



Roj: **SAN 3313/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3313**

Id Cendoj: **28079230082021100413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **16/07/2021**

Nº de Recurso: **1283/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001283 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08946/2019

Demandante: "Telefónica de España, S.A.U. (Tesau)"

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veintiuno.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **1283/2019**, seguido a instancia de "**Telefónica de España, S.A.U. (Tesau)**", representada por el procurador de los tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en tres millones de euros, e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. "Telefónica de España, S.A.U. (Tesau)", es un operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha.

2. En esa condición y mediante las resoluciones de 24 de febrero de 2016 que actualiza la de 22 de enero de 2009, por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) se redefinió el mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor y se impusieron a Tesau una serie de obligaciones en los procedimientos de revisión de dichos mercados.

3. En concreto, en las citadas resoluciones se impusieron a Telefónica determinadas obligaciones en materia de acceso y no discriminación en relación con los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado, así como en relación con los servicios mayoristas de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local), acceso indirecto (NEBA) y acceso a la infraestructura civil (oferta MARCo).

4. En concreto, en el Anexo 2 de las resoluciones citadas, se impuso a Tesau la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado. También obliga a Tesau a implantar en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas o filiales participadas, en las mismas condiciones y plazos.

Finalmente, en el mismo Anexo 2 se establecen las mismas obligaciones de acceso y no discriminación en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local).

5. En el Anexo 3 de la misma resolución se establece que Tesau debe facilitar el acceso a los recursos relacionados con el acceso a infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacan los servicios de ubicación en centrales.

Así, Tesau no podrá por otra parte discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

Los anexos 4 y 7 se vinculan a la facilitación de acceso a la fibra óptica.

6. En este sentido, la resolución de 24 de febrero de 2016 acuerda en su resuelve quinto lo siguiente:

"Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones contenidas en los Anexos de 2 a 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado; el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica y en el anexo 7 en relación con la prestación con carácter transitoria del servicio NEBA-fibra".

7. Por otra parte, la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015, regula determinados aspectos de las obligaciones ex ante de acceso y no discriminación.

8 Así, en la sección 2 de la OBA:

-Se describe el servicio de ubicación, como: "aquél por el que Telefónica de España, en los edificios donde se albergan elementos de red en los que facilita el acceso desagregado al bucle de abonado, o en parcelas o inmuebles contiguos de su propiedad, provee las condiciones necesarias para la instalación de los equipos de los operadores autorizados y la conexión entre redes".

-Se especifica que, cuando Telefónica disponga de espacio vacante (entendiendo por vacante aquel que no necesite para sus propios servicios) para cubrir la demanda, habrá de emplear todo el espacio que sea necesario para atender las solicitudes de ubicación de los operadores. Cuando el espacio vacante esté agotado y no pueda cubrirse la demanda de espacio para ubicación de los operadores, Tesau deberá acometer obras de recuperación de espacio vacante adicional (o proceder a la reasignación de espacios).

-El proyecto específico y las obras de liberación de los nuevos espacios deberán realizarse a la mayor brevedad posible una vez conocida la demanda conjunta de superficie útil, quedando las solicitudes de ubicación de los operadores en espera hasta la recuperación de espacios.



-Cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación, Tesau deberá notificar a la Comisión de forma fehaciente esta situación para que pueda ser inspeccionada; dicha situación de falta de espacio afectará igualmente a Tesau en base a la aplicación del principio de no-discriminación.

9. En el apartado 7 de la OBA se impone a Tesau un sistema común de información de planificación y seguimiento, para cumplir con sus obligaciones de transparencia y no discriminación en cuanto a la provisión de servicios OBA (sistema denominado Sicoba).

10. Para que pueda comprobarse el tratamiento no discriminatorio de solicitudes de los servicios OBA y de las actividades equivalentes internas de Tesau, que suministrará información detallada y desglosada sobre la situación de ambos tipos de peticiones en cada central.

11. Así, los servicios de coubicación se pueden equiparar a las actuaciones que Telefónica lleva a cabo en las centrales que requieren ocupación de espacios.

12. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) investigó una serie de centrales cabecera que habían sido declaradas por Telefónica de España, S.A.U., (Telefónica) como inviables.

13. La CNMC comprobó que dichas centrales cabecera, posteriormente a su declaración de inviabilidad, podrían estar siendo acondicionadas por Telefónica para el despliegue de su propia red de acceso de fibra óptica (FTTH), por ejemplo, a través de la instalación de nuevos equipos ópticos, por lo que acordó el inicio de un expediente sancionador.

14. En concreto, la CNMC considera que Tesau ha modificado unilateralmente el estado de las centrales previamente declaradas por ella como inviables y comunicadas a la CNMC al realizar una recuperación de espacios para su uso propio (equiparado a la coubicación) sin que, como está previsto en la OBA, haya procedido a informar de ello previamente a la CNMC y a los operadores alternativos por los procedimientos previstos con carácter previo al despliegue de su red de fibra óptica, prescindiendo de los procedimientos contemplados en la oferta OBA (y en particular, en Sicoba).

15. La CNMC pone de manifiesto los siguientes datos:

-La conducta de Tesau descrita se habría desarrollado en 97 centrales cabecera de un total de 136 investigadas.

-Tesau declaró como inviables en todo el territorio nacional 1.583 emplazamientos a septiembre de 2018 sobre un total de aproximadamente 6.900 centrales, que en el futuro sí podrían ser utilizados exclusivamente por Telefónica si se reitera la conducta descrita.

16. La CNMC concluye afirmado que en las 97 centrales cabecera reseñadas, Tesau llevó a cabo el despliegue de su red de fibra óptica e instaló el equipamiento necesario a tal efecto, a pesar de la aducida situación de inviabilidad de las centrales.

Tesau obvia que la declaración de inviabilidad las había convertido en ubicaciones no aptas para el tendido de red por parte de ningún operador de comunicaciones electrónicas, incluida la propia Telefónica, en virtud de las obligaciones regulatorias de acceso y no discriminación impuestas.

De acuerdo con la oferta OBA, la declaración de inviabilidad de una central de Tesau debería ser un acontecimiento excepcional ("cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación"), por lo que sus consecuencias ("situación de falta de espacio") habrían de extenderse a la propia Telefónica, sobre la base de la aplicación de las obligaciones de transparencia y no discriminación.

17. Mediante la resolución de 25 de abril de 2019 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC se acordó lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor, y de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, así como la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (oferta OBA), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2015.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, una sanción por importe de tres millones de euros (3.000.000 €) por la anterior conducta."

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Ausencia de antijuridicidad en la conducta de Tesau:

-La resolución impugnada realiza una interpretación extensiva de las obligaciones que impone la OBA y las resoluciones que cita.

-La conducta desarrollada por Tesau es totalmente legítima y consiste en sustituir, dentro de su huella y sin utilizar espacio adicional, los equipamientos de cobre por otros de fibra óptica y así facilitar la migración hacia su red de fibra.

-La OBA no obliga a Telefónica a retirar equipos que se encuentran en uso, ni la obliga, en caso de que decida acometer un proceso de renovación tecnológica, a poner a disposición de los operadores alternativos de manera preferente el espacio que, dentro de la propia huella de Tesau, vayan a ocupar los equipos de fibra.

-La OBA no expresa que la declaración de inviabilidad tenga que ser algo excepcional, sino que ésta se producirá cuando en una central el espacio vacante esté agotado (aquel espacio que Tesau no necesita para sus servicios) y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales (no lo hay porque el equipamiento de cobre sustituido por fibra estaba en uso).

-En ningún momento Tesau modificó unilateralmente el estado de las centrales previamente declaradas como inviables, pues solo se declararon inviables las centrales en las que el espacio vacante estaba agotado y era físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales.

-Recuerda que cuando un operador realiza una solicitud de coubicación en Sicoba se le asigna un espacio determinado en la central para instalar sus equipos y ese espacio es lo que se denomina huella.

-La petición de asignación de un espacio adicional a la huella que ya tiene asignada por cualquier operador, se hace mediante la correspondiente solicitud a través de Sicoba para respetar el principio de no discriminación, pero éste no es el caso, por lo que se dice a continuación.

-Considera esencial el hecho de que Tesau ha realizado la innovación técnica referida dentro de su propia huella, en la que cada operador puede llevar a cabo las acciones que considere oportunas y necesarias en función de su estrategia empresarial.

-De esta manera, en ningún momento se privó a los operadores alternativos de la posibilidad de hacer uso de los posibles espacios recuperados en las centrales en condiciones de igualdad, porque no hubo recuperación de espacios alguna.

-No existe en la regulación obligación alguna para Tesau de poner a disposición de los operadores ese espacio que, dentro de su propia huella, dejan los equipos de cobre en uso que se retiran y que va a ser ocupado a continuación por los equipos de fibra. La propia CNMC reconoce el derecho de Tesau a llevar a cabo un proceso de migración hacia su red de fibra

-En caso contrario, se le estaría impidiendo la modernización de su red y discriminando respecto del resto de operadores y estaríamos en presencia de una regulación expropiatoria, pues Tesau no podría disponer de sus propios activos.

-Tampoco tiene Tesau la obligación de que sus equipos alojados dentro de su huella estén ocupados a un determinado porcentaje, por lo que carece de sentido la afirmación de la demandada, según la cual, "si Telefónica efectivamente ha utilizado -como aduce- la misma huella para llevar a cabo su proceso de renovación tecnológica, esto implicaría que el espacio que tenía asignado estaba infrautilizado, aspecto especialmente grave en centrales declaradas como inviables".

-Insiste en que, en virtud de lo dispuesto en la OBA, la recuperación de espacios hace referencia al desmontaje de equipos fuera de servicio, pero no al de equipos que estaban en funcionamiento como ocurre en este caso.

-El servicio de ubicación se ha venido prestando con absoluta normalidad y no ha habido afectación a la competencia efectiva y prueba de ello es que, como se reconoce en la resolución impugnada, no se han producido denuncias de operadores alternativos, a pesar de que son muy numerosas las visitas que realiza su personal a las centrales objeto del presente procedimiento, sin que tampoco se hayan denunciado perjuicios para el desarrollo de los servicios de banda ancha afectados.

-Invoca el derecho a la presunción de inocencia pues no puede existir sanción sin una prueba incriminatoria clara e indubitada, lo que no se ha aportado en este caso. Cita el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

-Destaca que la Administración no ha inspeccionado las centrales objeto del procedimiento sancionador, a pesar de que tiene la facultad de hacerlo tras su declaración de inviabilidad.

2. Ausencia de tipicidad en la conducta de Tesau: Artículo 25 CE y 27 Ley 40/2015 .

-La CNMC considera que Tesau ha cometido una infracción del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), que define como muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa, remitiéndose el tipo infractor aplicado a la Resolución de los mercados 4 y 5, Resolución de los mercados 3 y 4 y la OBA.

-Tesau critica la falta de concreción de los incumplimientos que se le imputan y el carácter extensivo de la interpretación de las normas aplicadas por la CNMC.

-Niega que la conducta de Tesau suponga un incumplimiento íntegro de las resoluciones citadas en la resolución, pues, en todo caso, lo serían de determinadas obligaciones contenidas en las mismas y en determinados casos puntuales, como contempla el artículo 77.27 LGTel, que tipifica como infracción grave el incumplimiento defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa (Invoca jurisprudencia al respecto).

3. Ausencia de culpabilidad en la conducta de Tesau: Artículo 28 Ley 39/2015 ,

-La resolución impugnada es contradictoria:

Por un lado, imputa a Tesau a título de culpa por no haber actuado con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación que le habían sido impuestas en las resoluciones infringidas y, por otro, califica la infracción como continuada cuya ejecución implica un plan preconcebido, necesariamente doloso.

-Tesau ha visto vulnerada su confianza depositada en el actuar de la CNMC, ya que lleva desde 2012 declarando centrales como inviables y llevando a cabo su proceso de renovación tecnológica, con pleno conocimiento del regulador y éste nunca le ha reprochado nada.

4. Inexistencia de infracción continuada:

-La CNMC sostiene que la conducta de Tesau ha sido culposa, razón por la que no es posible la calificación de infracción continuada.

-Cita el artículo 29.6 de la Ley 39/2015 que exige para tal calificación la concurrencia de una pluralidad de acciones con la existencia de un plan preconcebido destinado a infringir el mismo precepto, lo que no ocurre en este caso, dado que la CNMC ha imputado a Tesau la conducta a título de negligencia.

5. Falta de proporcionalidad de la sanción. Artículo 29.3 Ley 39/2015 .

-La jurisprudencia requiere una motivación específica de la resolución sancionadora, que permita justificar por qué se impone una concreta sanción y no otra menos gravosa también incluida dentro del abanico legal de posibles sanciones.

-Invoca el principio de intervención mínima, según el cual a la hora de sancionar la conducta de Tesau, el incumplimiento que se le imputa tiene que ser de una entidad tal que haga imprescindible la respuesta sancionadora (artículo 4.1 de la LRJSP).

-Invoca también el derecho a la libertad de empresa (38 CE), vulnerado por la intervención de la Administración, que restringe la libertad de Tesau para realizar cualquiera de las actividades propias de un empresario en relación con su empresa, como es la renovación tecnológica.

-La Administración está obligada a elegir los medios menos restrictivos a la libertad, los que resultan menos lesivos a los derechos de los administrados, así como a no imponer carga, obligación o prestación que resulte más gravosa que lo que sea necesaria para cumplir con las exigencias del interés público.

-Además, en la graduación de la sanción, según lo dispuesto en el artículo 80.1 de la LGTel, se tendrá en cuenta el daño causado (ninguno en este caso) y, en virtud del artículo 29.3 de la LRJSP, a la hora de graduar la sanción se tendrá en cuenta el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad (inexistente en el presente caso), así como la naturaleza de los perjuicios causados (que no ha habido, como así reconoce la CNMC, siendo, además, el número de centrales objeto del procedimiento sancionador absolutamente residual: 0,82% de la huella total de fibra de Tesau).



-La conducta objeto de análisis se ha desarrollado, según la CNMC, en solo 97 centrales cabecera de un total de 1.450 centrales cabecera empleadas por Tesau (previsión hasta septiembre de 2018), subrayando que el despliegue de fibra en centrales declaradas previamente como inviables, solo puede tener lugar en centrales cabecera, por lo que es irrelevante el argumento de la Abogacía del Estado en el sentido de que Tesau disponía de 1.583 emplazamientos que había calificado de inviables en todo el territorio nacional, sobre un total de aproximadamente 6.900 centrales.

-Los operadores alternativos se han beneficiado, también, de ayudas públicas.

-Para el periodo 2013-2017, fueron 86 los operadores que se beneficiaron de ayudas públicas para el despliegue de redes de nueva generación (NGA), lo cual evidencia que Tesau no ha contado con ventaja alguna en relación con los operadores alternativos.

-Considerar, como sostiene la Abogacía del Estado, que los demás operadores no han podido optar a las ayudas públicas en los mismos términos que Tesau, porque 2 centrales de las 480 afectadas por el programa Pebang eran inviables, no es razonable ya que éstas forman parte del grupo de 97 centrales cabecera inviables objeto del presente procedimiento sancionador.

-Los operadores alternativos en absoluto se han visto imposibilitados para concurrir a los concursos convocados a partir de emplazamientos físicos que, según palabras textuales de la demandada, "resultaban inviables para todos los operadores excepto Telefónica".

-La CNMC ha sido incapaz de fijar, ni siquiera de manera indiciaria, cuáles han sido los beneficios que dicha conducta ha reportado a Tesau y, sin embargo, aplica el criterio más perjudicial para sus intereses, sin más valoraciones. No hace el esfuerzo de calcularlo ni apenas motiva por qué considera que dicho beneficio no puede ser calculado.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 7 de julio de 2021 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de 25 de abril de 2019 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por la que se impone a "Telefónica de España, S.A.U. (Tesau), una multa de tres millones de euros como autora de una infracción muy grave prevista en el artículo de la Ley 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones al haber infringido sus obligaciones de acceso a la fibra óptica de los otros competidores, no discriminación y transparencia.

El reproche merecedor de la sanción que efectúa la CNMC, no cuestiona el derecho de Tesau a renovar su red de telecomunicaciones para desarrollar la migración de sus abonados a la fibra óptica, sino el haberlo hecho sin respetar los procedimientos establecidos al efecto en la normativa regulatoria reseñada en los antecedentes de esta sentencia y en su F.J. Tercero.

SEGUNDO: La primera cuestión que debe analizarse de entre las distintas que plantea la recurrente es la relativa a la falta de tipicidad en la conducta de Tesau y la eventual infracción de los artículos 25 CE y 27 Ley 40/2015.

El tipo sancionador aplicado, artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones de la Ley es indudablemente un tipo abierto pues tipifica como infracción muy grave "El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

La STC 14/2021 FJ nos recuerda que una muy consolidada jurisprudencia constitucional ha establecido en relación con el principio de legalidad lo siguiente:

1. Dicho principio se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la



Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 CE.

2. Este derecho implica, al menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

3. La garantía constitucional de *lex certa*, que es la que se cuestiona en este caso, se manifiesta tanto en un ámbito normativo, que se refiere a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito sancionador, como en el ámbito aplicativo, que se vincula a la aplicación irrazonable de dicha norma.

4. En relación con la vertiente normativa del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) aplicado a la actividad legislativa, nuestra jurisprudencia constitucional ha destacado a su vez, que el mismo se articula a través de una doble garantía: la formal hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras y la material, que implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica.

5. En el derecho administrativo sancionador se admite la posibilidad de completar los tipos sancionadores con normas de rango inferior.

Admitiendo en este caso que el tipo sancionador se integre con resoluciones firmes en vía administrativa, la cuestión se centra en primer lugar precisar el contenido exacto de la prohibición impuesta a Tesau en su condición de operador con poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha y en segundo lugar determinar si la conducta desarrollada por Tesau encaja en dicho ámbito prohibido, lo que pasamos a analizar a continuación.

TERCERO: Las prohibiciones impuestas a Tesau se establecieron en un doble ámbito:

I. Regulación ex ante.

Por una parte, encontramos la regulación de los mercados *ex ante* en la que, como ya se ha explicitado en los antecedentes de esta resolución, se dictaron dos resoluciones de la Comisión de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por las que Tesau está obligada a facilitar el acceso a su infraestructura (en este caso, sus centrales) en condiciones no discriminatorias respecto de sus propios servicios minoristas, asimismo, está obligada a suministrar a terceros, información equivalente a la que se proporciona a sí misma o a sus empresas o filiales participadas, en las mismas condiciones y plazos.

La primera, de fecha 24 de febrero de 2016 en la que la CNMC adoptó la resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor.

La segunda de 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

El Anexo 2 de la resolución de 24 de febrero de 2016 (al igual que anteriormente la resolución de 22 de enero de 2009), precisó lo siguiente:

1. Tesau debe atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de cobre de abonado.
2. Tesau debe implantar en su red de acceso los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado al bucle de abonado, suministrando a terceros recursos e información equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas o filiales participadas, en las mismas condiciones y plazos.
3. La mencionada resolución establece las mismas obligaciones de acceso y no discriminación en relación con la provisión del servicio mayorista de acceso virtual al bucle de fibra óptica (NEBA local).

De forma complementaria, el Anexo 3 de la misma resolución establece que:

1. Tesau debe facilitar el acceso a los recursos relacionados con el acceso a infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacan los servicios de ubicación en centrales.
2. Tesau no podrá discriminar entre terceros o respecto de sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

II. La Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta para completar este bloque se prohibiciones, la resolución de la CNMC sobre la consolidación de resoluciones adoptadas y la introducción de determinadas mejoras en la redacción del texto de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA (OFE/DTSA/448/14), cuya última modificación se produjo el 29 de enero de 2015.

La sección segunda de la OBA impone a Tesau las siguientes obligaciones respecto de la cesión de espacios para garantizar el servicio de ubicación de los competidores:

1. Si Tesau dispone de espacio vacante (aquel que no necesite para sus propios servicios) para cubrir la demanda, empleará todo el espacio necesario para atender las solicitudes de coubicación de los operadores.
2. Si el espacio vacante está agotado y no puede cubrirse la demanda de los operadores, Tesau acometerá obras de recuperación de espacio vacante adicional (o proceder a la reasignación de espacios).
3. Las obras de liberación de los nuevos espacios deberán realizarse a la mayor brevedad posible una vez conocida la demanda conjunta de superficie útil, quedando las solicitudes de coubicación de los operadores en espera hasta la recuperación de espacios.
4. Cuando el espacio vacante esté agotado y sea físicamente imposible recuperar espacios vacantes adicionales para los operadores solicitantes de coubicación, Tesau deberá notificar a la CNMC de forma fehaciente esta situación para que pueda ser inspeccionada. Dicha situación de falta de espacio afectará igualmente a Tesau en base a la aplicación del principio de no-discriminación.

Por otra parte, el apartado 7 de la OBA establece el sistema común de información de planificación y seguimiento, que denomina Sicoba.

Como principio general, señala que Tesau mostrará en la herramienta web correspondiente los datos especificados relativos a las solicitudes de los operadores y a las actuaciones equivalentes que Telefónica realice en cada central para sus servicios. Además, precisa que la información de planificación a suministrar debe ser equivalente a la que se requiera al resto de operadores que soliciten servicios OBA y la de seguimiento debe ser suficiente para que pueda comprobarse el tratamiento no discriminatorio.

Para que pueda comprobarse el tratamiento no discriminatorio de solicitudes de los servicios OBA y de las actividades equivalentes internas de Tesau, se le impone la obligación de suministrar información detallada sobre la situación de peticiones de previsión y de planificación de demanda en cada central.

La información de estimaciones de demanda comunicada por todos los agentes y la información de seguimiento (excepto la correspondiente a prolongación de par), se facilitarán mensualmente a todos los operadores autorizados de forma agregada por central (la suma total correspondiente a todos los operadores, incluida Tesau).

De esta información se detallará de forma desglosada la correspondiente a Tesau en una determinada central, para los operadores que estén presentes en dicha central o hayan remitido su información de planificación de demanda relativa a ésta.

Además, todas las informaciones citadas se remitirán mensualmente a la CNMC.

La información a suministrar y que luego se mostrará en el sistema es la siguiente:

Las fases de comunicación de información sobre estimaciones de demanda futura (previsión y planificación) no son requisitos de obligado cumplimiento, en el sentido de que cualquier operador podrá renunciar a comunicar la información de estimaciones de demanda (previsión de demanda y planificación de demanda).

No obstante, toda petición de un determinado servicio en un determinado ciclo de planificación de un operador que no haya remitido la planificación de demanda correspondiente se considerará que constituye demanda no planificada.

Se mantendrá el registro histórico de al menos 18 meses de toda la información de estimación de demanda y seguimiento remitida por todos los agentes.

La información de estimaciones de demanda comunicada por todos los agentes y la información de seguimiento (excepto la correspondiente a prolongación de par) se facilitarán mensualmente a todos los operadores autorizados de forma agregada por central (la suma total correspondiente a todos los operadores, incluida Telefónica).

De esta información se detallará de forma desglosada la correspondiente a Tesau en una determinada central, para los operadores que estén presentes en dicha central o hayan remitido su información de planificación de demanda relativa a ésta.

CUARTO: La conducta desarrollada por Tesau, operador con poder significativo en el mercado de banda ancha, consistió en lo siguiente sin que exista discrepancia de las partes a este respecto:

1. Desde el año 2012 vino comunicando a la CNMC que, ante el agotamiento del espacio vacante de determinadas centrales de cabecera, procedía a su declaración de inviabilidad, sin que la CNMC ejerciera su derecho de inspección sobre las mismas.

2. Sin realizar ninguna otra comunicación posterior, ni a la CNMC ni a los demás operadores por el sistema Sicoba, Tesau procedió a sustituir, dentro de su huella, los equipamientos de cobre existentes por otros de fibra óptica y así facilitar la migración hacia su red de fibra. La CNMC concluye que en 97 centrales hasta 2018 se produjo dicho hecho, aunque precisa que Telefónica hasta esa fecha había declarado inviables 1.583 centrales de todo tipo.

QUINTO: La cuestión que debe resolverse es pues de pura valoración de la prueba y normativa aplicada, sin olvidar que nos encontramos ante normas de carácter sancionador que deben regular con detalle y precisión las conductas objeto de represión y que, además, deben interpretarse de forma restrictiva.

En primer lugar, debe destacarse que el sistema de coubicación se estableció a satisfacción de todos los operadores implicados, sin que la CNMC realizara objeción de tipo alguno, lo cual es extensivo a la declaración de inviabilidad de las centrales.

Es también importante destacar que ninguno de los operadores distintos de Tesau se personó, ni el procedimiento administrativo, ni ante este Tribunal, lo que pone de manifiesto que no han considerado que sus derechos fueron lesionados por la conducta de Tesau.

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión que debe valorarse no se refiere a la probidad del comportamiento de Tesau o al respecto de los principios que acordes con el espíritu de determinada normativa o que de manera implícita puedan deducirse de la misma, sino, de una conducta que de manera muy precisa se estima ilegal, ya que estamos en materia de derecho sancionador.

Lo verdaderamente relevante pues, es si la conducta descrita puede subsumirse o no en el tipo sancionador, para lo que resulta determinante saber si Tesau realizó la sustitución de su equipamiento de cobre por otro de fibra óptica recuperando o no, un espacio adicional en la central declarada inviable.

De esta manera, el cumplimiento de las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación que la resolución impugnada considera el soporte legal esencial para la imposición de la sanción, operan solo en el supuesto de que se ofrezca una respuesta afirmativa a esa cuestión previa.

La OBA explícita, tal y como señala la resolución impugnada (hecho probado, previo, 2), que se entenderá por espacios recuperados "los espacios vacantes adicionales liberados por Telefónica resultantes *tras la realización de obras para la optimización del espacio actualmente ocupado, la habilitación parcial o total de áreas de sus dependencias destinadas previamente a otros usos distintos del alojamiento de equipos y sus equipamientos auxiliares y de personal, o el desmontaje de equipos y otros equipamientos ya puestos fuera de servicio; todo ello previamente a la propia habilitación del recinto de coubicación en las condiciones OBA*".

La CNMC no ha acreditado y a ella le incumbe la carga de la prueba para imponer una sanción, que Tesau haya recuperado un espacio adicional en alguna de las tres formas que acabamos de exponer, que son los que se indican en la OBA. En definitiva, la CNMC no ha acreditado la existencia de un espacio libre, ocupado ilegítimamente por Tesau al margen del cumplimiento de sus obligaciones.

Tesau afirma que el proceso de renovación de referencia lo ha hecho, sin proceder al desmontaje de equipos fuera de servicio, dentro de su propia huella inicial, es decir, dentro del espacio que le había sido asignado en exclusiva. Este hecho, que es fundamental, no ha sido desvirtuado, lo que la CNMC hubiera podido hacer mediante una visita de inspección o si se hubieran presentado pruebas a este respecto por los otros operadores.

En estas circunstancias falta el presupuesto fáctico sobre el que operan las obligaciones de acceso, transparencia y no discriminación que la CNMC estima infringidas por no haber hecho Tesau la correspondiente notificación en el sistema Sicoba de su renovación tecnológica.

Ninguna duda cabe de que dichas obligaciones deben ser cumplidas por Tesau, tanto para garantizar el acceso de competidores a su red de cobre como a la fibra óptica como para evitar su discriminación, pero siempre que previamente se haya recuperado un espacio adicional en los términos expuestos.



En estas circunstancias debemos concluir con Tesau que la resolución impugnada realiza una interpretación extensiva de las obligaciones que impone la OBA y las resoluciones que cita, pues la OBA no obliga a Telefónica a retirar equipos que se encuentran en uso, ni la obliga, en caso de que decida acometer un proceso de renovación tecnológica, a poner a disposición de los operadores alternativos de manera preferente, el espacio que, dentro de su propia huella, vayan a ocupar los equipos de fibra.

Al actuar de esta manera, en ningún momento Tesau privó a los operadores alternativos de la posibilidad de hacer uso de los posibles espacios recuperados en las centrales en condiciones de igualdad, porque no hubo recuperación de espacios alguna.

Por otra parte, si la conducta de Tesau supone un incumplimiento de otras obligaciones puntuales, ello constituye de una cuestión ajena a este procedimiento, ya que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de la concreta actuación de la Administración y no puede imponer sanciones, sino únicamente realizar un control de legalidad sobre la concreta actuación impugnada.

En atención a lo expuesto procede estimar el presente recurso sin que sea necesario examinar el resto de alegaciones formuladas.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, parte vencida en este proceso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Administración demandada. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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