

ACUERDO DE INADMISIÓN DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR ORANGE ESPAGNE, S.L. DE DETERMINAR Y EXIGIR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRESUNTAMENTE CAUSADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DEBIDO AL INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN SANCIONADO POR LA RESOLUCIÓN DE 22 DE OCTUBRE DE 2019

IRM/DTSA/003/20/ORANGE DAÑOS Y PERJUICIOS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el presente acuerdo basado en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 22 de octubre de 2019 (SNC/DTSA/121/18)

El día 22 de octubre de 2019 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó la Resolución por la que se sancionó a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) con una multa de importe de seis millones (6.000.000) de euros, por la comisión continuada de una infracción muy grave¹, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 24 de febrero de 2016, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados 3a, 3b y 4², en relación

¹ SNC/DTSA/121/18

² Mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor (residencial y empresarial) -ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a, 3b 4-.

con la obligación de no discriminación (art. 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones -LGTel-³).

En concreto, en este procedimiento administrativo sancionador se probó que durante los años 2017 y 2018 Telefónica estuvo desarrollando la práctica discriminatoria generalizada de provisionar y resolver las averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra en peores condiciones, en términos de calidad y plazos, a las aplicadas para la provisión y mantenimiento de sus servicios minoristas equiparables, tanto a nivel nacional como en algunas provincias e incluso entre los operadores Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) y Orange Espagne, S.A.U. (Orange).

SEGUNDO.- Escrito de Orange por el que solicita la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por Telefónica a su compañía como consecuencia de la infracción cometida

El día 2 de junio de 2020 Orange presentó un escrito ante esta Comisión en el que indica que los hechos sancionados en el procedimiento SNC/DTSA/121/18 causaron daños y perjuicios relevantes a su compañía, por lo que solicita a este organismo que calcule y exija a Telefónica una indemnización en favor de Orange, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

A tales efectos, Orange aporta un estudio de los supuestos daños y perjuicios producidos por Telefónica (costes directos, perjuicios o lucro cesante, daños en la imagen de marca) y una estimación de la cuantía de la posible indemnización que solicita exigir a esta operadora, teniendo en cuenta los datos obrantes en el citado procedimiento sancionador.

TERCERO.- Declaración de confidencialidad

El 3 de noviembre de 2020 se declaró la confidencialidad de parte de la información aportada por Orange en su escrito de 2 de junio de 2020.

³ Este artículo tipifica como infracción muy grave “[e]l incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”.

En virtud de los artículos 12.5, 15 y 70.2 letra g), de la LGTel, la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

A la vista de la normativa citada y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para conocer y resolver sobre la solicitud de Orange es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, el presente procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y en la LRJSP.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la solicitud de Orange

Orange solicita que esta Comisión determine concretamente la indemnización por los daños y perjuicios que considera que esta operadora le ha ocasionado, como consecuencia de la infracción administrativa acreditada y sancionada por esta Comisión, en la Resolución de 22 de octubre de 2019 citada en el Antecedente Primero. En segundo lugar, Orange solicita que se exija a Telefónica el pago de dicha indemnización.

A este respecto, Orange manifiesta que “[l]a indemnización de daños y perjuicios supone el pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte afectada de los perjuicios derivados del incumplimiento, o, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 2010, “la reparación de la lesión inferida a la otra parte, siempre que se acredite la responsabilidad que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto”.

En este sentido, esta operadora añade que “[e]n el caso concreto que nos ocupa la citada responsabilidad de Telefónica como sujeto infractor de la norma (la obligación de no discriminación en la prestación de los servicios mayoristas) fue probada y sancionada por esa Comisión”.

Además, Orange alega que “[p]ara que la responsabilidad en materia de daños y perjuicios opere, es preciso probar y acreditar la producción de un daño. (...). El daño en el caso que nos ocupa se deriva de la necesidad de Orange de contratar el servicio mayorista NEBA FTTH para poder competir en el mercado de banda ancha de referencia tanto con Telefónica como con Vodafone”.

A la vista de lo anterior, Orange entiende que concurren todos los elementos necesarios (legitimación activa y pasiva –de Orange y Telefónica, respectivamente- y determinación del daño causado) para que esta Comisión pueda reclamar a Telefónica una indemnización por daños y perjuicios supuestamente ocasionados a su compañía, ya que considera que este organismo dispone de habilitación competencial para resolver sobre su solicitud, en virtud de lo dispuesto en los artículos 28.2 de la LRJSP, relativo a la “Responsabilidad”, y 97 a 105 de la LPAC, en relación con la “Ejecución” de las resoluciones administrativas.

SEGUNDO.- Inadmisión de la solicitud de Orange por falta de habilitación competencial de este organismo

El precitado artículo 28.2 de la LRJSP, en términos similares a lo establecido en el artículo 130.2 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁴, prevé, en los siguientes términos, la posibilidad de que el órgano que ejerza la potestad sancionadora exija al responsable de la comisión de una infracción administrativa una indemnización por los daños y perjuicios que haya ocasionado:

⁴ “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente”.

“Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

La única diferencia entre ambos artículos es que el actual 28.2 de la LRJSP recupera la capacidad de autotutela de la Administración para hacer cumplir sus resoluciones de reconocimiento de indemnización por daños y perjuicios, mediante la aplicación subsidiaria del medio de ejecución forzosa que establece el artículo 101 de la LPAC (apremio sobre el patrimonio del administrado), ya que el precepto anterior remitía al orden jurisdiccional la garantía de la ejecución de la resolución que determinase la indemnización por daños y perjuicios por parte del responsable, para el supuesto de que este no cumplierse voluntariamente lo dispuesto en la misma.

Para la interpretación del referido artículo 28, procede recordar que se encuentra circunscrito dentro del Capítulo III del Título Preliminar de la LRJSP, dedicado a los *“Principios de la Potestad Sancionadora”*, y que dichos principios han sido desarrollados a través de diferentes artículos en la LPAC, cuando aborda las especialidades del procedimiento administrativo sancionador (como, por ejemplo, los artículos 63 y 64, relativos al inicio del procedimiento, 77, sobre medios y periodo de prueba, y 85, 89 y 90 en relación con la terminación y la resolución del procedimiento).

En particular, el artículo 90, relativo a las *“Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores”*, al igual que establecía su homólogo, el artículo 22 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (y actualmente derogado), precisa y desarrolla en mayor medida lo dispuesto en el artículo 28.2 de la LRJSP a través de su apartado 4, al disponer que:

“[C]uando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las Administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa”.

En consecuencia, atendiendo a lo dispuesto en el referido artículo 90.4 de la LPAC, el ámbito objetivo de la citada habitación competencial de la Administración Pública, para exigir al responsable de la comisión de una infracción administrativa la reparación del daño causado, que reconoce el citado principio de “Responsabilidad” previsto en la LRJSP, está limitado a los daños que se hubieran producido a la misma Administración, no a los ocasionados a terceros, que deberán dirigir su reclamación a la jurisdicción civil⁵.

Sobre los daños producidos a terceros por la comisión de una infracción administrativa y su derecho a reclamar una indemnización, se pronuncia específicamente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)⁶, a través de su artículo 72, referente al “*Derecho al pleno resarcimiento*”, en los siguientes términos⁷:

- “1. Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria.***
- 2. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.*
- 3. El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.*

Por lo que, en la misma línea indicada, la LDC también prevé que el resarcimiento por los perjuicios ocasionados a terceros (ya sea persona física o jurídica), por la comisión de una infracción del Derecho de la competencia, debe ser reclamado ante la jurisdicción civil.

⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina. Por todos, véase el Capítulo V del libro “*La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones locales*” (en el capítulo de la obra a cargo de Manuel Rebollo Puig, dedicado a la “*Potestad Sancionadora y Responsabilidad en la Ley 40/2015*”); y Javier García Luengo, en su estudio para el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) sobre “*Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos*” (<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506842>).

⁶ Mediante la modificación de esta Ley se transpuso a nuestro ordenamiento nacional la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

⁷ La LGTel no contiene una previsión similar al respecto.

Finalmente, es de interés recordar que el Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado a través de varias sentencias⁸ señalando la falta de habilitación competencial de este organismo para pronunciarse sobre cuestiones meramente patrimoniales derivadas de los contratos de acceso e interconexión entre operadores, como son las cláusulas penales y las indemnizaciones de daños y perjuicios. Es decir, esta Comisión no es competente sobre las consecuencias patrimoniales derivadas de los conflictos entre operadores, o de la regulación dictada por el organismo, consecuencias que son de idéntica naturaleza a la indemnización solicitada por Orange, aunque esta esté motivada por la previa comisión de una infracción administrativa por parte de otro operador (Telefónica), determinada por esta Comisión mediante resolución.

En concreto, el TS ha indicado a esta Comisión que *“no hay diferencias sustanciales entre ambas figuras (la indemnización por daños y la penalización por retrasos) desde el punto de vista de la naturaleza “compensatoria” de los perjuicios producidos a causa del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes del contrato. Y, en esta misma medida, la exigencia de las penalizaciones ha de seguir, repetimos, el régimen jurídico-procesal aplicable a las indemnizaciones por incumplimientos contractuales”*.

Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto, debe inadmitirse la solicitud de Orange sobre su reclamación del pago de una indemnización por los presuntos daños provocados por la conducta infractora cometida por Telefónica, durante 2017 y 2018, al provisionar y mantener los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra solicitados por Orange en peores condiciones de plazos y calidad a las proporcionadas para la provisión y mantenimiento de sus servicios minoristas, pudiendo acudir la sociedad reclamante a la jurisdicción civil.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

ACUERDA

ÚNICO.- Inadmitir la solicitud de Orange Espagne, S.A.U. de calcular y exigir a Telefónica de España, S.A.U. el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su compañía, como consecuencia de la comisión de la infracción administrativa muy grave determinada en la Resolución de 22 de octubre de 2019.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que el mismo

⁸ Sirva por todas la Sentencia 2405/2016, de 10 noviembre. Esta sentencia hace referencia a las diversas sentencias dictadas previamente por la Sala Tercera del TS en el mismo sentido.

pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra él recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.