



Roj: **SAN 926/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:926**

Id Cendoj: **28079230082020100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/03/2020**

Nº de Recurso: **601/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000601 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03497/2017

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

**Procurador:** D<sup>a</sup>. 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<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Madrid, a tres de marzo de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **601/2017** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D<sup>a</sup>. 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 18 de abril de 2017, que declara el incumplimiento por parte de la recurrente de otras resoluciones de la CNMC, relativas a la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica, imponiendo sanción de 3.000.000 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, 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.

**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 19 de febrero de 2020.

**CUARTO.-** La cuantía de este recurso es de 3.000.000 de euros.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Señala la resolución recurrida, que el 23 de octubre de 2014 la CNMC resolvió conflicto de acceso interpuesto por BT sobre condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste. En concreto, en dicho procedimiento se constató que Telefónica, desde octubre de 2010 hasta la fecha de resolución del conflicto, había estado aplicando a BT condiciones diferentes a las establecidas en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) para la provisión de circuitos Ethernet. Dichas condiciones se referían a, entre otros, el cobro de altos costes sobre los precios regulados en situaciones no contempladas en la ORLA.

Por resolución de fecha 8 de octubre de 2015, se sanciona a Telefónica por el 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, con sanción por importe de 5.000.000 euros. Este expediente se refiere a infracción muy grave del artículo 76.12 Ley 9/2014 desde octubre de 2013 a febrero de 2015. Se notifica esta resolución el 14 de octubre de 2015.

Por resolución de 31 de mayo de 2016, referida a nuevo conflicto de acceso interpuesto por BT sobre condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste, se constata que Telefónica continúa aplicando cuotas mensuales no ajustadas a los precios regulados con posterioridad a las anteriores resoluciones que acabamos de citar.

En función de lo anterior, se incoa el expediente sancionador que ahora nos ocupa, por incumplimiento de las resoluciones de 2013 (revisión de precios de la ORLA) y la citada resolución de 23 de octubre de 2014.

Tras la instrucción pertinente, se declara probado: <<Telefónica ha estado aplicando condiciones de altos costes, durante el periodo comprendido entre el día 15 de octubre de 2015 y el día 30 de junio de 2016, a través de la facturación de las cuotas mensuales de determinados circuitos Ethernet provisionados a BT>>

Se razona que Telefónica fue sancionada en el expediente citado (objeto del procedimiento 594/15 de esta misma Sala y Sección), pero ha seguido desarrollando la misma conducta con posterioridad a ser notificada de la imposición de la sanción. En definitiva, "Telefónica ha continuado aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales en cincuenta y tres circuitos Ethernet provisionados a BT tanto en zona de cobertura Ethernet A como B desde el día 15 de octubre de 2015 -día siguiente al de la notificación de la Resolución de 8 de octubre de 2015 en el expediente sancionador núm. SNC/DTSA/1821/14-, hasta las fechas siguientes: (i) hasta el día 30 de junio de 2016 para cuarenta y nueve circuitos; (ii) hasta fechas anteriores reflejadas en el Anexo, para cuatro circuitos".

**SEGUNDO.-** La misma problemática aquí suscitada, tanto en cuanto a la infracción cometida, principio de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad, así como a la sanción impuesta, ha sido objeto de examen para el periodo de tiempo anterior que acabamos de reflejar, dictándose la sentencia firme de fecha 27 de diciembre de 2018 (PO 594/15), en sentido desestimatorio de las pretensiones ejercitadas, confirmando la resolución de la CNMC de 8 de octubre de 2015. Se trata de la misma conducta, mismas operadoras y similar resolución sancionadora. Lo único que varía, es el periodo de tiempo de la conducta infractora.

Pues bien, indicábamos en la referida sentencia:

<<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 servicios<sup>1</sup> 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".



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.

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>>.

**TERCERO.-** Expuesto lo anterior, debemos entender que están resueltas las cuestiones suscitadas que ya han sido objeto de examen en el anterior recurso, pues mantenemos la misma tesis al no existir elementos de juicio distintos a los allí tenidos en consideración. Tenemos en cuenta que la conducta es la misma, las alegaciones de descargo son sustancialmente iguales, variando solo el periodo de tiempo de la aplicación por TESAU de altos costes sobre precios regulados.

En realidad, la única cuestión a debatir es la referida al principio non bis in ídem, que la actora considera vulnerado. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2019, recurso 7551/2018: "El principio non bis in ídem, en su vertiente material, prohíbe la duplicidad de sanciones cuando exista identidad



del sujeto, hecho y fundamento, porque como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias 204/1996 (FD 2º), 91/2008 (FD 2º) y 91/2009 (FD 6º), entre otras, ello supondría una reacción punitiva desproporcionada".

Por otra parte, el Tribunal supremo, en sentencia de fecha 3 de junio de 2019, recurso 245/2018, afirma:

<<En sentencia del Tribunal Constitucional 86/2017, de 4 de julio de 2017 (Recurso 3766/2006), se dice que " Este Tribunal Constitucional ha reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, que el principio non bis in idem veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (en el mismo sentido, entre otras, SSTC 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, y 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 2).

Como nos recuerda en la STC 177/1999, de 11 de octubre, "es reiterada doctrina constitucional, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, de que el principio non bis in ídem forma parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora ( art. 25.1 CE), y que aquel principio, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, "que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Más concretamente, en lo que aquí ahora interesa, que es la consideración del mencionado principio constitucional en relación con autoridades de un mismo orden sancionador, este Tribunal Constitucional tiene declarado, en el sentido ya indicado, que el principio non bis in ídem impide que por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta, pues semejante posibilidad entrañaría una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la existencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad contraria a aquel derecho de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para órganos del Estado ( SSTC 159/1985, de 27 de noviembre FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 107/1989, de 8 de junio, FJ 4; 150/1991, de 4 de julio, FJ 9; 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 3)". En fin, en relación con la perspectiva sustancial y procedimental del mencionado principio constitucional, se declaró en la mencionada STC 177/1999, de 11 de octubre, que desde la perspectiva sustancial el principio non bis in ídem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado (FJ 3), y que, por su parte, su vertiente o articulación procedimental se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos (FJ 4)>>.

En el caso que nos ocupa, considera la Sala que no se produce vulneración del principio, citado, a cuyo efecto nos parece concluyente resaltar que siendo coincidentes los sujetos intervinientes y el fundamento, no puede considerarse que sean coincidentes los hechos. Efectivamente, el distinto periodo de tiempo a que se refiere la conducta sancionada en el expediente que nos ocupa, permite romper la identidad requerida a efectos de aplicación del principio que examinamos.

Debe tenerse en cuenta que el primer expediente -objeto de examen en el recurso 594/15- se refería a los hechos acontecidos hasta octubre de 2014, en el caso de BT y Jazztel, y febrero de 2015, en el caso de Vodafone. En el actual expediente se trata de similar conducta, respecto solo BT y desde el 15 de octubre de 2015, fecha posterior a la notificación de la resolución sancionadora anterior.

**CUARTO.-** 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<sup>a</sup>. **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 18 de abril de 2017, que declara el incumplimiento por parte de la recurrente de otras resoluciones de la CNMC, relativas a la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas



de Telefónica, imponiendo sanción de 3.000.000 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 **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ