Roj: **SAN 1051/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1051**

Id Cendoj: **28079230082016100145**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **11/03/2016**
Nº de Recurso: **464/2013**
Nº de Resolución: **171/2016**
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

FONDO DOCUMENTAL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: **0000464 / 2013**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **04231/2013**

Demandante: **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U**

Procurador: **D. JOSÉ CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ**

Demandado: **COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES**

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a once de marzo de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo **nº 464/2013** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. José Carlos García Rodríguez** , en nombre y representación de **France Telecom España, S.A.U** , contra resolución de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, de 30 de julio de 2013, que estima parcialmente recurso de reposición frente a resolución de dicha Comisión de 26 de junio de 2013, que 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 resolución de 11 de julio de 2013 por la que se abre procedimiento sancionador.

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

ANTECEDENTES 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 declarando la nulidad o anulando las resoluciones recurridas, así como las liquidaciones que se han girado y actuaciones derivadas de la incoación de expediente sancionador o, subsidiariamente, se rebaje la cuantía de las multas coercitivas.

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 inadmitiera total o parcialmente el recurso y, subsidiariamente, se dictara una sentencia desestimatoria del mismo, o parcialmente desestimatoria.

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 24 de febrero de 2016.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de la CMT, hoy Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de 30 de julio de 2013 desestima los recursos de reposición interpuestos contra dos resoluciones anteriores:

1.- La resolución de 26 de junio de 2013, por la que se ordena cumplir la resolución de 26 de abril de 2012, se le apercibe de la imposición de multas coercitivas y se fijan los criterios para su ejecución.

2.- La resolución de 11 de julio de 2013, por la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra ese operador por el presunto incumplimiento de la citada resolución e iniciar su ejecución forzosa, a través de la imposición del pago de multas coercitivas.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 .

SEGUNDO.- Con los anteriores antecedentes, la resolución de 26 de junio de 2013, afirma que tiene por objeto ordenar a France Telecom SAU el cumplimiento efectivo de la resolución de 26 de abril de 2012, apercibirle de la imposición de multas coercitivas en caso de que así no lo hiciera, fijar como fecha máxima el 10 de julio y fijarle los criterios para garantizar la ejecución efectiva de la citada resolución y señala:

<<cabe indicar que, dada la vinculación existente entre la portabilidad fija y servicios de provisión mayorista de acceso, donde el plazo de portabilidad está incluido en el plazo -más largo- de desagregación del bucle de abonado, en la resolución de 26 de abril de 2012 se consideró conveniente, por ser beneficioso para los usuarios finales, recudir a su vez el plazo de provisión mayorista de acceso, para que el usuario percibiera una reducción real y significativa del plazo necesario para cambiar todos sus servicios de red fija (voz y banda ancha) con otro operador.

Como consecuencia, esta Comisión aprobó, a partir de una solicitud de la propia Orange, la entrada en vigor de importantes reducciones de plazo en la provisión de prolongación de par OBA, de los accesos indirectos (ADSL-IP y GigADSL) y del nuevo servicio NEBA, en la misma fecha de puesta en producción de las modificaciones de portabilidad fija, de forma que el 1 de julio de 2013 fueran efectivas conjuntamente ambas reducciones de plazo, los procesos de portabilidad y de provisión mayorista de banda ancha....

En el presente caso, se considera que el plazo establecido para implementar las modificaciones e portabilidad fija el 1 de julio de 2013 ha sido más que suficiente para Orange ya que, al igual que todos los operadores fijos, ha dispuesto de 14 meses ....sin embargo, mientras que el resto de operadores ha dedicado todos sus recursos, incurriendo en importantes costes, para poder pasar a producción las modificaciones de la portabilidad fija en la fecha fijada por esta Comisión, Orange no lo ha hecho.... Esta operadora forzará al resto de operadores a continuar operando con las especificaciones técnicas anteriores para poder mantener su capacidad de importar y exportar numeración....

Por tanto este grave retraso de la reducción del plazo de la portabilidad fija a 24 horas podría conllevar un perjuicio en el desarrollo de ofertas minoristas convergentes de las que podrían disfrutar los usuarios finales, tal y como ha sucedido en el mercado móvil tras la puesta en marcha de la portabilidad en un día natural el 1 de junio de 2012.

Por todo ello, se considera proporcionado y suficiente ordenar a Orange para que proceda a cumplir la resolución de 26 de julio de 2012 en la fecha máxima de 10 de julio de 2013>>. (Debe referirse al mes de abril de 2012 o junio de 2013, y amplía el plazo inicial concedido).

La resolución apercibe a Orange de la imposición de multas coercitivas que se devengarán a partir del día siguiente al 10 de julio de 2013, por importe diario de 8.000 euros durante los primeros cuatro meses (incluye hasta noviembre, fecha en que la propia Orange afirma poder tener disponible la portabilidad) y 10.000 euros diarios a partir del transcurso de los cuatro meses.

Orange comunica a la CMT, el 4 de julio, que no podría efectuar el paso a producción de las modificaciones de los procesos de portabilidad en la fecha indicada. Por ello la CMT dicta la resolución de fecha 11 de julio de 2013, en la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra France Telecom España, SAU por el presunto incumplimiento de la resolución de 26 de abril de 2012, e iniciar la ejecución forzosa de la citada resolución, a través de la imposición del pago de multas coercitivas. Las multas coercitivas fueron rebajadas a 6.000 euros diarios (los cuatro primeros meses), en la resolución que resuelve la reposición (30 de julio de 2013).

TERCERO.- De la resolución de 11 de julio de 2013, interesa destacar que se recoge lo siguiente:

<<El 25 de enero de 2013, prácticamente 9 meses después de que se aprobara la resolución de 26 de abril de 2012, y a 5 meses de alcanzarse la fecha de 1 de julio de 2013, Orange solicitó a esta Comisión una extensión de dicho plazo hasta el mes de noviembre.... A la vista de la solicitud de Orange, el 11 de febrero de 2013 esta Comisión abrió un periodo de información previa y requirió a la AOP que aportase documentación sobre el plan de desarrollo e implantación de las modificaciones de portabilidad en la ER (Entidad de Referencia), con el objetivo de analizar si existía un riesgo importante de que el tiempo de pruebas no fuera suficiente para un correcto paso a producción el 1 de julio de 2013 (DT 2012/216).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La información aportada mostró que, aunque el inicio de la planificación de desarrollos y pruebas en la ER comenzó con retraso ...el plazo otorgado para desarrollo y pruebas de los operadores con la ER era suficiente para que los operadores principales pudiesen probar sus implementaciones con el entorno de pruebas de la ER, así como hacer pruebas de simulación de negocio. De hecho, es de interés subrayar que la AOP señaló que ninguno de sus operadores miembros, con la excepción de Orange, había manifestado que existiera un riesgo de implementación en plazo de las modificaciones de portabilidad.

En consecuencia, el 21 de marzo de 2013 esta Comisión acordó el archivo de la citada información previa, al no existir razones suficientes que justificasen retrasar la fecha de implantación, como solicitaba Orange. En primer lugar, no se apreciaban riesgos significativos en la planificación de desarrollos y pruebas con la ER, y en segundo lugar se consideró que el hecho de que un operador manifieste tener dificultades para finalizar con garantías sus desarrollos en la fecha acordada no es justificación suficiente para obligar a todos los operadores a retrasar el calendario de implantación de la portabilidad y la puesta a disposición de los usuarios de su derecho a reducir el plazo de portabilidad>>.

CUARTO.- La Abogacía del Estado alega la inadmisibilidad del recurso por falta de aportación del acuerdo que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 45.2.d) LRJCA . Se afirma por la administración demandada que no se tiene constancia de la aportación del acuerde, válidamente adoptado, para entablar la presente acción.

A este respecto debemos señalar que, junto al escrito de interposición del recurso se había presentado escrito en que consta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 Bis de los Estatutos Sociales, el ViceSecretario del Consejo de Administración, en nombre y representación de France Telecom España, SAU, ordenó la interposición del presente recurso contencioso administrativo. De la misma forma, una vez conocida la alegación de la causa de inadmisibilidad, la actora aportó de nuevo a los autos copia de dicho escrito y del artículo 20 Bis citado, en que se constata que el Secretario o el Vicesecretario del Consejo de Administración pueden acordar el inicio de acciones judiciales.

También se alega la inadmisibilidad parcial del recurso al pretenderse por la actora la anulación de las actuaciones derivadas de la incoación del expediente sancionador. Se afirma que son actos indeterminados que ni siquiera se identifican por el recurrente; que se trata de actos diferentes y autónomos a los impugnados; y que se trata de actos no impugnables, al no ser de trámite cualificado.

Tampoco podemos acoger esta causa de inadmisibilidad, toda vez que la pretensión ejercitada podrá ser o no acogida por la Sala, pero las consecuencias de la posible estimación del presente recurso en los actos posteriores del expediente sancionador son evidentes. Desde otra perspectiva podríamos afirmar que, en el momento procesal, en que nos encontramos, procede prioritariamente examinar la cuestión de fondo y, solo en caso de estimación de ésta, examinaríamos la pretendía inadmisibilidad.

La resolución de 30 de julio de 2013, desestima los recursos interpuestos contra las dos anteriores resoluciones de 26 de junio de 2013 y 11 de julio de 2013, a que nos hemos referido en los fundamentos segundo y tercero. Estas tres resoluciones son las impugnadas en el presente procedimiento.

Los motivos que se articulan para alzarse frente a los actos administrativos impugnados son los siguientes: carácter diario de las multas coercitivas que se imponen, vulnerando el artículo 99 de la Ley 30/1992 ; no se pretende superar una conducta obstaculizadora, vulnerando los artículos 96 y 99 Ley 30/1992 y Disposición Adicional Sexta de la Ley 32/2003 ; vulneración del derecho de defensa; vulneración del principio de no discriminación, al no haberse impuesto multas coercitivas en supuestos similares; vulneración del artículo 9.3 CE por arbitrariedad; vulneración del principio de proporcionalidad, en relación con la cuantía de las multas; y vulneración del artículo 18 de la Ley 32/2003 al poner en riesgo los derechos de los usuarios.

Son procedimientos que guardan relación con el presente recurso los siguientes: Recurso 462/2013, frente a la denegación de ampliación del plazo para la implementación de la portabilidad en 24 horas, en el que se ha dictado sentencia, como veremos a continuación; Recurso 43/2014 , frente a la liquidación de multas coercitivas correspondientes a julio y agosto de 2013; Recurso 44/2014 , frente a la liquidación de multa coercitiva correspondiente a octubre de 2013; recurso 192/2014 , frente a la liquidación de multa coercitiva correspondiente a noviembre de 2013; y Recurso 506/2014, frente a la resolución que puso fin al expediente sancionador.

QUINTO.- Tal y como hemos reflejado las resoluciones impugnadas en el presente procedimiento son posteriores y 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. Efectivamente, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Por nuestra parte debemos sostener la misma decisión que adoptamos en el recurso 462/2013, de cuya sentencia extraemos lo siguiente:

<<según se extrae de las actuaciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estableció un plazo razonable y suficiente para la implementación de la portabilidad en 24 horas; y lo hizo tras un procedimiento en que se examinó en profundidad la problemática suscitada y en el que intervinieron los operadores interesados, varios de ellos proponiendo plazos de implementación distintos al fijado por el Regulador. Así, por Resolución de 26 de abril de 2012 se fijó el 1 de julio de 2013 como fecha de inicio de la implementación para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, lo que suponía un plazo de 14 meses a contar de la Resolución de 26 de abril de 2012, 17 meses a partir de la apertura del trámite de audiencia y más de dos años desde el inicio del procedimiento.

Es preciso señalar, por otra parte, que la recurrente ya había solicitado con anterioridad ampliar el plazo de implementación, habiendo obtenido oportuna respuesta de la Comisión mediante Resolución de 21 de marzo de 2013, sin que frente a ella opusiera queja alguna. También debe indicarse que la Resolución de 26 de abril de 2012, recurrida por varios operadores, la actora entre ellos, fue confirmada por la de 11 de octubre de 2012. En todas estas resoluciones la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones examinó y a analizó la procedencia de ampliar o no el plazo de implementación.

Consta en la Resolución de 30 de mayo de 2013 que no fue sino hasta el 25 de enero del mismo año, esto es, más de ocho meses después de aprobarse la implantación del plazo a fecha 1 de julio de 2013 y cinco meses antes de esta fecha, cuando France Telecom solicitó la ampliación del plazo de implantación alegando dificultades en la implantación de los plazos de portabilidad de forma coordinada. Tras la oportuna información, y debe tenerse en cuenta que la Asociación de Operadores para la Portabilidad alegó que ninguno de sus miembros, excepto la actora, había manifestado un riesgo de implementación en el plazo acordado, el Regulador consideró que no existían razones de peso que aconsejaran ampliar el plazo, retrasando, por tanto, la fecha de implantación.

En este contexto la Resolución de 30 de mayo de 2013 aborda de forma sistemática y con claridad la problemática suscitada por, o en, France Telecom con ocasión de la reducción de portabilidad a 24 horas fijando para su implementación el 1 de julio de 2013, sin que las razones expuestas por el operador contengan términos hábiles que permitan modificar el criterio sustentado por la Comisión, básicamente el retraso de la petición de viabilidad a su suministrador, a pesar de disponer de las especificaciones aprobadas desde el 26 de abril de 2012, cuestión a la que no era óbice, como alega, el hecho de haber interpuesto recurso de reposición interpuesto frente a las especificaciones, puesto que las resoluciones del Regulador son de obligado cumplimiento, máxime cuando en este caso no se solicitó la suspensión de la resolución impugnada, y básicamente también, decimos, porque France Telecom tuvo tiempo más que suficiente para afrontar el cambio, pues según informa la Comisión "según la planificación aportada por Orange en el presente expediente, el conjunto de desarrollos en los sistemas de Orange relacionados con la portabilidad y las correspondientes pruebas tiene una duración aproximada de 10 meses, incluyendo el cambio interno de plataforma de portabilidad", y recordemos que el plazo facilitado por la Comisión fue de 14 meses.

Debe añadirse, por una parte, que la problemática padecida por France Telecom -la complejidad de la adaptación-, núcleo de la queja que plantea, también ha afectado a otros operadores que, sin embargo, se ha atenido al lapso temporal fijado por la Comisión, y por otra, que "debido al retraso en la elección del nuevo sistema de gestión de portabilidad fija, todos los desarrollos relacionados con dicho sistema se han visto retrasados en consecuencia". Como señala la Comisión en respuesta al recurso de reposición, "Las dificultades encontradas por Orange no son un obstáculo materialmente insalvable, sino solo técnicamente insuperable a la vista de su propia planificación".

Por lo demás, el agravio que France Telecom dice padecer en relación con otros operadores, sancionados por retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, no parece encontrar paralelismo con la situación que nos ocupa ya que se trata de supuestos distintos. No se plantea aquí un procedimiento sancionador, como sucediera en otras ocasiones. Ni existe un término válido de comparación, ni hay base para entender quebrantado el principio de confianza legítima, concretado, según palabras del Tribunal Constitucional, "en saber el ciudadano -aquí el operador- a qué atenerse".

La alegación propuesta, por tanto, debe ser desestimada.

.....Alega la actora que las resoluciones impugnadas son nulas de pleno derecho porque incurren en arbitrariedad, proscrita por el artículo 9.3 CE . Señala a estos efectos que la Comisión no ha hecho otra cosa que mantener su criterio inicial -portabilidad implementada a fecha de 1 de julio de 2013- a costa no solo de la opinión de France Telecom, sino también de los competidores representados en la Asociación de Operadores para la Portabilidad. Insiste en que no ha tratado de imponer su voluntad, sino que ha existido imposibilidad

manifiesta de atenerse al plazo acordado, y que las dificultades fueron comunicadas al Regulador tan pronto fueron detectadas. Estima, así, arbitraria la posición de la Comisión y remite a determinados pasajes de la Resolución de 25 de julio de 2013 -Fundamento de Derecho Cuarto, último párrafo-. Básicamente la Sala estima que para acreditar este planteamiento, France Telecom remite al informe de audiencia de la Comisión obrante en el expediente DT 2013/675, que critica, y a las alegaciones evacuadas por la Asociación de Operadores para la Portabilidad, además de a las suyas propias, todo ello puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho de la demanda.

La realidad nos muestra, no obstante, o pesar de, el esfuerzo dialéctico de la actora, que fue ella 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. De ahí que las manifestaciones, reflexiones, alegaciones y consideraciones puestas de manifiesto por la Asociación de Operadores para la Portabilidad y otros operadores individualmente en el curso del trámite de alegaciones al informe de audiencia, sean de relativo peso, no constituyendo elemento que permita enervar la corrección de la decisión adoptada por el Operador.

Como señala la Abogacía del Estado en el escrito de contestación a la demanda, en referencia a las manifestaciones expuestas por Telefónica de España, discurso que la Sala comparte, el retraso de France Telecom en la puesta en marcha del sistema evidencia la magnitud de la problemática suscitada: "... el incumplimiento de este compromiso por parte de un operador de la magnitud de Orange en el ámbito de la portabilidad supone un importante perjuicio tanto para Telefónica como para el resto de los operadores del sector que impide una toma de decisiones adecuada y conforme a los hitos marcados... el retraso y la incertidumbre creada comporta para Telefónica un incremento de costes como consecuencia de la modificación en el versionado de los sistemas internos, los impactos colaterales en otras implantaciones y en el dimensionado y lanzamiento de productos y servicios así como en otros desarrollos mayoristas".

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.

Plantea finalmente France Telecom que las resoluciones impugnadas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 32/2003 por cuanto ponen en riesgo los derechos garantizados a los usuarios. Alega en síntesis que caso de forzar la Comisión la implementación a fecha de 1 de julio de 2013, plazo inasequible para France Telecom, el sistema no sería operativo y provocaría la necesaria marcha atrás del mismo, afectando a todos los operadores y provocando la indisponibilidad de la portabilidad en España durante una semana.

La Sala estima que en lo esencial ya se han expuesto las razones que llevan a rechazar las alegaciones de la recurrente, y a la postre la desestimación del recurso, sin que el planteamiento ahora ofrecido pueda ser acogido pues supone trasladar la problemática que le afecta, a ella únicamente imputable, al Regulador. Son los intereses de la totalidad del sistema, de los operadores y de los usuarios, favoreciendo la competencia en el sector, los que deben salvaguardarse>>.

SEXTO.- Lo afirmado en la sentencia que acabamos de transcribir permite desestimar las pretensiones ejercitadas en el presente recurso, al tratarse de los mismos motivos de impugnación que ya hemos examinado y no existir elementos de juicio distintos a los ya considerados para llegar a otra conclusión. Reiteramos lo ya expuesto y reflejado. Resaltamos que la fecha final de implementación fue fijada, en última instancia, para el día 9 de julio, lo que no varía lo expuesto.

Resta por señalar que no se vulnera el artículo 99 de la Ley 30/1992 , por el carácter diario de las multas coercitivas con las que se apercibe, pues así lo permite la Disposición Adicional Sexta LGTel, al disponer: "Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicten, la Administración General del Estado o la Comisión

del Mercado de las Telecomunicaciones podrán imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ... las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas. El importe de las multas coercitivas previstas en esta Disposición se ingresará en el Tesoro Público".

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

La proporcionalidad que se alega como vulnerada tampoco puede tener acogida favorable. No apreciamos que el principio de proporcionalidad haya podido infringirse en el presente caso. Así hemos afirmado en repetidas ocasiones que <<Como indicábamos en nuestras Sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006) y de 7 de diciembre de 2011 (Recurso de Apelación 83/2011), entre otras muchas, el principio de proporcionalidad comporta que cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en términos legales, que exista "una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), garantía de dosimetría punitiva que responda, en palabras de la mejor dogmática, "perfectamente a las exigencias de justicia", con acomodación a los hechos cometidos y sus circunstancias (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1996)>>. Pues bien, la resolución administrativa señala los elementos que toma en consideración para calificar de grave el retraso de Orange, como puede extraerse de los folios 6 y 7 de la resolución de 26 de junio de 2013, y concluye:

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

SÉPTIMO.- 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,

F A L L A M O S

Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. José Carlos García Rodríguez** , en nombre y representación de **France Telecom España, S.A.U** , contra resolución de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, de 30 de julio de 2013, que estima parcialmente recurso de reposición frente a resolución de dicha Comisión de 26 de junio de 2013, que 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 resolución de 11 de julio de 2013 por la que se abre procedimiento sancionador, por ser ajustada a Derecho. Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se **no** tificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ