



Roj: **SAN 1707/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1707**

Id Cendoj: **28079230082019100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/04/2019**

Nº de Recurso: **54/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000054 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00663/2017

Demandante: Telefónica de España, SAU

Procurador: D^a. GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a doce de abril de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **54/2017** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15 de diciembre de 2016, por la que se resuelve procedimiento sancionador incoado a la recurrente, por incumplimiento de la OBA en materia de averías.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el acto impugnado revocando la sanción impuesta, subsidiariamente se califique la infracción como leve, o se declare la falta de proporcionalidad de la sanción, con imposición de costas a la Administración.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente. Plantea con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso, al amparo del artículo 45.2.d) LRJCA .

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 20 de marzo de 2019, finalizándose la misma en sesión de 10 de abril de 2019.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es de 5.000.000 euros.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO** , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de enero de 2009, se dictó resolución por la CNMC, en la que se aprobó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), relativa a los Mercados 4 y 5, de acceso directo e indirecto de banda ancha. En dichos mercados, TESAU se califica de operador PSM, imponiéndosele una serie de obligaciones. Las obligaciones que se imponen se mantienen en la posterior resolución de 24 de febrero de 2016, relativa a los mercados 3a, 3b y 4, debiendo señalarse que la OBA incluye, en el apartado 1.6, el procedimiento de gestión de las incidencias que se produzcan durante la prestación de estos servicios por parte de Telefónica, contemplándose los siguientes tipos de incidencias (apartado 1.6.2):

1. Incidencias de provisión (o reclamaciones): se refieren al conjunto de actividades relativas a la tramitación y provisión del servicio.
2. Incidencias por averías: referidas al funcionamiento de cualquier elemento de red dentro del ámbito de responsabilidad de Telefónica y que se producen con posterioridad a la entrega efectiva del servicio.

Señala, entre otros extremos, la resolución recurrida:

<<Las falsas averías son aquellos avisos de avería en los cuales, una vez realizadas las pruebas necesarias de diagnóstico por las partes, la causa de las mismas se localiza en la planta que constituye ámbito de responsabilidad del operador contratante de los servicios de Telefónica, en sus equipos o en los de sus clientes directos, extremo que debe estar justificado documentalmente por Telefónica.

La OBA considera también como "falsa avería" las comunicaciones de averías en las que no haya constancia documental de su existencia en el circuito y aquéllas en las que, tras las pruebas pertinentes, no se haya confirmado su ocurrencia real... en ningún caso pueden tener consideración de falsas averías.... 1. aquéllas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el aviso de avería, bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta; 2. aquéllas en las que, tras las pruebas de diagnóstico, Telefónica no acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos>>.

Como consecuencia del mantenimiento y gestión de averías, se produjo un conflicto, interpuesto por Orange y Vodafone, del cual se desistió en su momento, pero que determinó la decisión de la CNMC de incoar expediente sancionador a TESAU. A estos efectos, se determinó que existían indicios de que la citada TESAU había incumplido determinadas obligaciones:

<<la imputación indebida a los operadores de falsas averías cuya causa no pudo ser determinada o no fue acreditada documentalmente por Telefónica, en contra de lo estipulado en el apartado 1.6.10 de la OBA; el incumplimiento del apartado A.4.3 del Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS) relativo al porcentaje máximo de averías por bucle accedido; el incumplimiento del apartado A.3 del ANS relativo al plazo medio de resolución de averías>>.

Tras reflejar el trámite seguido en el referido expediente sancionador, se declaran como hechos probados, los siguientes:

<<Primero. Telefónica ha imputado "falsas averías" indebidamente, en un 66%, de las falsas averías analizadas del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 -excluyendo las falsas averías imputadas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015-....

Segundo. Telefónica ha incumplido el ANS relativo al porcentaje máximo de averías por bucle accedido durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015 -excluyendo las falsas averías imputadas entre el 28 de marzo y el 22 de junio de 2015-...

(...) tal y como recoge de forma inequívoca el apartado 1.6.10 de la OBA, Telefónica no podrá imputar como falsas averías aquéllas en las que no haya acreditado documentalmente que la causa no se encuentra en su propia red, ni tampoco aquéllas en las que no se haya podido determinar su causa, ya sea por desaparición de los síntomas, o por la complejidad de la avería o porque no se han podido realizar las comprobaciones oportunas por el motivo que sea. En estos últimos casos, puede ser que Telefónica, a la postre no resulte obligada a subsanar la avería, pero lo que no puede hacer es imputar la categoría de falsa a una avería sobre la que no se ha acreditado que la causa es exógena a la responsabilidad de Telefónica.

(...) Una vez analizados los elementos arriba mencionados, la avería no se considera bien imputada si se constata que concurren una o varias de las circunstancias especificadas en la OBA como motivos que prohíben expresamente a Telefónica registrar una falsa avería, según lo indicado anteriormente. De las 100 averías analizadas, las averías que a juicio de la instrucción han sido incorrectamente imputadas por Telefónica se han clasificado en este expediente en cuatro tipologías diferenciadas: Desaparición de los síntomas, mal documentada, averías complejas y averías reparadas por Telefónica que constituyen errores de imputación.... En definitiva, las averías anteriores están contempladas expresamente en el apartado 1.6.10 de la OBA como averías que no pueden imputarse en ningún caso como falsas al operador iniciador del proceso, no pudiendo el operador afectado resultar penalizado económicamente por haber declarado las mismas.

Al margen de aquellas en las que hubo un error claro en la imputación (categoría 4 anterior), se trata de incidencias en las que la causa del fallo en la red de acceso pudo no estar técnicamente clara, pero es esencial tener en cuenta que el coste de las tareas acometidas por Telefónica en dichos casos se considera englobado en la cuota mensual de mantenimiento que los operadores abonan por los accesos de cobre -dichas cuotas ya incluyen las tareas de resolución de averías-, salvo que Telefónica demuestre de manera clara que la avería se localizaba fuera de su ámbito de responsabilidad y, por lo tanto, en el ámbito de responsabilidad del operador, de acuerdo a los criterios indicados.>>:

A continuación, la resolución indica que se cifra en 66 de 100 el número de falsas averías mal calificadas. Y se concluye: "Por tanto, el 66% de las falsas averías analizadas estarían mal imputadas, lo que supone un incumplimiento de lo establecido en el apartado 1.6.10 de la OBA en lo referente a la designación de una avería como "falsa avería" o "avería inexistente".

La conclusión de los hechos probados es la siguiente:

<<De los Antecedentes y Hechos Probados descritos se considera acreditado que, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 31 de octubre de 2015, Telefónica ha estado incumpliendo las estipulaciones establecidas en la OBA, en el siguiente sentido:

a) *Irregularidades en la imputación de falsas averías* El 66% de falsas averías de la muestra examinada en el presente procedimiento, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015 34 estaban incorrectamente imputadas por Telefónica, el encontrarse las mismas dentro de los supuestos expresamente excluidos de tal calificación en el apartado 1.6.10 de la OBA. Ello implica que el porcentaje global de falsas averías mal imputadas se sitúa entre el 53,8% y el 78,2% (con un nivel de confianza del 99%).

b) *Porcentaje de averías imputables a Telefónica por bucle accedido* Como consecuencia de la sobreimputación por parte de Telefónica en la calificación de las falsas averías durante el periodo señalado anteriormente, debe procederse a la corrección de los datos relativos al porcentaje de averías por bucle accedido imputables a Telefónica durante dicho periodo temporal (con un factor de corrección del 53,8%, supuesto más favorable para Telefónica). El resultado muestra un incumplimiento generalizado, por parte de Telefónica, del apartado A.4.3 de la OBA, en el que se estipula un máximo de un 1,3% de averías por bucle y mes, incumplimiento que tiene especial incidencia en el caso del servicio de acceso compartido sin STB>>.

SEGUNDO.- Respecto de la alegación que se efectúa, relativa al incumplimiento del artículo 45.2.d) LRJCA , debemos desestimar la pretendida inadmisibilidad del recurso. Por una parte, conviene precisar que junto al escrito de interposición se aportaron los documentos que, a juicio del Tribunal, amparaban la admisión del recurso y cumplimiento del requisito del citado artículo 45.2.d). Por otra parte, junto al escrito de conclusiones, la parte recurrente adjunta nueva documentación, acreditativa del cumplimiento del requisito citado. Dicha



documentación consiste: Certificación del Administrador Solidario de la sociedad recurrente, que recoge el acuerdo adoptado en orden a la interposición del presente recurso; Escritura de nombramiento del referido Administrador Solidario; y Certificación del acuerdo del socio único, nombrando al referido Administrador Solidario.

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, debemos señalar que, con independencia de lo que luego añadimos, el propio perito de la actora acepta falsas averías en un porcentaje que sitúa entre el 3'6% y el 20,4% de los casos si se toma el "aspecto de fondo" o entre el 0,4% y el 13,6% si se toma el "aspecto formal".

Recoge la resolución impugnada, respecto del ANS, lo siguiente:

<<la OBA contempla un ANS que limita el número máximo de averías por bucle accedido (no imputables al operador) y mes al 1,3%. Telefónica reporta mensualmente el porcentaje de averías por bucle accedido (desglosado por servicio), dentro del conjunto de indicadores de calidad mayoristas y minoristas. Este indicador incluye tanto las averías imputables a Telefónica como las imputables al operador (falsas averías). Por consiguiente, para evaluar el cumplimiento del ANS de la OBA durante el periodo analizado se ha procedido a ajustar dicho indicador multiplicándolo por el porcentaje de averías imputables a Telefónica, calculado a partir de los datos requeridos a ésta en el presente procedimiento>>.

De la prueba técnica citada podemos extraer la conclusión que, manejando datos favorables a la propia recurrente, el porcentaje de averías por bucle accedido sería superior en la mayoría de los lapsos temporales, al que está fijado en el ANS.

Por otra parte, la afirmación de que debe quedar suficientemente probado que la localización de la avería está en el ámbito de responsabilidad de telefónica para poder imponer sanción, no es correcta, pues cabe admitir que TESAU no sea responsable de la avería, o no tenga que subsanarla, pero "lo que no puede hacer es imputar la categoría de falsa a una avería sobre la que no se ha acreditado que la causa es exógena a la responsabilidad de Telefónica", tal y como hemos reflejado anteriormente.

Atribuir la calificación de "falsa" a una avería, constituye el objeto de la infracción que se imputa. La CNMC tipifica los hechos como infracción del artículo 76.12 LGTel, por ser el mismo tipo y sanción que los previstos en el anterior artículo 53.r) LGTel de 2003.

TERCERO.- Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, recurso de casación 2319/2011, en relación con la infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones, que dice: "Se consideran infracciones muy graves: [...] r) El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previsto sometimiento voluntario de las partes.":

<<En diversas ocasiones hemos tenido que revisar la imposición de sanciones acogidas al tipo definido por el apartado que se acaba de reproducir. Sin embargo, la utilización del tipo ha venido asociada bien a incumplimientos de mandatos concretos, bien en supuestos en los que no se suscitaba la cuestión aquí planteada de la idoneidad del tipo para su aplicación a un mandato específico contenido en alguna OBA.

Por otra parte, es claro y así lo hemos indicado ya en alguna ocasión, que el mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de modificación de una OBA no se circunscribe a la obligación literal de modificar y publicar la OBA nueva en los plazos especificados, sino que supone también la de cumplir los mandatos y especificaciones contenidos en la OBA de manera puntual y completa. Ahora bien, la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas impuestos al operador que ha de aplicarla, muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, y que con frecuencia afectan a intereses contrapuestos del operador dominante o con poder significativo por un lado y los operadores alternativos por otro. Pues bien, aduce la actora con razón, y ello va a determinar la estimación del presente motivo, que no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y, en efecto, si un mandato como el acordado en la resolución de 14 de septiembre de 2.009 sobre modificación de la OBA supone no solo dicha modificación y publicación, sino asimismo el efectivo cumplimiento de una multiplicidad de obligaciones concretas contenidas en la OBA, resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA.

En nuestra Sentencia de 13 de noviembre de 2.013 (RC 4.037/2.010) confirmamos la Sentencia de instancia en la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TESAU contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2.006, en la que se le achacaban



a la operadora una variada serie de comportamiento ilícitos que fueron calificados como un incumplimiento continuado y generalizado durante un determinado periodo de tiempo (enero de 2.004 a abril de 2.005) de diversos procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la OBA vigente entonces. En lo que ahora importa, entendimos correctamente aplicado el tipo que se discute, puesto que no se trataba del incumplimiento de una obligación concreta y específica contenida en la OBA, sino de un incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en ella. Pero no puede equipararse o identificarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una concreta obligación de una OBA con un incumplimiento continuado y generalizado de los mandatos contenidos en la OBA, como sucedía en aquella ocasión.

Hemos pues de estimar este motivo y anular la Sentencia en cuanto al tipo sancionador aplicado>>>.

Consideramos que, en el presente supuesto, se trata del incumplimiento de "algunas" obligaciones impuestas en la OBA, por lo que no cabe apreciar la concurrencia del tipo del artículo 76.12 LGTel, pues no estamos ante el incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en la OBA.

A estos efectos, debemos tener en cuenta, no solo la prueba técnica de la parte actora, en términos que ya hemos reflejado en parte anteriormente, sino también las siguientes circunstancias: el conflicto planteado por Orange y Vodafone frente a TESAU, origen del presente expediente sancionador, Expediente CNF/DTSA/990/14, se archivó al llegar las operadoras a un acuerdo con Telefónica; La Propuesta de Resolución en el expediente de dicho conflicto, afirma que "ante los problemas constatados, debe procederse a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA a los efectos de revisar el procedimiento actual de gestión de averías, desarrollando y concretando aquellos aspectos en los cuales no ha sido factible el acuerdo entre las partes. En tanto no se resuelva dicho procedimiento, es necesario adoptar las siguientes medias...", que tienden a mejorar la descripción y definición de pruebas de avería por parte de los operadores implicados en la gestión de las mismas. La resolución impugnada señala que "el hecho de que en el seno de esta Comisión se planteara una serie de acciones de posible mejora de la oferta de referencia OBA, no puede suponer en ningún caso una convalidación de una conducta antijurídica".

Si tomamos en consideración el resultado del conflicto citado y la propuesta que hemos reflejado, o el planteamiento, de cambio del sistema de gestión de averías, o de la gestión de los procedimientos de la OBA relativos a averías, así como el discutible resultado de la traslación por muestreo que centra la decisión sancionadora, entendemos que no resulta acreditado -a los efectos sancionadores que nos ocupan- la conducta infractora como incumplimiento de una resolución de la CNMC (artículo 76.12 LGTel).

En el presente supuesto nos movemos, por todo lo expuesto, en el ámbito de la calidad de los servicios que se prestan por el operador PSM a los otros operadores, tal y como en cierta forma, se plasma en la propia resolución sancionadora. Estamos ante los indicadores de calidad que se contemplan en la ANS. En los Acuerdos de Nivel de Servicio se definen los indicadores orientados a garantizar la calidad del mantenimiento del servicio de acceso desagregado e indirecto prestado sobre pares de cobre. También se recoge en la resolución recurrida que se detectan ciertos indicios de presunto incumplimiento por parte de TESAU, como es el incumplimiento de los apartados A.3 y A.4.3 del ANS, lo que origina el inicio del presente expediente sancionador.

En términos que refleja la actora, la infracción podría encuadrarse en el tipo del artículo 78.12 LGTel, como falta leve por "incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio". Las infracciones leves, se sancionan con multa hasta 50.000 euros (artículo 78.1.d) LGTel).

Pues bien, dados los términos del debate, la conducta que se refleja en la resolución objeto de examen y los criterios de proporcionalidad que también se indican en la misma, considera la Sala que resulta ajustado imponer la sanción en cuantía de 50.000 euros.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, deben imponerse las costas a la administración demandada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15 de diciembre de 2016, por la que se resuelve procedimiento sancionador incoado a la recurrente, por incumplimiento de la OBA en materia de averías, la cual anulamos por su disconformidad a derecho.



SEGUNDO.- Imponer a la recurrente la sanción de 50.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 78.12 LGTel, desestimando el recurso en todo lo demás.

TERCERO.- Imponer las costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra sentencia, 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 **no** tificación; 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ