterio inicial -portabilidad implementada a fecha de 1 de julio de 2013- a costa no solo de la opinión de France Telecom, sino también de los competidores representados en la Asociación de Operadores para la Portabilidad. Insiste en que no ha tratado de imponer su voluntad, sino que ha existido imposibilidad manifiesta de atenerse al plazo acordado, y que las dificultades fueron comunicadas al Regulador tan pronto fueron detectadas. Estima, así, arbitraria la posición de la Comisión y remite a determinados pasajes de la



Resolución de 25 de julio de 2013 -Fundamento de Derecho Cuarto, último párrafo-. Básicamente la Sala estima que para acreditar este planteamiento, France Telecom remite al informe de audiencia de la Comisión obrante en el expediente DT 2013/675, que critica, y a las alegaciones evacuadas por la Asociación de Operadores para la Portabilidad, además de a las suyas propias, todo ello puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho de la demanda.

La realidad nos muestra, no obstante, o pesar de, el esfuerzo dialéctico de la actora, que fue ella el único operador que se retrasó en la implementación de la portabilidad en telefonía fija en 24 horas, por causa, ya se ha expuesto, a ella únicamente imputable. De ahí que las manifestaciones, reflexiones, alegaciones y consideraciones puestas de manifiesto por la Asociación de Operadores para la Portabilidad y otros operadores individualmente en el curso del trámite de alegaciones al informe de audiencia, sean de relativo peso, no constituyendo elemento que permita enervar la corrección de la decisión adoptada por el Operador.

Como señala la Abogacía del Estado en el escrito de contestación a la demanda, en referencia a las manifestaciones expuestas por Telefónica de España, discurso que la Sala comparte, el retraso de France Telecom en la puesta en marcha del sistema evidencia la magnitud de la problemática suscitada: "... el incumplimiento de este compromiso por parte de un operador de la magnitud de Orange en el ámbito de la portabilidad supone un importante perjuicio tanto para Telefónica como para el resto de los operadores del sector que impide una toma de decisiones adecuada y conforme a los hitos marcados... el retraso y la incertidumbre creada comporta para Telefónica un incremento de costes como consecuencia de la modificación en el versionado de los sistemas internos, los impactos colaterales en otras implantaciones y en el dimensionado y lanzamiento de productos y servicios así como en otros desarrollos mayoristas".

Dedica la Resolución de la Comisión de 30 de mayo de 2013 un amplio discurso sobre los impactos y escenarios en relación con el mantenimiento de la fecha de implantación sin modificación por parte de Orange, considerado operador "bloqueante", y las consecuentes incidencias en el plan de implementación dada la imposibilidad de mantener una dualidad de programas, es decir, la simultaneidad de procedimientos de portabilidad, actuales y nuevos, toda vez que la totalidad de operadores deben acogerse, caso de adoptarse la decisión, como así ha sido, la portabilidad 24 horas. Para ello el Regulador contempla diversos escenarios con sus respectivos impactos y consecuencias, comerciales y técnicas, en la totalidad de los operadores y en los usuarios -problemas de enrutamiento de llamadas, problemas de doble facturación, problemas en los trasposos entre operadores, incremento de las incidencias, imposibilidad de realizar en los nuevos plazos de las especificaciones las validaciones necesarias, aumento de errores de portabilidad, sobrecarga de la ER, problemas de encaminamiento de llamadas, entre otros-, valorando los costes, perjuicios, alternativas, una eventual "marcha atrás" en la planificación, así como un posible "plan de contingencia", todo ello, claro está, con vistas a evitar perjuicios a los usuarios. No cabe, pues, tildar arbitraria la decisión impugnada cuando por el Regulador se han examinado las alternativas posibles, incluso la de retrasar la programada, bien que a la postre la solución más justa y asequible, o como bien dice la Abogacía del Estado, la "menos mala", atendida la complejidad del cambio y la pluralidad de operadores involucrados, haya sido la de mantener la fecha acordada.

Plantea finalmente France Telecom que las resoluciones impugnadas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 32/2003 por cuanto ponen en riesgo los derechos garantizados a los usuarios. Alega en síntesis que caso de forzar la Comisión la implementación a fecha de 1 de julio de 2013, plazo inasequible para France Telecom, el sistema no sería operativo y provocaría la necesaria marcha atrás del mismo, afectando a todos los operadores y provocando la indisponibilidad de la portabilidad en España durante una semana.

La Sala estima que en lo esencial ya se han expuesto las razones que llevan a rechazar las alegaciones de la recurrente, y a la postre la desestimación del recurso, sin que el planteamiento ahora ofrecido pueda ser acogido pues supone trasladar la problemática que le afecta, a ella únicamente imputable, al Regulador. Son los intereses de la totalidad del sistema, de los operadores y de los usuarios, favoreciendo la competencia en el sector, los que deben salvaguardarse>>.

Razonamientos que velan la apreciación de cualquier menoscabo del principio de culpabilidad (el operador concernido conoce sobradamente en que consiste la obligación en debate y actúa renuente o negligentemente frente a ella), de la existencia de arbitrariedad en la actividad administrativa o de un agravio por el trato dispensado a otros operadores, ascomo, finalmente, una pretendida vulneración de los derechos de los usuarios.

CUARTO.- En lo que al "non bis in idem" invocado respecta, centrado en la pretendida incompatibilidad de la sanción que nos ocupa con las multas coercitivas impuestas, ha de recordarse que la Disposición Adicional Sexta de la LGT establece que para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicten, la Administración General del Estado o la CMT podrán imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros,



en los términos previstos en la Ley 30/1992, añadiendo que serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas.

Es coherente con esa previsión el artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que contempla la posibilidad de imponer multas coercitivas cuando así lo autoricen las leyes, en la forma y cuantía que éstas determinan, integrando así un medio de ejecución forzosa. Su apartado 2 concreta que la multa coercitiva es independiente de las sanciones que pueden imponerse con tal carácter y compatible con ellas. La alegación, pues, no puede prosperar.

QUINTO.- Por último, igual suerte ha de correr cuanto se afirma por la actora sobre una posible conculcación del principio de proporcionalidad. Hemos afirmado en repetidas ocasiones que <<Como indicábamos en nuestras Sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006) y de 7 de diciembre de 2011 (Recurso de Apelación 83/2011), entre otras muchas, el principio de proporcionalidad comporta que cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en términos legales, que exista "una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), garantía de dosimetría punitiva que responda, en palabras de la mejor dogmática, "perfectamente a las exigencias de justicia", con acomodación a los hechos cometidos y sus circunstancias (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1996)>>

Al respecto, el artículo 56 de la LGT, 32/2003, dispone: "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 u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que de 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 esto efectos, se consideran 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 caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,
- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o
- 20 millones de euros".

Por su parte, la resolución combatida en autos razona:

<< 3 *Determinación de la sanción.*

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

- *Como se ha indicado, e/límite máximo de la sanción que puede imponer se es de 20 millones de euros.*
- *Se tiene en cuenta a la hora de graduar la sanción que Orange reforzó su sistema de gestión de la portabilidad para que pudiera soportar las modificaciones de la especificación técnica. Ello, a pesar de que no fue lo suficientemente diligente, ya que se ha comprobado que el SGPF a pesar de dicho refuerzo no era lo bastante robusto para soportar la implantación de los nuevos procesos de portabilidad, lo que pudo prever con suficiente antelación.*
- *A la vista de la actuación negligente de Orange, se considera que la infracción cometida es relevante, ya que ha provocado un retraso de la puesta en funcionamiento de la portabilidad fija a 24 horas, causando perjuicios sobre el derecho de los usuarios a portarse en plazos más reducidos y sobre el resto de operadores del mercado telefónico fijo, que estaban disponibles en la fecha regulada.*

Por ello, se aprecia la concurrencia de un criterio de graduación que agrava la sanción a imponer.

- *Asimismo, se ha estimado la existencia de una circunstancia atenuante de la responsabilidad de Orange, debido a que su conducta infractora no le ha reportado beneficio alguno directo o indirecto.*

En relación con la sanción a imponer Orange alega que, debido a la imposición de multas coercitivas, "ya ha sido sancionada de facto con casi 600.000 €, con lo que cualquier sanción adicional debe sumarse a tal cantidad".

Como bien indica Orange en su escrito de 5 de junio de 2014, el artículo 99 de la LRJPA C establece que «la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas»

En este sentido, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver sentencias 22179&4, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre y 101/1988, de 8 de junio), establece que sobre la autotutela ejecutiva de la Administración no cabe predicar el doble fundamento de legalidad



sancionadora del artículo 25 de la Constitución Española , ya que la imposición de las multas coercitivas no castigan una conducta realizada porque sea antijurídica. Así, los procedimientos de ejecución forzosa tienen otra finalidad, conminar al cumplimiento de lo obligado.

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 56 de la LGTel de 2003, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de quinientos mil euros (600.000 €) por el incumplimiento del Resuelve Segundo de la Resolución de 26 de abril de 2012, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija).>>

En conclusión, la sanción de 500.000 euros no puede ser calificada más que proporcional, dados los límites legales y las circunstancias valoradas por el regulador.

SEXTO.- Se imponen las costas de la "litis" a la parte actora, ex artículo 139.1 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 la entidad " **ORANGE ESPAÑA** " contra la resolución de la CNMC de fecha 3 de julio de 2014 a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la recurrente.

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 .