



Roj: **SAN 5378/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5378**

Id Cendoj: **28079230082018100726**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/12/2018**

Nº de Recurso: **594/2015**

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: 0000594 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07318/2015

Demandante: Telefónica de España, S.A.U.

Procurador: D^a. GLORIA TERESA 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^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **594/2015** promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Gloria Teresa Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 8 de octubre de 2015, que declara el incumplimiento por parte de la recurrente de otras resoluciones de la CNMC, que aprueban las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica, imponiendo sanción de 5.000.000 de euros.

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 y, en su lugar, 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 el incumplimiento del artículo 45.2.d) LJCA .

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 12 de diciembre de 2018.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente sustenta la impugnación en diversos motivos que pueden sintetizarse, en cuanto que sostiene que los circuitos examinados que sirven de base a la sanción impuesta, no son circuitos regulados y existen actos propios de los operadores aceptando las concretas condiciones pactadas para dichos circuitos; Se trata de circuitos de alto coste; no existe infracción continuada ni generalizada; Tampoco se han aplicado paradas de reloj no procedentes, ni se han superado los plazos previstos en la ORLA, salvo un porcentaje reducido, no habiéndose aplicado cláusulas de permanencia; Falta de culpabilidad; error en la calificación de la infracción; insuficiente prueba del incumplimiento por parte de TESAU.

Con carácter previo a examinar la cuestión debatida, debemos señalar que la Sala considera que se ha dado cumplimiento al artículo 45.2.d) LRJCA . A estos efectos, basta remitirse a la documentación que se aportó con el escrito de interposición del recurso (Escritura de acuerdos sociales, poder de representación y acuerdo expreso para interponer el presente recurso) y a la documentación aportada expresamente, mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2018 (acuerdo del Administrador Solidario de la recurrente sobre la interposición del presente recurso, escritura de nombramiento del mismo e inscripción registral).

En cuanto a la firmeza de las previas resoluciones de la CNMC que resolvieron los conflictos de acceso y consulta planteados por tres operadoras y que sirven de base al inicio de la actuación sancionadora que nos ocupa, a las que luego hacemos referencia, debemos concluir que dicha firmeza no supone obstáculo procesal alguno para el examen de la cuestión que se examina, pudiendo reabrirse el debate sobre los hechos que sustentan la sanción impuesta, examinando el fondo de la cuestión debatida con la mayor amplitud.

SEGUNDO.- El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, se dicta por presunto incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, por las que se aprobaron las Ofertas de Referencia de Líneas alquiladas Terminales de Telefónica (Resoluciones ORLA). El expediente sancionador se instruye al haberse detectado indicios de incumplimiento por parte de TESAU de las Resoluciones ORLA en diversos expedientes administrativos, en concreto: 1.- el CNF/DTSA/2494/13 relativo al conflicto planteado por BT sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E del alto coste durante el periodo correspondiente a octubre de 2010 y noviembre de 2013, conflicto que se resuelve mediante resolución CNMC de 23 de octubre de 2014 y 2.- el CNS/DTSA/1250/14 por el que se resuelve la consulta planteada por Jazztel sobre la facultad de Telefónica de repercutir altos costes a los circuitos Ethernet en zona A de conformidad con la ORLA, dicha consulta se resuelve en resolución CNMC de 23 de octubre de 2014. Con posterioridad a la incoación del expediente de referencia, se incorporó al mismo el expediente CNF/DTSA/1189/14 relativo al conflicto de acceso interpuesto por Vodafone España. S.A.U. contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA-E de alto coste, la resolución de este conflicto se dicta en fecha 10 de febrero de 2015.

El acuerdo de incoación se dicta igualmente el 23 de octubre de 2014. La resolución aquí recurrida, de 8 de octubre de 2015, señala los hechos probados, que se resumen:

<<1.- Para la provisión de determinados circuitos Ethernet de zona A solicitados por BT, Vodafone y Jazztel, entre octubre de 2010 y mayo de 2014, Telefónica ha estado aplicando condiciones distintas a las establecidas en el acuerdo de nivel de servicios¹ regulado en la ORLA-E, hasta, al menos, el 23 de octubre de 2014 para BT y Jazztel y, al menos, hasta el 10 de febrero de 2015 en el caso de Vodafone.



2.- Para la provisión de determinados circuitos Ethernet de zona B solicitados por BT y Jazztel, entre octubre de 2010 y septiembre de 2014, Telefónica ha estado (i) aplicando condiciones de alto coste ante situaciones de falta de fibras entre centrales y/o (ii) aplicando cláusulas de permanencia, (iii) aplicando soluciones MAN para circuitos de menos de 35 Km, y (iv) comunicando, con carácter general, el alto coste de los circuitos pasados 15 días naturales. Esta actuación se desplegó hasta el 23 de octubre de 2014.

3.- Con carácter general, Telefónica no aportaba a los operadores BT, Jazztel y Vodafone información suficientemente desglosada en relación con los altos costes que les comunicaba aplicar sobre los circuitos solicitados, que han sido analizados en los Hechos Probados Primero y Segundo>>.

Y concluye la resolución:

<<Según los Antecedentes y Hechos Probados descritos, se considera acreditado que al menos hasta el 23 de octubre de 2014, en el caso de BT y Jazztel y hasta el 10 de febrero de 2015, en el caso de Vodafone, Telefónica ha estado aplicando, sobre los circuitos de zona A solicitados por estos operadores entre octubre de 2010 y mayo de 2014 mencionados en el Hecho Probado Primero, condiciones distintas a las establecidas en el acuerdo de nivel de servicios regulado en la ORLA-E.

Ello se concluye porque Telefónica, con carácter general, sobre los circuitos analizados a estos operadores (i) aplicaba sobrecostes sobre los precios regulados en la ORLA y/o (ii) aplicaba cláusulas de permanencia de 12, 18, 24 o 36 meses, (iii) comunicaba la existencia de altos costes, en la mayoría de los casos, pasados 15 días naturales, (iv) proveía los circuitos desde su solicitud en una media de entre 129 o 131 días, (v) aplicaba paradas de reloj hasta que los operadores le comunicaran su conformidad con los altos costes y (vi) proveía sobre los circuitos, en los que no existían fibras entre centrales, soluciones MAN de nivel 2 con independencia de los kilómetros del circuito.

Se considera acreditado que esta última conducta también se producía ante la comunicación de altos costes de los circuitos de zona B solicitados por los operadores BT y Jazztel.

Asimismo, se ha demostrado que, para la provisión de los circuitos Ethernet de zona B, analizados en el Hecho Probado Segundo, que fueron solicitados por los operadores BT y Jazztel, entre octubre de 2010 y septiembre de 2014, con carácter general Telefónica ha estado (i) aplicando condiciones de alto coste ante situaciones de falta de fibras entre centrales, además de (ii) imponiendo cláusulas de permanencia, (iii) comunicando la situación de alto coste en un plazo superior a 15 días naturales, y (iv) proveyendo los circuitos en una media de entre 86 o 110 días naturales.

Finalmente, tal y como se expone en el hecho probado tercero, se ha comprobado que, con carácter general, Telefónica no aportaba información suficientemente desglosada a los tres operadores (BT, Vodafone y Jazztel) en relación con los altos costes que les comunicaba aplicar sobre los circuitos solicitados, ya estuvieran estos asociados a centrales de zona A o B, que les permitiera valorar su razonabilidad.

En conclusión, se ha acreditado que Telefónica aplicó condiciones distintas a las reguladas en la ORLA-E para la provisión de los circuitos solicitados por BT, Jazztel y Vodafone, tanto de zona A como B, analizados a lo largo de los tres Hechos Probados, desde octubre de 2010 y hasta el 23 de octubre de 2014, respecto de BT y Jazztel y, hasta el 10 de febrero de 2015, respecto de Vodafone. Ambas fechas son las de resolución de los conflictos de acceso y de respuesta a la consulta de Jazztel, que estas operadoras interpusieron debido a la conducta seguida por Telefónica>>.

TERCERO.- En cuanto a la tipificación de los hechos probados, señala la resolución recurrida:

<<El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que calificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que llevase a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

La LGTel de 2014, por su parte, tipifica en su artículo 76.12 la misma conducta, al calificar como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medias cautelares dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en material de comunicaciones electrónicas.

Al haber finalizado la conducta sancionada durante la vigencia de la LGTel de 2014, y al no existir ninguna diferencia entre ambos preceptos en lo que se refiere a la clasificación de la infracción ni de las sanciones a imponer que justifique la aplicación de la norma sancionadora más favorable, procede calificar la conducta como una infracción de las previstas en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014.



En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Segundo del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el expediente se incoó contra Telefónica debido a "(...) *la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de las condiciones de provisión de los circuitos Ethernet, tanto asociados a centrales de zona A como B, conforme a lo dispuesto en la ORLA para ambos tipos de circuitos (por el tratamiento de los circuitos ORLA-E en zona A como de alto coste, alto coste en zona B debido a indisponibilidad de medios intercentral, plazos excesivos para la comunicación de la fecha de entrega del circuito, falta de información desglosada que permita analizar a BT la razonabilidad del precio propuesto por Telefónica e imposición de cláusulas de permanencia).*

Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (artículo 76.12 de la vigente LGTel)>>.

A lo afirmado en la propia resolución recurrida debemos remitirnos, no ofreciendo duda la correcta tipificación efectuada en el caso examinado.

CUARTO.- Consideramos que es difícil sostener que los circuitos que son objeto del expediente sancionador, en total de 103, sean circuitos no regulados, como pretende TESAU, en base a que se rigen por acuerdos privados entre las partes. Los citados acuerdos a que se hace referencia, no son tales, pues la conducta de TESAU motiva los conflictos a que hemos hecho referencia y la consulta pública. Que se trata de circuitos afectados por la ORLA, debemos mantenerlo como fuera del ámbito de la duda, pues así se concluye en las resoluciones de la CNMC que han ganado firmeza en vía administrativa. Resoluciones que son el origen del presente expediente sancionador.

La Sala considera que el hecho de que fueran libremente aceptados los acuerdos privados entre operadores, de ser cierta la alegación de la parte, se desvirtuaría el carácter de mínimos que debe tener la oferta minorista. Se acredita que los operadores han tenido que hacer frente a mayores costes y condiciones distintas a las previstas en la ORLA, no pudiendo quedar a la voluntad de los operadores y menos del operador PSM, el cumplimiento de la resolución que aprueba la Oferta de Referencia. Como afirma la CNMC "El cumplimiento de las condiciones de los servicios previstos en las ofertas mayoristas no es una cuestión estrictamente privada, sino que existe un interés público que justifica la intervención de esta Comisión".

Por lo demás, la obligación de suministrar circuitos Ethernet se refiere a las centrales en las que TESAU presta servicios minoristas, que se incluyen en el apéndice 1B de la ORLA y se ubica en zonas A y B. La conducta que se achaca a TESAU es decidir de forma unilateral la no aplicación de la ORLA. Pues bien, la ORLA de 2010 no permite aplicar alto coste para circuitos de la zona A, justificándose en los folios 25 y 26 de la resolución el incumplimiento de TESAU respecto de esta zona.

Pero también se justifica dicho incumplimiento respecto de los circuitos en zona B. LA resolución examina las previsiones de las ORLA de 2007 y 2010, resultando que debieron aplicarse sus condiciones para los circuitos que son objeto de examen para la consideración de la conducta infractora.

Y todo ello se razona, no sólo para el mayor coste aplicado por TESAU, sino también para el resto de cuestiones objeto de examen, Como cláusulas de permanencia (folio 32), retrasos en provisión debido a paradas de reloj para circuitos de alto coste (folio 33), y prestación de fibras inter-centrales a través de una solución MAN de nivel 2 (folio 34).

Así, se concluye que "Este incumplimiento reiterado a lo largo de los años se cometió por Telefónica como consecuencia de aplicar, sobre los circuitos analizados en esta resolución, condiciones de alto coste ante situaciones no reguladas como tal, y cobrar a los operadores sobrecostes sobre los precios regulados. Además, esta operadora ha estado condicionando la entrega de los circuitos a la aceptación de cláusulas de permanencia de hasta 36 meses y de soluciones MAN de nivel 2, para la provisión de los tramos inter-centrales de circuitos de menos de 35 Km, cuando estas condiciones tampoco están permitidas en las sucesivas versiones de la ORLA. Finalmente, con carácter general, Telefónica comunicaba la aplicación de las citadas condiciones pasados 15 días naturales y aplicaba indebidamente paradas de reloj asociadas a la provisión de circuitos de alto coste, lo que provocó que la entrega de los circuitos afectados, en la mayoría de los casos, fuera superior a 60 días naturales".

Por otra parte, el principio de culpabilidad no se puede entender vulnerado, pues la Sala suscribe lo que afirma la CNMC: <<En el presente caso se ha podido acreditar que Telefónica ha sido plenamente consciente de que sus actuaciones, (i) de cobrar sobrecostes en situaciones no reguladas, tanto sobre circuitos de zona A como B, (ii) de eludir los niveles de calidad para la provisión los circuitos (precios y plazos de comunicación y provisión), (iii) de imponer cláusulas de permanencia, soluciones de nivel 2 y paradas de reloj asociadas a los circuitos de altos costes, suponían un incumplimiento de lo dispuesto en las ORLA 2007 y 2010>>. Se trata,



en todo caso, del cumplimiento de obligaciones que TESAU conoce por razón de su actividad, por lo que no puede apreciarse falta de voluntariedad en la imposición de condiciones distintas a las previstas en la ORLA.

Para finalizar, debemos señalar que se trata de una infracción continuada, tal y como correctamente aprecia la resolución recurrida (folio 54). El límite de la sanción se sitúa en el tanto al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción, y el límite máximo de 20 millones de euros (artículo 76 LGTel).

Expuesto lo anterior, la Sala es consciente del esfuerzo realizado por el técnico que ha intervenido en autos, matizando las conclusiones de la CNMC y obteniendo conclusiones distintas a las señaladas, pero debemos mantener los términos de la resolución impugnada, que entendemos ajustada a las alegaciones efectuadas por los distintos operadores, con justificación técnica fuera de toda duda y aplicando criterios razonados de forma adecuada en la propia decisión impugnada.

En cuanto al principio de proporcionalidad, tampoco podemos entenderlo infringido en el presente caso. La resolución impugnada dedica un fundamento extenso a la fijación del importe concreto de la sanción, examinando las circunstancias concurrentes en el caso y fiando las siguientes conclusiones:

- Al presente procedimiento se aplica la LGTel de 2014, al haberse finalizado de cometer la infracción una vez entrada en vigor esta norma.
- No ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por Telefónica de la comisión de la infracción cometida. Por tanto, la cifra de 20 millones de euros fijada por el artículo 79.1.a) de la LGTel, es la que ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- Se considera que el incumplimiento de Telefónica ha sido tipificado como infracción continuada.
- Se considera que la infracción se ha extendido durante un largo periodo de tiempo.
- Además, se han apreciado la concurrencia de una circunstancia que agrava la sanción a imponer a Telefónica en la comisión de la infracción, como es el daño causado a los operadores de comunicaciones electrónicas y a sus clientes empresariales.
- En cuanto a la situación económica de Telefónica, que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la sanción, se ha determinado que, sólo en el sector empresarial, esta operadora obtuvo unos ingresos en 2013 de 993 millones de euros, ello sin tener en cuenta los ingresos que ha obtenido por ofertas personalizadas.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Todas las referidas circunstancias permiten confirmar el importe de la sanción al considerarse suficientemente justificado y ponderado.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente. VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 8 de octubre de 2015, que declara el incumplimiento por parte de la recurrente de otras resoluciones de la CNMC, que aprueban las Ofertas de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica, imponiendo sanción de 5.000.000 de euros, por su conformidad a derecho, imponiendo las costas a la parte recurrente.

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.