



Roj: **SAN 1659/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1659**

Id Cendoj: **28079230082016100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **22/04/2016**

Nº de Recurso: **44/2014**

Nº de Resolución: **245/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000044 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00344/2014

Demandante: FRANCE TELECOM ESPAÑA, SAU.

Procurador: D. JOSÉ CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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

Madrid, a veintidos de abril 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 **44/2014** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. José Carlos García Rodríguez**, en nombre y representación de **France Telecom España, SAU** ., (en la actualidad Orange Espagne, S.A.), contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 13 de diciembre de 2013, por la que se liquida multa coercitiva devengada durante el mes de octubre de 2013, en el marco del procedimiento de ejecución forzosa de la resolución de 26 de abril de 2012.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo, que fue admitido a trámite. 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 que dicte sentencia por la que se acuerde estimar el recurso y se declare la nulidad de pleno derecho o, en su caso, anulabilidad de la liquidación impugnada o, subsidiariamente, se rebaje la cuantía de la multa coercitiva a la cantidad de 100 euros diarios.

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 inadmita el recurso y, subsidiariamente, se desestime íntegramente el mismo, o bien parcialmente, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, se presentaron escritos de conclusiones por las partes y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, suspendiéndose dicho señalamiento a la espera de que se dictara sentencia en el recurso 464/2013 y, una vez dictada se ha señalado para dicha votación y fallo el día 20 de abril de 2016, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es de 138.000 euros.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme señala la resolución recurrida:

<<El 26 de abril de 2012 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 laboral..... El Resuelve Segundo de la citada Resolución fijó como fecha límite el 1 de julio de 2013, para tener efectivamente disponibles por parte de los operadores las modificaciones en portabilidad fija aprobadas....

Mediante Resolución de 26 de junio de 2013, se ordenó a France Telecom España, SAU (En adelante Orange) a cumplir la Resolución de 26 de abril de 2012 concediéndole un plazo adicional para ello, hasta el día 10 de julio de 2013. Asimismo, la CMT apercibió a esta operadora de la imposición de multas coercitivas, a partir del día siguiente al 10 de julio de 2013, si a dicha fecha Orange continuaba sin poder cumplir con lo establecido en la citada Resolución de 26 de abril de 2012....

El 11 de julio de 2013 la CMT aprobó la Resolución por la que se acordó abrir un procedimiento sancionador contra Orange 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 a esta operadora del pago de multas coercitivas.... El pasado 30 de julio de 2013 se han estimado parcialmentelos recursos de reposición interpuestos por Orange contra las resoluciones de 26 de junio y 11 de julio de 2013. En esta Resolución se ha acordado reducir la cuantía de las multas coercitivas a imponer a Orange durante los primeros cuatro meses en que no cumpla con lo establecido en la Resolución de 26 de abril de 2012, fijando el importe de estas multas en 6.000 euros por cada día natural de portabilidad.....

En ejecución de lo acordado en las citadas Resolucionesmediante sendos escritos del Presidente de dicha Comisión de fechasse ha procedido a notificar a Orange la liquidación de las multas coercitivas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre..... a través del presente escrito se le comunica que procede liquidar a France Telecom España, SAU la multa coercitiva correspondiente al mes de octubre de 2013, por el importe de 138.000 euros>>.

SEGUNDO.- En contra de la alegada inadmisibilidad del recurso en relación con el artículo 45.2.d) podemos señalar que la parte ha incorporado a autos certificación del artículo 20 bis de los Estatutos, en que se faculta al Vicesecretario del Consejo de Administración a fin de que pueda "acordar el inicio de cualquier tipo de reclamación ante Administración, acción judicial o extrajudicial, en defensa de los intereses de la Compañía". Junto a ello se aporta declaración de D. Benedicto, Vicesecretario del Consejo de Administración en que afirma: "ordené, con anterioridad al vencimiento del plazo legalmente establecido, interponer recurso contencioso administrativo frente a la liquidación de 13 de diciembre de 2013...". Con ello entendemos que se ha dado cabal cumplimiento a los requisitos que establece el indicado precepto.

Como antecedentes de la cuestión que ahora se debate, debemos señalar que se han dictado dos sentencias por esta Sala y Sección, que tienen íntima conexión con las multas coercitivas que ahora nos ocupan. Se trata de los recursos 462 y 464 de 2013, en que se ha dictado sentencia. Se examinaban, en el recurso 462/13, las



resoluciones de 30 de mayo y 25 de julio de 2013 en que, entre otros extremos, se apercibía de la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento de anteriores resoluciones de la CMT. Resoluciones que fueron confirmadas por sentencia de 8 de junio de 2015 .

En el recurso 464/13 se examinaban las resoluciones de 26 de junio, 11 de julio y 30 de julio de 2013, acordando, entre otros extremos, apercibir de la imposición de multas coercitivas y abriendo expediente sancionador. Resoluciones confirmadas por nuestra sentencia de 11 de marzo de 2016 .

Por último, señalamos que también se ha dictado sentencia en el recurso 506/2014 de fecha 7 de abril de 2016 , relativa a la decisión final del expediente sancionador abierto, desestimatoria del mismo.

Por tanto, las decisiones anteriores de la CMT sobre la portabilidad fija y su fecha de implementación no son objeto de este procedimiento, sino que se ha examinado en los anteriores. También se ha examinado en los anteriores lo relativo al incumplimiento del plazo fijado por el regulador y la culpabilidad de la recurrente en ese incumplimiento. Elementos de los que debemos partir en el presente procedimiento.

TERCERO.- La primera cuestión que se plantea es la relativa al importe diario de la multa impuesta, es decir, que la referida multa se impone por cada día de retraso, día hábil de portabilidad, que en octubre fueron 23 días. Se alega por la actora la aplicabilidad del artículo 99.1 de la Ley 30/92 , que se ha infringido por el acto que se impugna.

Pero ya decíamos -y ahora reiteramos- en la sentencia dictada en el recurso 464/13 :

<<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>>.

En función de lo ya afirmado, reiteramos que existe previsión legal de la posibilidad de imponer multas coercitivas de carácter diario, por lo que dicha previsión legal especial debe primar frente a la pretendida vulneración del precepto general que se cita.

También se alega el carácter únicamente sancionador de la multa impuesta, que no pretende superar la conducta obstaculizadora, sino el simple castigo, lo que se afirma que vulnera la Ley 30/1992, artículos 96 y 99 . Tesis que no podemos compartir.

La multa coercitiva está prevista en el artículo 96 de la ley 30/92 , como un medio de ejecución forzosa y expresamente prevista en la LGTel, conforme acabamos de reflejar. La parte actora fue apercibida de la imposición de las multas coercitivas para el caso de incumplimiento de la fecha fijada para que estuviera operativa la portabilidad. El incumplimiento de la parte, sólo a ella es achacable y así lo hemos confirmado en las tres sentencias que ya hemos dictado y hemos reflejado anteriormente. Y en el presente caso, debemos entender que la multa coercitiva cumple la finalidad que se pretende, para exhortar a la parte al pronto cumplimiento del plazo fijado. Se constituye, en este caso, como medio idóneo para incentivar la actuación de la recurrente en el sentido de conseguir el más inmediato establecimiento posible de la efectividad de la portabilidad. Y no cabe olvidar -aunque esto no sea lo relevante- que el resto del sector había cumplido el plazo establecido. En definitiva, como afirma la administración demandada, "la única forma de caber primar al recurrente la eficacia sobre otras consideraciones, como pudieran ser de coste, era introduciendo un elemento de coste que dependiera del retraso, que es la esencia de la multa coercitiva, y que demuestra la racionalidad y acierto de la medida adoptada".

Se alega, en tercer lugar, la vulneración del derecho de defensa, mediante alegaciones ya examinadas en otros recursos, referidas a la culpabilidad de la conducta y buena fe de la actora. Nos remitimos a lo ya afirmado en las sentencias anteriores que hemos citado y conocen las partes, al ser las mismas. Incluso está incorporada a autos la sentencia dictada en el recurso 462/13 , a la que nos remitimos en este extremo, así como la sentencia dictada en el recurso 464/13 , rebatiéndose en ambas similar alegación.



Se alega también vulneración del principio de no discriminación, con cita del supuesto de retrasos de Vodafone y Telefónica de España en otro caso examinado por la CMT. Pero dicha alegación tampoco puede tener virtualidad alguna, pues actuadas de conformidad a derecho las competencias del organismo regulador, no cabe pretender su no actuación por dicha inactividad en supuestos que puedan tener cierta similitud. Tal y como alega la administración demanda, no cabe la igualdad en la ilegalidad. Lo que es relevante, desde la vertiente jurídica, es examinar si las multas impuestas son conformes a derecho, y siéndolo como es el caso, no cabe oponer frente a ello que en supuestos similares no se hayan impuesto.

En cuanto a la pretendida vulneración de principio de proscripción de la arbitrariedad, debemos señalar, como punto de partida, que la administración pretende incentivar el cumplimiento, con el apercibimiento que realiza en resoluciones anteriores, ya examinadas en otros recursos citados. Ya hemos señalado que resulta conforme a derecho la fijación de plazo para que sea implante, de forma efectiva, la portabilidad (sentencias de los recursos 462 y 464) confirmando las decisiones de la CMT en este sentido. También hemos señalado que resulta conforme a derecho la fijación del día concreto (en última instancia el 9 de julio) y los apercibimientos que se han realizado de imposición de multas coercitivas y el carácter diario de las mismas. Difícil resulta, por tanto, que podamos apreciar que la administración haya actuado con arbitrariedad. Lejos de ello, solo podemos reiterar que la actuación administrativa previa a la concreta imposición de la multa del mes de octubre de 2013 es conforme a derecho, se actúa dentro de las competencias del organismo regulador y obedece a la consecución del interés público.

Resta por examinar la alegada vulneración de principio de proporcionalidad, solicitándose con carácter subsidiario la imposición de multa de 100 euros. Se fijan dos cuantías distintas para adecuar la multa a las propias alegaciones de la empresa. Pues bien, el regulador diferencia dos tramos temporales, en función de las propias alegaciones de la recurrente. El primer tramo -que incluye del 9 de julio hasta el 9 de noviembre- atiende la alegación de la empresa referida a las dificultades en la implantación del sistema, fijándose un importe de 6.000 euros. Para el segundo tramo -a partir del 9 de noviembre- se fija un importe de 10.000 euros, por tratarse de un periodo temporal en que la propia recurrente afirma que debería tener implantado el sistema.

Hemos afirmado en nuestra sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014, recurso 23/2014, tesis que reiterábamos en la ya citada recaída en el recurso 464/13:

<<Como indicábamos en nuestras Sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006) 7 de diciembre de 2011 (Recurso de Apelación 83/2011) y de 12 de Julio de 2013 (Recurso de Apelación 16/13), 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, se 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>>.

Para finalizar, se alega que se pone en riesgo derechos de los usuarios. Pero esta tesis no puede ser estimada por la Sala. La parte señala que los usuarios se verían afectados en su derecho a la conservación al número de teléfono, pero no desarrolla dicha tesis, que la Sala no considera acreditada en forma alguna. Efectivamente, el retraso en la implantación de la portabilidad no tiene como consecuencia garantizar el derecho al número asignado, ni supone que los usuarios puedan verse afectados negativamente por la decisión del regulador. Muy al contrario, los usuarios se ven beneficiados por la implantación de la portabilidad fija en 24 horas, que es la pretensión del regulador, la cual ha sido retrasada por la recurrente.



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

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

FALLAMOS

PRIMERO.- 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, SAU**, (en la actualidad Orange Espagne, S.A.), contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 13 de diciembre de 2013, por la que se liquida multa coercitiva devengada durante el mes de octubre de 2013, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ