



Roj: **SAN 2313/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:2313**

Id Cendoj: **28079230082015100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **08/06/2015**

Nº de Recurso: **462/2013**

Nº de Resolución: **127/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2313/2015,**
STS 778/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000462 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04230/2013

Demandante: FRANCE TELECOM, S.A.

Procurador: DON JOSÉ CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo nº **462/2013** , promovido por el Procurador de los Tribunales **don José Carlos García Rodríguez** , en nombre y representación de **France Telecom, S.A.** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de julio de 2013, sobre implantación de las modificaciones de portabilidad fija

Ha comparecido Administración demandada representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de abril de 2012 se acordó aprobar la resolución sobre 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, de acuerdo con el artículo 30 de la Directiva de Servicio Universal y Usuarios y el artículo 38.2.m) LGTel. El Resuelve segundo de la resolución fijó el 1 de julio de 2013 como fecha de disponibilidad efectiva de las modificaciones en portabilidad aprobadas. En la resolución de los recursos de reposición interpuestos frente a dicha Resolución se desestimó ampliar el plazo más allá del 1 de julio de 2013.

El 21 de marzo de 2013 la Comisión resolvió cerrar y archivar sin más trámite el periodo de información previa iniciado por la solicitud de France Telecom España, SAU, de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija, puesto que con la información disponible en el expediente no se apreciaron fundamentos suficientes que justificasen el retraso de la fecha de 1 de julio de 2013.

Por escrito presentado el 15 de abril de 2013 France Telecom exponía la imposibilidad de llevar a cabo la implantación de la portabilidad a 24 horas en la fecha fijada de 1 de julio de 2013 y solicitaba retrasar la fecha de lanzamiento comercial hasta el 9 de noviembre de 2013.

Con fecha 30 de mayo de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución en suya parte dispositiva Acuerda:

Primero.- Rechazar la solicitud de Orange y la Asociación de Operadores para la Portabilidad, manteniendo la fecha de 1 de julio de 2013 de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.

Segundo.- Si Orange no pudiera cumplir el paso a producción el 1 de julio de 2013 de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicarlo así a esta Comisión y a la Asociación de Operadores para la Portabilidad con al menos 15 días naturales de antelación a dicha fecha. En este caso, ha de significarse que, con independencia de otras posibles medidas que pudieran adoptarse en aras a garantizar la ejecución de la resolución, esta Comisión considerará la apertura de un expediente sancionador por la posible infracción cometida.

Tercero.- Si finalmente Orange no cumpliera las obligaciones que le incumben para garantizar, en fecha el 1 de julio de 2013, dicho paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, se le apercibe de la posibilidad de esta Comisión de imponer multas coercitivas hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de la portabilidad fija a 24 horas.

Cuarto.- En el caso de que Orange comunicara no haber implementado los procedimientos de portabilidad en 24 horas, quedará suspendida la introducción efectiva de las nuevas especificaciones para la portabilidad fija en 24 horas, continuando el funcionamiento de acuerdo a las anteriores especificaciones de portabilidad. Asimismo quedará suspendida la introducción de los desarrollos mayoristas afectados y especificados en las resoluciones DT2012/824, AJ2013/34 y DT2012/1982.

Quinto.- En caso de que Orange, a fecha 1 de julio de 2013, no hubiera establecido los mecanismos para garantizar el paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicar a esta Comisión, con una antelación de dos meses, la fecha en la que podrán estar operativas las modificaciones establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, de común acuerdo con la Asociación de Operadores para la Portabilidad.

Por Resolución de 25 de julio de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desestimó el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SAU, contra a la anterior resolución.

Frente a dicha Resolución la representación procesal de France Telecom España, SAU, interpuso recurso contencioso- administrativo.

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.

Tras exégesis de los hechos formula en síntesis las siguientes alegaciones: 1) vulneración del derecho de defensa; 2) vulneración del principio de no discriminación al haberse apartado la CMT de forma inmotivada de precedentes similares; 3) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones incurre en arbitrariedad; 4) la resolución pone en riesgo los derechos garantizados a los usuarios.

Termina solicitando de la Sala que dicte sentencia por la que "estimando el recurso contencioso-administrativo acuerde declarar la nulidad de pleno derecho o, en su caso, anulabilidad de las resoluciones impugnadas, así

como la conformidad a Derecho de la solicitud de implementación de la portabilidad en 24 horas a la vista de las circunstancias específicas concurrentes".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía 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 dicte sentencia por la que "inadmita el recurso contencioso-administrativo o subsidiariamente desestime íntegramente el mismo, con expresa imposición de costas, y subsidiariamente desestime parcialmente el recurso contencioso-administrativo".

A estos efectos formula en síntesis las siguientes alegaciones: a) negligencia del recurrente en la implantación de los cambios necesarios en la fecha acordada por la Comisión; b) irrelevancia de la ausencia de imposición de medidas a otros operadores en supuestos similares; c) inexistencia de arbitrariedad; d) mala fe del recurrente.

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 27 de mayo de 2015.

SEXTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de julio de 2013, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SAU, frente a la Resolución de la misma Comisión de 30 de mayo de 2015 según los términos que han quedado expuestos.

SEGUNDO.- La representación procesal de France Telecom España, SAU, alega en primer término que la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones vulnera el artículo 24 CE, toda vez que ella en ningún momento ha intentado retrasar, bloquear o perjudicar la implementación de la portabilidad en 24 horas, antes al contrario. Añade que ha actuado con buena fe en todo momento, que avisó de las incidencias surgidas tan pronto tuvo conocimiento de ellas y que ha acreditado la imposibilidad de implantar la portabilidad a la fecha establecida.

Estima que la negativa del Regulador a prorrogar el plazo de implementación de la portabilidad en 24 horas le causa indefensión, avocándole indefectiblemente a un incumplimiento que ha traído consigo la imposición de sucesivas multas coercitivas y las consiguientes liquidaciones, y considera que las resoluciones impugnadas le han impedido defender sus intereses legítimos.

Seguidamente alega que la Comisión vulnera con su actuación el principio de no discriminación, apartándose además de manera inmotivada de precedentes existentes en situaciones similares.

Señala a estos efectos que otro operador, Vodafone España, incurrió por dos veces en retraso en la implementación del Nodo Central de Portabilidad y que por estos hechos solo fue simplemente sancionado por haber incumplido la obligación de conservar la numeración de los afectados por su conducta, y añade que la Comisión actúa con mala fe al descartar cualquier paralelismo con la situación que le aqueja, aunque entonces se tratase de un expediente sancionador, pues es plenamente consciente de la imposibilidad que la actora tiene de implementar la portabilidad en 24 horas no pudiendo exigirle la ejecución forzosa de una actuación en un lapso de tiempo de imposible cumplimiento. Ello, dice, vulnera el principio de no discriminación.

La Sala no puede acoger este planteamiento.

En efecto, 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 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 atendido 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.

TERCERO.- 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.

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

CUARTO.- Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **France Telecom, SAU** , contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de mayo y 25 de julio de 2013, por ser ajustadas a Derecho.

SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- Las costas se imponen 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