



Roj: **SAN 2593/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2593**

Id Cendoj: **28079230082016100330**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/06/2016**

Nº de Recurso: **43/2014**

Nº de Resolución: **373/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2593/2016,**
AAAN 388/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000043 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00343/2014

Demandante: FRANCE TELECOM ESPAÑA

Procurador: DON JOSE CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ

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:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **43/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON JOSÉ CARLOS GARCIA RODRÍGUEZ**, en nombre y representación de **FRANCE TELECOM**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de 14 de noviembre de 2013 de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC), (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 21 de enero de 2014, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 5 de marzo de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 9 de julio de 2014, 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 9 de diciembre de 2014, 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 13 de enero 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.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 15 de junio de 2016, 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 14 de noviembre de 2013, en la que se desestimaron recursos de reposición interpuestos por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, SAU" contra liquidaciones de 6 de agosto y 5 de septiembre de 2013, sobre multas coercitivas correspondientes a los meses de julio y agosto de 2013, impuestas en el marco del procedimiento RO 2013/1307 de ejecución forzosa de la resolución DT 2009/1634, de 26 de abril de 2012 (relativa a modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, esto es, la portabilidad fija, incorporando la reducción del plazo efectivo de portabilidad del usuario final a un día laboral).

La "litis" se plantea en términos análogos a los Recursos 44/2014 y 192/2014 del conocimiento de esta Sala y Sección, resueltos en Sentencias de 22 de abril y 18 de mayo de 2016, respectivamente. A ellas nos atenemos.

SEGUNDO.- Con carácter previo la Abogacía del estado plantea que no tiene constancia de la aportación por la recurrente de la acreditación de las facultades para adoptar, válidamente, el acuerdo que muestre la voluntad de entablar la acción -ex artículo 45.2.d) LRJCA.

Consta en las actuaciones, aportada por la recurrente con escrito presentado el 22 de enero de 2015, documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO.- Como decíamos, la cuestión objeto de controversia ha sido resuelta por esta Sala en Sentencia de 22 de abril de 2016, dictada en el recurso 44/2014, con ocasión del recurso contencioso-administrativo formulado frente a la Resolución del Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 13 de diciembre de 2013, por la que se liquida a France Telecom España, SAU, la multa coercitiva correspondiente al mes de octubre de 2013 por el importe de 138.000 euros. Planteándose la demanda en los mismos términos que en el indicado recurso, a lo entonces razonado entonces hemos de remitirnos pues no existen términos hábiles que permitan modificar el criterio sustentado. Dijimos en la referida sentencia, y ahora reiteramos, que

"Como antecedentes de la cuestión que ahora se debate, debemos señalar que se han dictado dos sentencias por esta Sala y Sección, que tienen íntima conexión con las multas coercitivas que ahora nos ocupan. Se trata de los recursos 462 y 464 de 2013, en que se ha dictado sentencia. Se examinaban, en el recurso 462/13, las resoluciones de 30 de mayo y 25 de julio de 2013 en que, entre otros extremos, se apercibía de la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento de anteriores resoluciones de la CMT. Resoluciones que fueron confirmadas por sentencia de 8 de junio de 2015.

"En el recurso 464/13 se examinaban las resoluciones de 26 de junio, 11 de julio y 30 de julio de 2013, acordando, entre otros extremos, apercibir de la imposición de multas coercitivas y abriendo expediente sancionador. Resoluciones confirmadas por nuestra sentencia de 11 de marzo de 2016.



"Por último, señalamos que también se ha dictado sentencia en el recurso 506/2014 de fecha 7 de abril de 2016, relativa a la decisión final del expediente sancionador abierto desestimatoria del mismo.

"Por tanto, las decisiones anteriores de la CMT sobre la portabilidad fija y su fecha de implementación no son objeto de este procedimiento, sino que se ha examinado en los anteriores. También se ha examinado en los anteriores lo relativo al incumplimiento del plazo fijado por el regulador y la culpabilidad de la recurrente en ese incumplimiento. Elementos de los que debemos partir en el presente procedimiento.

"La primera cuestión que se plantea es la relativa al importe diario de la multa impuesta, es decir, que la referida multa se impone por cada día de retraso, día hábil de portabilidad, que en octubre fueron 23 días. Se alega por la actora la aplicabilidad del artículo 99.1 de la Ley 30/92, que se ha infringido por el acto que se impugna.

"Pero ya decíamos -y ahora reiteramos- en la sentencia dictada en el recurso 464/13:

"no se vulnera el artículo 99 de la Ley 30/1992, por el carácter diario de las multas coercitivas con las que se apercibe, pues así lo permite la Disposición Adicional Sexta LGTel, al disponer: `Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicten, la Administración General del Estado o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre... las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas. El importe de las multas coercitivas previstas en esta Disposición se ingresará en el Tesoro Público.

"Por tanto, existe previsión expresa de la imposición de multas coercitivas calculadas por importe diario, por norma especial en relación con la alegación respecto de la Ley 30/1992, lo que conlleva sin necesidad de esfuerzo dialéctico la desestimación de este motivo. De hecho, el artículo 99 citado prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas `cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, siendo un medio de ejecución forzosa de los previstos en el artículo 96 también citado.

"En función de lo ya afirmado, reiteramos que existe previsión legal de la posibilidad de imponer multas coercitivas de carácter diario, por lo que dicha previsión legal especial debe primar frente a la pretendida vulneración del precepto general que se cita.

"También se alega el carácter únicamente sancionador de la multa impuesta, que no pretende superar la conducta obstaculizadora, sino el simple castigo, lo que se afirma que vulnera la Ley 30/1992, artículos 96 y 99. Tesis que no podemos compartir.

"La multa coercitiva está prevista en el artículo 96 de la ley 30/92, como un medio de ejecución forzosa y expresamente prevista en la LGTel, conforme acabamos de reflejar. La parte actora fue apercibida de la imposición de las multas coercitivas para el caso de incumplimiento de la fecha fijada para que estuviera operativa la portabilidad. El incumplimiento de la parte, sólo a ella es achacable y así lo hemos confirmado en las tres sentencias que ya hemos dictado y hemos reflejado anteriormente. Y en el presente caso, debemos entender que la multa coercitiva cumple la finalidad que se pretende, para exhortar a la parte al pronto cumplimiento del plazo fijado. Se constituye, en este caso, como medio idóneo para incentivar la actuación de la recurrente en el sentido de conseguir el más inmediato establecimiento posible de la efectividad de la portabilidad. Y no cabe olvidar -aunque esto no sea lo relevante- que el resto del sector había cumplido el plazo establecido. En definitiva, como afirma la administración demandada, `la única forma de caber primar al recurrente la eficacia sobre otras consideraciones, como pudieran ser de coste, era introduciendo un elemento de coste que dependiera del retraso, que es la esencia de la multa coercitiva, y que demuestra la racionalidad y acierto de la medida adoptada.

"Se alega, en tercer lugar, la vulneración del derecho de defensa, mediante alegaciones ya examinadas en otros recursos, referidas a la culpabilidad de la conducta y buena fe de la actora. Nos remitimos a lo ya afirmado en las sentencias anteriores que hemos citado y conocen las partes, al ser las mismas. Incluso está incorporada a autos la sentencia dictada en el recurso 462/13, a la que nos remitimos en este extremo, así como la sentencia dictada en el recurso 464/13, rebatiéndose en ambas similar alegación.

"Se alega también vulneración del principio de no discriminación, con cita del supuesto de retrasos de Vodafone y Telefónica de España en otro caso examinado por la CMT. Pero dicha alegación tampoco puede tener virtualidad alguna, pues actuadas de conformidad a derecho las competencias del organismo regulador, no cabe pretender su no actuación por dicha inactividad en supuestos que puedan tener cierta similitud. Tal y como alega la administración demanda, no cabe la igualdad en la ilegalidad. Lo que es relevante, desde la vertiente jurídica, es examinar si las multas impuestas son conformes a derecho, y siéndolo como es el caso, no cabe oponer frente a ello que en supuestos similares no se hayan impuesto.



"En cuanto a la pretendida vulneración de principio de proscripción de la arbitrariedad, debemos señalar, como punto de partida, que la administración pretende incentivar el cumplimiento, con el apercibimiento que realiza en resoluciones anteriores, ya examinadas en otros recursos citados. Ya hemos señalado que resulta conforme a derecho la fijación de plazo para que sea implante, de forma efectiva, la portabilidad (sentencias de los recursos 462 y 464) confirmando las decisiones de la CMT en este sentido. También hemos señalado que resulta conforme a derecho la fijación del día concreto (en última instancia el 9 de julio) y los apercibimientos que se han realizado de imposición de multas coercitivas y el carácter diario de las mismas. Difícil resulta, por tanto, que podamos apreciar que la administración haya actuado con arbitrariedad. Lejos de ello, solo podemos reiterar que la actuación administrativa previa a la concreta imposición de la multa del mes de octubre de 2013 es conforme a derecho, se actúa dentro de las competencias del organismo regulador y obedece a la consecución del interés público.

"Resta por examinar la alegada vulneración de principio de proporcionalidad, solicitándose con carácter subsidiario la imposición de multa de 100 euros. Se fijan dos cuantías distintas para adecuar la multa a las propias alegaciones de la empresa. Pues bien, el regulador diferencia dos tramos temporales, en función de las propias alegaciones de la recurrente. El primer tramo -que incluye del 9 de julio hasta el 9 de noviembre- atiende la alegación de la empresa referida a las dificultades en la implantación del sistema, fijándose un importe de 6.000 euros. Para el segundo tramo -a partir del 9 de noviembre- se fija un importe de 10.000 euros, por tratarse de un periodo temporal en que la propia recurrente afirma que debería tener implantado el sistema.

"Hemos afirmado en nuestra sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014, recurso 23/2014, tesis que reiterábamos en la ya citada recaída en el recurso 464/13:

"Como indicábamos en nuestras Sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006) 7 de diciembre de 2011 (Recurso de Apelación 83/2011) y de 12 de Julio de 2013 (Recurso de Apelación 16/13), 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). Pues bien, la resolución administrativa señala los elementos que toma en consideración para calificar de grave el retraso de Orange, como puede extraerse de los folios 6 y 7 de la resolución de 26 de junio de 2013, y concluye:

"Pues bien, a la vista de los impactos que provoca el incumplimiento de la resolución de 26 de abril de 2012 por parte de Orange, sobre el mercado de telefonía y ADSL, el resto de operadores fijos y el derecho de los usuarios a cambiar de operador de conformidad con lo establecido en la normativa sectorial, se estima proporcionado que, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea de 8.000 euros por día natural de la portabilidad (de lunes a viernes) durante los cuatro primeros meses. Si Orange pasado ese tiempo de cuatro meses siguiera sin pasar a producción la cuantía de la multa coercitiva se incrementará hasta los 10.000 euros por día natural de la portabilidad hasta que Orange realice efectivamente el pase a producción las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija. Como hemos reflejado anteriormente la cuantía quedó fijada en 6.000 euros, la cual considera la Sala justificada debidamente y proporcional a los elementos considerados.

"Para finalizar, se alega que se pone en riesgo derechos de los usuarios. Pero esta tesis no puede ser estimada por la Sala. La parte señala que los usuarios se verían afectados en su derecho a la conservación al número de teléfono, pero no desarrolla dicha tesis, que la Sala no considera acreditada en forma alguna. Efectivamente, el retraso en la implantación de la portabilidad no tiene como consecuencia garantizar el derecho al número asignado, ni supone que los usuarios puedan verse afectados negativamente por la decisión del regulador. Muy al contrario, los usuarios se ven beneficiados por la implantación de la portabilidad fija en 24 horas, que es la pretensión del regulador, la cual ha sido retrasada por la recurrente.

Atendidas las razones que anteceden procede desestimar el recurso.

CUARTO.- Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

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 "FRANCE TELECOM ESPAÑA", contra resolución de 14 de noviembre de 2013 de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC), 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ