



Roj: **STS 1835/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1835**

Id Cendoj: **28079130032018100198**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/05/2018**

Nº de Recurso: **1586/2016**

Nº de Resolución: **821/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1051/2016,**
STS 1835/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 821/2018

Fecha de sentencia: 22/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1586/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: DVS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1586/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 821/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 22 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1586/2016 interpuesto por ORANGE ESPAÑA, SAU, representada por el Procurador D. José Carlos García Rodríguez, contra la sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo 464/2013 . Se ha personado en las presentes actuaciones como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de France Telecom España, S.A.U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición dirigido contra la resolución de dicha Comisión de 26 de junio de 2013 en la que se acuerda cumplir la resolución de 26 de abril de 2012 y se apercibe de la imposición de multas coercitivas, fijando los criterios para su ejecución; y contra la resolución de 11 de julio de 2013 por la que se abre procedimiento sancionador.

El recurso contra las referidas resoluciones fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8^a, de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 464/2013), con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- Como antecedentes del caso que aquí ocupa, el fundamento jurídico primero de la sentencia señala los siguientes:

<< (...) La resolución de 26 de abril de 2012, de la que traen causa las aquí recurridas, aprueba la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija), incorporando la reducción del plazo efectivo de portabilidad del usuario final a un día laboral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Directiva 2009/136/CE y el correspondiente artículo 38.2.m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones . El resuelve segundo de dicha resolución, fija como fecha límite para tener efectivamente disponibles las modificaciones en portabilidad fija, el 1 de julio de 2013.

Frente a la anterior resolución se interpusieron recursos de reposición por France Telecom, la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP) y Jazz Telecom en lo referido al plazo de implementación de las modificaciones de la especificación técnica de la portabilidad fija. La desestimación obedecía al hecho de que se habían concedido 14 meses para dicha implementación, que era superior al concedido para la portabilidad móvil.

En enero de 2013, Orange solicitó el retraso de la fecha de implantación de dichas modificaciones, lo que fue denegado por la CMT en resolución de 21 de marzo de 2013.

En abril de 2013, Orange reitera la petición de ampliar el plazo de puesta en marcha de las adaptaciones de la portabilidad fija, señalando que podría estar capacitada para implantar la portabilidad en fecha 9 de noviembre de 2013.

Por resolución de la CMT de 30 de mayo de 2013, se acuerda rechazar la solicitud de Orange y de la AOP, manteniendo la fecha indicada de 1 de julio de 2013 para que esté operativa la portabilidad fija en 24 horas. Además se apercibe a la operadora de la posibilidad de apertura de expediente sancionador y de la imposición de multas coercitivas hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de portabilidad fija a 24 horas.

El 14 de junio de 2013. Orange comunica a la CMT la imposibilidad de cumplir el plazo establecido.

La resolución de 30 de mayo de 2013 que acabamos de citar fue recurrida en reposición y desestimado el recurso por resolución de 25 de julio de 2013. Estas dos resoluciones han sido objeto de recurso contencioso administrativo, seguido ante esta misma Sala y Sección con el número 462/2013, en el que ha recaído sentencia de fecha 8 de junio de 2015 >>.



A estos datos consignados por la Sala de instancia cabe ahora añadir que contra la citada sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (recurso 462/2013) la representación de Orange Espagne, S.A.U. (que trae causa de France Telecom España, S.A.U.) interpuso recurso de casación que fue desestimado por sentencia de esta Sala 391/2018, de 12 de marzo de 2018 (casación 3879/2012).

Por lo demás, el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida vuelve a señalar que las resoluciones impugnadas en el presente procedimiento 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. Así, 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 ello la fundamentación jurídica de la sentencia aquí recurrida es en gran medida reproducción de lo razonada por la propia Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso contencioso-administrativo 462/2013).

Y sobre la base de esa fundamentación, que reitera la del pronunciamiento anterior, la Sala de instancia termina desestimando el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de Orange España, S.A.U., que formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado con fecha 16 de junio de 2016 en el que se formulan ocho motivos de casación, el primero y el quinto de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los seis restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Incongruencia omisiva de la sentencia, con infracción de los artículos 24 de la Constitución, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aduce la recurrente que la sentencia no responde a la alegación hecha en la demanda de que las multas coercitivas acordadas son nulas porque no persiguen superar una conducta obstaculizadora sino castigar un incumplimiento, lo que es contrario a los artículos 96 y 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a la disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones.

2.- Vulneración del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 99 de la misma Ley y la disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones. La sentencia aplica incorrectamente la normativa reguladora de las multas coercitivas, pues, habiéndose justificado la imposibilidad de poner en marcha la portabilidad antes del día 9 de noviembre de 2013, sólo podrían imponerse multas coercitivas a partir de esa fecha, pero no antes.

3.- Vulneración del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 99 de la misma Ley y la disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones, porque se acude al mecanismo de las multas coercitivas para castigar una conducta en la que no se puede apreciar elemento alguno de resistencia obstativa; y, además, a la hora de determinar el importe de las multas no se ha respetado el principio de proporcionalidad (artículo 96 de la Ley 30/1992).

4.- Vulneración del artículo 62 de la Ley 30/1992, por no declararse la nulidad de las resoluciones recurridas a pesar de la evidente indefensión causada, con infracción del artículo 24 de la Constitución. A Orange le era técnica y organizativamente imposible implementar la portabilidad en 24 horas a la fecha de 1 de julio de 2013, de manera que la negativa a prorrogar ese plazo le causa indefensión.

5.- Falta de motivación de la sentencia, con infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber valorado la sentencia más que de forma simplista todas las circunstancias concurrentes que impiden a Orange cumplir lo ordenado en la fecha indicada.

6.- Vulneración del artículo 9.3 en relación con el 24, ambos de la Constitución; y de los artículos 317 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil LEC, por valoración ilógica y arbitraria de la prueba, pues si se hubieran valorado debidamente los datos concurrentes se habría concluido que la actuación de Orange ha sido en todo momento diligente.

7.- Vulneración del artículo 63 en relación con el artículo 54, ambos de la Ley 30/1992, y del art. 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por Real decreto 1994/1996, así como el principio de confianza legítima. En este motivo se alega que ha acreditado en el proceso de instancia el distinto trato dispensado a la recurrente frente a otros operadores a los que en situaciones equivalentes se dio un tratamiento más favorable.

8.- Vulneración del artículo 62.1.a/ de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, toda vez que -según la recurrente- la decisión de no retrasar la implantación de la portabilidad en 24 horas fue arbitraria.



Termina el escrito de la recurrente solicitando que por esta Sala se dicte sentencia en la que se case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con imposición de las costas de la instancia y las del recurso de casación a la Administración demandada.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto por Orange España S.A.U., así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2016 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación de la Administración del Estado mediante escrito presentado el 3 de enero de 2017 en el que expone las razones en las que fundamenta su oposición y termina solicitando la inadmisión o desestimación de los motivos de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 16 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 1586/2016 lo dirige la representación procesal de Orange España, SAU contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 464/2013).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo que interpuso France Telecom España, S.A.U. (de quien trae causa la recurrente en casación Orange España, SAU) contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición dirigido contra la resolución de dicha Comisión de 26 de junio de 2013 en la que se acuerda cumplir la resolución de 26 de abril de 2012 y se apercibe de la imposición de multas coercitivas, fijando los criterios para su ejecución; y contra la resolución de 11 de julio de 2013 por la que se abre procedimiento sancionador.

Procedería que entrásemos ahora a examinar los motivos de casación formulados por Orange España, SAU, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente primero. Pero antes de abordar esa tarea debemos hacer alguna indicación.

SEGUNDO.- Como hemos visto en el antecedente segundo, la sentencia recurrida indica (F.J. 5º) que las resoluciones impugnadas en el proceso que nos ocupa traen causa directa de aquéllas que fueron objeto de impugnación ante la misma Sala de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 462/2013 (resolución de 30 de mayo de 2013 , confirmada en reposición por resolución de 25 de julio de 2013); hasta el punto, señala la sentencia recurrida, de que las controvertidas en este proceso son sustancialmente reiteración de aquellas otras. Así, la resolución de 26 de junio de 2013 ordena el efectivo cumplimiento de la resolución de 26 de abril de 2012, lo mismo que se dispuso en la resolución de 30 de mayo de 2013, confirmada por la de 30 de mayo de 2013.

Por ello, la fundamentación jurídica de la sentencia aquí recurrida es en gran medida reproducción de lo razonado por la Sala de la Audiencia Nacional en su anterior sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso contencioso-administrativo 462/2013).

Y siendo ello así, debe también señalarse que contra la citada sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (recurso 462/2013) la representación de Orange Espagne, S.A.U. interpuso recurso de casación que fue desestimado por nuestra sentencia 391/2018, de 12 de marzo de 2018 (casación 3879/2012). Siendo obligado destacar que las partes recurrente y recurrida en aquel recurso de casación 3879/2015 son las mismas que en este recurso 1586/2016 que ahora examinamos; y que los motivos de casación aducidos entonces son en buena medida coincidentes con los formulados en el presente recurso de casación.

Así las cosas, a continuación habremos de reiterar algunas de las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2018 , o remitirnos a ella sin necesidad de reproducirlas, para no incurrir en reiteraciones, pues las partes personadas sin duda las conocen.

TERCERO.- Nos referiremos en primer lugar a los motivos de casación que se formulan al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa . Como vimos, en el motivo primero se alega que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, afirmando la recurrente que la Sala de instancia no da respuesta a la alegación hecha en la demanda de que las multas coercitivas acordadas son nulas porque no persiguen superar una conducta obstaculizadora sino castigar un incumplimiento, lo que es contrario a



los artículos 96 y 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y a la disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones. Y más adelante, en el motivo de casación quinto, la recurrente alega la falta de motivación de la sentencia aduciendo que la sentencia recurrida no ha valorado más que de forma simplista todas las circunstancias concurrentes que impedían a Orange cumplir lo ordenado en la fecha indicada.

Comenzando por esto último, el alegato de falta de motivación de la sentencia -motivo quinto del presente recurso- coincide en lo sustancial con lo que la representación de Orange Espagne, S.A.U. aducía en el motivo segundo del recurso de casación 3879/2015, al que dimos respuesta en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2018 (F.J. 4º). Sin necesidad de reproducir aquí lo que dijimos entonces, baste recordar ahora lo que indicábamos en el último párrafo de ese fundamento cuarto: << (...) *no puede considerarse que la sentencia incurra en una falta de motivación, pues una cosa es la falta de motivación, inexistente en este caso, y otra bien distinta es su discrepancia con la motivación realizada. A diferencia de la falta de motivación, que impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, la discrepancia se basa en que tales argumentos o razones no le gusten, o incluso que no sean los adecuados o suficientes, a su juicio o criterio, pues ello lo ha de denunciar la amparo de lo previsto en el motivo de casación previsto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , tal y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sentencia de 7 de febrero de 2006 (rec. 3912/2003) y sentencia de 2 de marzo de 2011 (rec. 624/2007) >>.*

Tampoco cabe afirmar que la sentencia haya recurrido en la incongruencia omisiva que le reprocha la recurrente (motivo de casación primero). El fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida se dedica específicamente a examinar el punto de la controversia relativo a la imposición de multas coercitivas. Y si bien es cierto que la Sala de instancia se detiene más a examinar los puntos relativos a la posibilidad de reiteración diaria de las multas coercitivas y a la observancia del principio de proporcionalidad, también señala que las multas coercitivas son un medio de ejecución forzosa de los previstos en el artículo 96 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , reseñando asimismo la Sala de instancia el precepto legal que establece que las multas coercitivas son independientes de las sanciones que puedan imponerse (artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). La respuesta habría sido más completa si la Sala sentenciadora hubiese explicado más detenidamente, haciendo referencia a los hechos y circunstancias del caso, que no se trataba aquí de la imposición de una sanción sino de asegurar el cumplimiento de una resolución. Pero, aun faltando esa explicación más pormenorizada, no cabe afirmar que la sentencia haya incurrido en incongruencia omisiva.

CUARTO.- Entrando ahora a examinar los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , abordaremos de manera conjunta los motivos segundo y tercero, por estar estrechamente relacionados y ser, en buena medida, formulaciones apenas diferenciadas de un mismo argumento de impugnación.

Así, hemos visto que en el motivo segundo se alega la vulneración del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con el artículo 99 de la misma Ley y la disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones, aduciendo la recurrente que la sentencia aplica incorrectamente la normativa reguladora de las multas coercitivas, pues, habiéndose justificado la imposibilidad de poner en marcha la portabilidad antes del día 9 de noviembre de 2013, sólo podrían imponerse multas coercitivas a partir de esa fecha, pero no antes. Y abundando en esa misma línea de razonamiento, en el motivo de casación tercero se alega nuevamente la vulneración de los preceptos citados (artículos 63 y 99 de la Ley 30/1992 y disposición adicional 6ª de la 32/2003, General de Telecomunicaciones), aduciendo aquí la recurrente que se ha acudido al mecanismo de las multas coercitivas para castigar una conducta en la que no se puede apreciar elemento alguno de resistencia obstativa; y que, además, no se han tenido en cuenta el principio de proporcionalidad (artículo 96 de la Ley 30/1992) a la hora de calcular su importe.

Ambos motivos deben ser desestimados pues en ellos el planteamiento de la recurrente parte de unas premisas -que en el proceso quedó justificada la imposibilidad de poner en marcha la portabilidad en el plazo señalado y que se ha acudido al mecanismo de las multas coercitivas para castigar una conducta en la que no se puede apreciar elemento alguno de resistencia obstativa- que no se corresponden con lo establecido en la sentencia y aun la contradicen abiertamente.

Sucede que sentencia recurrida señala, reiterando lo expuesto en una sentencia anterior en la que la Sala de instancia hace suyos los razonamientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que el plazo establecido para la implementación de la portabilidad en 24 horas era razonable y suficiente; que dicho plazo se fijó tras un procedimiento en el que se examinaron en profundidad los problemas que se suscitaban; y, en fin, que la recurrente fue "... 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".

En cuanto a la alegada vulneración el principio de proporcionalidad a la hora de determinar el importe de las multas, el motivo de casación se limita a afirmar que tal principio ha sido vulnerado pero la recurrente no



intenta siquiera desvirtuar las razones que expone la sentencia recurrida (F.Jº 6, dos últimos párrafos). Allí la Sala de instancia, después de hacer unas consideraciones generales sobre la significación de este principio, reproduce y hace suyos los argumentos dados por la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones en su resolución de 26 de junio de 2013, donde se explica que la cuantificación de las multas se ha llevado a cabo atendiendo a los impactos que el incumplimiento de la resolución de 26 de abril de 2012 por parte de Orange provoca sobre el mercado de telefonía y ADSL, así como sobre el resto de operadores fijos y el derecho de los usuarios a cambiar de operador de conformidad con lo establecido en la normativa sectorial. Y nada ha aducido la recurrente para intentar rebatir o desvirtuar tales consideraciones.

QUINTO.- En el motivo cuarto se alega la vulneración del artículo 62 de la Ley 30/1992, por no declararse la nulidad de las resoluciones recurridas a pesar de la evidente indefensión causada, con infracción del artículo 24 de la Constitución. Se afirma en este motivo de casación que a Orange le era técnica y organizativamente imposible implementar la portabilidad en 24 horas a la fecha de 1 de julio de 2013, de manera que la negativa a prorrogar ese plazo le causa indefensión.

El motivo de casación así planteado resulta ser enteramente coincidente, si es que no idéntico, con el que la propia recurrente Orange Espagne, S.A.U. formuló en el recurso de casación 3879/2015, allí como motivo primero, que fue examinado y desestimado en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2018 (F. Jº 5, primera parte). Nos remitimos por ello a las razones que expusimos en aquella ocasión, que las partes sin duda conocen.

SEXTO.- En el motivo de casación sexto la recurrente alega la vulneración del artículo 9.3 en relación con el 24, ambos de la Constitución, y de los artículos 317 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por valoración ilógica y arbitraria de la prueba, pues si se hubieran valorado debidamente los datos concurrentes se habría concluido que la actuación de Orange ha sido en todo momento diligente.

El alegato también fue examinado en nuestra sentencia antes citada de 12 de marzo de 2018 (casación 3879/2012), en cuyo fundamento jurídico quinto dimos respuesta a un motivo de casación (en aquel caso, el motivo tercero) en el que la representación de Orange España SAU argumentaba en idénticos términos. Por ello, para no incurrir en reiteraciones, nos remitimos, para desestimar el motivo de casación, a las razones que expusimos entonces, que aquí damos por reproducidas.

SÉPTIMO.- Quedan por examinar, en fin, los motivos de casación séptimo y octavo.

En el motivo séptimo se alega la vulneración del artículo 63 en relación con el artículo 54, ambos de la Ley 30/1992, y del artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1994/1996, así como el principio de confianza legítima. En este motivo se alega que en el proceso de instancia se ha acreditado el distinto trato dispensado a la recurrente frente a otros operadores a los que en situaciones equivalentes se dió un tratamiento más favorable. Y en el motivo octavo se alega la vulneración del artículo 62.1.a/ de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, toda vez que, según la recurrente, la decisión de no retrasar la implantación de la portabilidad en 24 horas fue arbitraria.

Ambos motivos deben ser desestimados; y ello por las razones que ya expusimos en la sentencia de 12 de marzo de 2018 (casación 3879/2012), a la que tantas referencias llevamos hechas. Así, del mismo F.Jº 5 de la citada sentencia reproducimos ahora el siguiente fragmento:

<< (...) Tampoco se aprecia la existencia de un trato discriminatorio ni la vulneración del principio de confianza legítima, por entender que a otros operadores en el pasado se le había dado un trato más favorable. Pues bien, la sentencia de instancia ya argumentó al respecto que las situaciones invocadas como término de comparación no guardan relación con la situación que nos ocupa, al tratarse de supuestos distintos y así es. Difícilmente puede considerarse que existe un trato discriminatorio ante diferentes situaciones de incumplimiento, pues cada situación requiere una respuesta concreta en atención a las circunstancias concurrentes, máxime cuando en los supuestos invocados los operadores incumplidores fueron sancionados por la Administración, sin que se atisbe un trato discriminatorio ni una identidad de circunstancias que permitan actuar como término adecuado de comparación. La sentencia argumentó que, a diferencia de los precedentes invocados, en este caso no se trata de un procedimiento sancionador y la parte recurrente alega que los supuestos son asimilables porque las resoluciones recurridas aun no siendo sancionadoras tuvieron consecuencias sancionadoras al imponerle multas coercitivas. Pues bien, ni puede asimilarse un procedimiento que evalúa la prórroga de un plazo de implantación con un procedimiento sancionador, ni las resoluciones administrativas impugnadas tienen carácter sancionador.

Tampoco la invocación del principio de confianza legítima puede acogerse, pues no se advierte un compromiso o actuación que indujese a pensar que el comportamiento de la Administración sería distinto en un supuesto de incumplimiento como el analizado. Todo ello sin perjuicio de que este principio no puede invocarse para crear,



mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica.

Y finalmente procede rechazar también el motivo en el que se alega que la Administración actuó de forma arbitraria, pues la CMT mantuvo su criterio inicial respecto de la fecha máxima en la que debería estar implantada la portabilidad fija en 24 horas (el 1 de julio de 2013) en contra de la opinión de Orange y otros competidores sin aportar otras razones que Orange debería cumplir con los actos de la CMT. Y ello porque de la simple lectura de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de mayo de 2013 se explican pormenorizadamente las razones tomadas en consideración para adoptar la solución consistente en rechazar la solicitud de ampliación del plazo, manteniendo la fecha de 1 de julio de 2013 para la implantación de las modificaciones de portabilidad fija, descartando las demás alternativas posibles. Y así lo pone de manifiesto la sentencia impugnada afirmando:

<<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 traspasos 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>>.

Tales consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, incluido el fragmento que se transcribe de la sentencia que se impugnaba en aquel caso, pues, como antes hemos señalado, la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional aquí recurrida reproduce gran parte de la fundamentación de aquel pronunciamiento anterior, incluido ese concreto párrafo.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deben imponerse las costas del presente recurso de casación a la parte recurrente. Ahora bien, como permite el apartado 3 del mismo artículo, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la representación procesal de la parte recurrida al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 1586/2016 interpuesto por ORANGE ESPAÑA, SAU contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 464/2013), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el fundamento noveno.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.