



Roj: **SAN 2600/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2600**

Id Cendoj: **28079230082022100255**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **16/05/2022**

Nº de Recurso: **2501/2019**

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: 0002501 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 17445/2019

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

Procurador: D. JUAN MANUEL MANSILLA GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dieciséis de mayo de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **2464/2019** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Juan Manuel Mansilla García**, en representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impone sanción de 6.000.000 de euros por infracción del artículo 76.12 LGTel.

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 anulando y dejando sin efecto la resolución recurrida o, subsidiariamente, se considere la comisión de una infracción leve o la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda se dio traslado a la Abogacía del Estado para que la contestara, presentando escrito en el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, imponiendo las costas a la parte actora.

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 30 de marzo de 2022.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la resolución impugnada se declara probado: "*Telefónica ha incurrido en diversas prácticas discriminatorias en los tiempos de provisión y de resolución de averías y en las condiciones de calidad de los circuitos provistos en los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, respecto del tratamiento dado a sus servicios minoristas equivalentes y entre operadores distintos, durante los meses de enero de 2017 y diciembre de 2018, tanto a nivel nacional como de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Pontevedra*".

Tras el examen de la cuestión, la CNMC concluye:

<<El análisis de las pruebas descritas y, principalmente, de los parámetros relativos a tiempos medios de provisión y de reparación de averías de los servicios NEBA cobre y fibra y su estudio comparado con los tiempos registrados por Telefónica para sus servicios minoristas comparables, durante los años 2017 y 2018, arroja suficientes pruebas de la existencia de una práctica discriminatoria generalizada por parte de Telefónica, tanto a nivel nacional como en algunas provincias, sobre la prestación de los servicios mayoristas citados en relación con sus servicios minoristas equivalentes e incluso entre Vodafone y Orange, cometida a lo largo de los dos años examinados.

En particular, dichas pruebas demuestran que ha existido una priorización de sus servicios minoristas en detrimento de:

- El tiempo de provisión del servicio NEBA cobre sin STB a nivel nacional y, en concreto, respecto de Vodafone, entre enero de 2017 y diciembre de 2018, agravándose dicho empeoramiento tanto durante toda la segunda mitad de 2017 como de 2018.
- El tiempo de reparación de averías del minorista de Telefónica es inferior al tiempo de reparación de averías del servicio NEBA cobre a nivel nacional. Respecto de VODAFONE, en los meses de marzo, abril y especialmente julio de 2017. Respecto de Orange, desde diciembre de 2017 hasta abril.
- Las condiciones de calidad de los circuitos provistos para el servicio mayorista NEBA cobre de los operadores alternativos, principalmente respecto a Vodafone, durante los años 2017 y 2018, al acumular unas tasas de incidencias de mantenimiento y de provisión muy elevadas respecto a las registradas en los circuitos provistos para su servicio minorista equivalente).
- El tiempo de provisión del servicio NEBA fibra a nivel nacional, entre enero y octubre de 2017 y entre diciembre de 2017 y enero de 2018.
- El tiempo de reparación de averías del servicio NEBA fibra a nivel nacional durante todo el año 2017 y enero de 2018, aunque para el caso de Orange dicha conducta se alargó hasta febrero de 2018, existiendo un trato discriminatorio entre Vodafone y Orange, en perjuicio de esta última.
- Las condiciones de calidad de los circuitos provistos para el servicio mayorista NEBA fibra de los operadores alternativos, principalmente respecto a Vodafone, durante los años 2017 y 2018, al acumular unas tasas de incidencias de mantenimiento y de provisión muy elevadas respecto a las registradas en los circuitos provisto para el servicio minorista equivalente de Telefónica.
- El tiempo de provisión del servicio NEBA cobre en la provincia de Pontevedra durante los meses de febrero y marzo y junio y julio de 2018 solo respecto de Vodafone, existiendo un trato discriminatorio respecto del resto del mercado, en perjuicio de esta operadora.
- El tiempo de resolución de averías de los servicios NEBA cobre y fibra, en la provincia de Pontevedra, principalmente desde diciembre de 2017 hasta febrero de 2018 respecto de Vodafone, y hasta marzo de 2018

para Orange, habiendo incurrido en una discriminación entre operadores en perjuicio de esta última empresa durante los dos años analizados, en particular en la resolución de averías del servicio NEBA fibra.

- En el tiempo de provisión del servicio NEBA cobre registrado en la provincia de Santa Cruz de Tenerife entre junio y noviembre 2018, meses en los que justo los tiempos medios de provisión minorista estuvieron disminuyendo en comparación con los registrados meses anteriores, existiendo además un trato discriminatorio entre los operadores en perjuicio de Vodafone.

- En el tiempo de resolución de averías de los servicios NEBA cobre (entre enero de 2017 y mayo de 2018) y NEBA fibra (entre enero de 2017 y diciembre de 2018) en la provincia de Santa Cruz de Tenerife; siendo la reparación de averías del servicio NEBA fibra el más afectado y habiendo incurrido en una discriminación entre operadores respecto de Orange, en los tiempos de resolución de averías del servicio NEBA fibra, durante los dos años analizados>>.

Como segundo hecho probado se señala: << *Telefónica ha hecho un uso improcedente de las paradas de reloj en la reparación de averías de los servicios mayoristas NEBA cobre y fibra, durante distintos periodos de tiempo comprendidos entre enero de 2017 y diciembre de 2018*>>.

También se realiza un examen de la cuestión y la CNMC concluye que se ha producido el referido uso improcedente de las paradas de reloj, fundamentalmente respecto de Orange y Vodafone en el periodo de tiempo indicado.

La resolución objeto de recurso afirma que, durante la instrucción, se ha probado que Telefónica: (i) ha incurrido en diversas prácticas discriminatorias en los tiempos de provisión y de resolución de averías y en las condiciones de calidad de los circuitos provistos en los servicios mayoristas "NEBA cobre y fibra", durante 2017 y 2018 -hasta diciembre de 2018, en concreto-, tanto a nivel nacional como de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Pontevedra e incluso entre operadores, y que (ii) ha hecho un uso improcedente de las paradas de reloj en la reparación de averías de estos servicios mayoristas de banda ancha, durante distintos periodos de tiempo comprendidos entre enero de 2017 y diciembre de 2018.

Tras el examen de las actuaciones practicadas, la CNMC concluye que una vez analizadas las conductas infractoras, llevadas a cabo por Telefónica y acreditadas en el expediente, Telefónica ha incumplido la Resolución de 24 de febrero de 2016, por vulnerar su obligación de no discriminación para los servicios mayoristas de banda ancha NEBA cobre y Fibra. "Estos incumplimientos han sido cometidos por Telefónica como consecuencia de haber suministrado los circuitos en peores condiciones de calidad y priorizar la provisión y resolución de averías de sus servicios minoristas en detrimento de los servicios mayoristas NEBA Cobre y Fibra, y por haber hecho un uso indebido de las paradas de reloj para la resolución de averías de estos dos servicios mayoristas, de conformidad con lo expuesto en su oferta de referencia NEBA".

SEGUNDO.- Tal y como ya hemos examinado en nuestra anterior sentencia, de 12 de abril de 2019, dictada en el procedimiento 54/2017, la CNMC tipifica los hechos como infracción del artículo 76.12 LGTel, "siendo el mismo tipo y sanción que los previstos en el anterior artículo 53.r) LGTel de 2003".

En la citada sentencia afirmábamos que señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, recurso de casación 2319/2011, en relación con la infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones, que dice: "Se consideran infracciones muy graves: [...] r) El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

<<En diversas ocasiones hemos tenido que revisar la imposición de sanciones acogidas al tipo definido por el apartado que se acaba de reproducir. Sin embargo, la utilización del tipo ha venido asociada bien a incumplimientos de mandatos concretos, bien en supuestos en los que no se suscitaba la cuestión aquí planteada de la idoneidad del tipo para su aplicación a un mandato específico contenido en alguna OBA.

Por otra parte, es claro y así lo hemos indicado ya en alguna ocasión, que el mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de modificación de una OBA no se circunscribe a la obligación literal de modificar y publicar la OBA nueva en los plazos especificados, sino que supone también la de cumplir los mandatos y especificaciones contenidos en la OBA de manera puntual y completa. Ahora bien, la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas impuestos al operador que ha de aplicarla, muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, y que con frecuencia afectan a intereses contrapuestos del operador dominante o con poder significativo por un lado y los operadores alternativos por otro. Pues bien, aduce la actora con razón, y ello va a determinar la estimación del presente motivo, que no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones. Y, en efecto, si un mandato como el acordado en la resolución de 14 de septiembre de 2.009 sobre modificación de la OBA supone no solo dicha modificación y publicación, sino asimismo el efectivo cumplimiento de una multiplicidad de obligaciones concretas contenidas en la OBA, resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA.

En nuestra Sentencia de 13 de noviembre de 2.013 (RC 4.037/2.010) confirmamos la Sentencia de instancia en la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TESAU contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2.006, en la que se le achacaban a la operadora una variada serie de comportamiento ilícitos que fueron calificados como un incumplimiento continuado y generalizado durante un determinado periodo de tiempo (enero de 2.004 a abril de 2.005) de diversos procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la OBA vigente entonces. En lo que ahora importa, entendimos correctamente aplicado el tipo que se discute, puesto que no se trataba del incumplimiento de una obligación concreta y específica contenida en la OBA, sino de un incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en ella. Pero no puede equipararse o identificarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una concreta obligación de una OBA con un incumplimiento continuado y generalizado de los mandatos contenidos en la OBA, como sucedía en aquella ocasión.

Hemos pues de estimar este motivo y anular la Sentencia en cuanto al tipo sancionador aplicado>>.

TERCERO.- Como señalamos en la citada sentencia del Procedimiento 54/17, en fecha 22 de enero de 2009, se dictó resolución por la CNMC, en la que se aprobó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), relativa a los Mercados 4 y 5, de acceso directo e indirecto de banda ancha. En dichos mercados, TESAU se califica de operador PSM, imponiéndosele una serie de obligaciones. Las obligaciones que se imponen se mantienen en la posterior resolución de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor (mercados 3a, 3b y 4), imponiéndose una serie de diversas y múltiples obligaciones para el operador PSM. Consecuencia de todo ello surgen las obligaciones cuyo incumplimiento es objeto del presente expediente sancionador que ahora examinamos.

Consideramos que, en el presente supuesto, se trata en todo caso del incumplimiento de "algunas" obligaciones impuestas en la resolución de 24 de febrero de 2016, por lo que no cabe apreciar la concurrencia del tipo del artículo 76.12 LGTel (infracción muy grave), pues no estamos ante el incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en la OBA u obligaciones impuestas en la señalada resolución, sino en concreto, la obligación de no discriminación que estipula la resolución de 24 de febrero, página 199 y Anexo 5, así como las paradas de reloj.

Reiterando la tesis que mantiene el Tribunal Supremo y esta propia Sala y Sección, consideramos que no se vulnera el tipo del artículo 76.12 LGTel, por el incumplimiento de alguna puntual obligación impuesta en una Resolución de la CNMC, de tan amplio alcance y contenido como la de 24 de febrero citada, por lo que procede, en este extremo la estimación de la demanda.

Al igual que ocurría en el supuesto que hemos citado en nuestra sentencia del procedimiento 54/17, también en este caso, la parte actora considera que, en su caso, se habría producido la infracción del artículo 78.12 LGTel, infracción leve, lo que recobra virtualidad pues, como decimos, entendemos que no resulta acreditado -a los efectos sancionadores que nos ocupan- la conducta infractora como incumplimiento de una resolución de la CNMC (artículo 76.12 LGTel).

A estos efectos puede resaltarse que es precisa la concurrencia de "servicios equivalentes" (técnicamente), condiciones equivalentes (plazos comparables) y "circunstancias semejantes" (artículo 14.1 LGTel, artículo 8 Reglamento de Mercados y artículo 10 de la Directiva de Acceso), lo cual es contradicho de manera fundada por el informe técnico que se aporta por la parte actora. Sin que sea preciso, a juicio de la Sala, aceptar el criterio del técnico de la actora sobre el de la CNMC, puede cuestionarse la concurrencia de una "estricta equivalencia entre los servicios sometidos a la comparación" en términos que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo que cita la parte recurrente (STS 2 de julio de 2014). Puede también precisarse que la equivalencia entre actividades mayoristas de la OBA, se realizó en la resolución de 22 de mayo de 2008, en relación a procedimientos minoristas de Telefónica, pero no existe similar decisión respecto de los servicios mayoristas NEBA, Cobre o Fibra. Elementos que cuestionan el incumplimiento generalizado de la obligación impuesta.

Además, por una parte, la equivalencia entre los servicios mayoristas NEBA y los minoristas de TESAU, se realiza específicamente en la decisión sancionadora, sin estar expresa y claramente delimitada con anterioridad. Por otra parte, en la resolución de febrero de 2016, se vincula la obligación de no discriminación con el Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS), es decir, la obligación de TESAU pivota sobre el cumplimiento de los ANS de la oferta NEBA.

En el presente supuesto nos movemos, por todo lo expuesto, en el ámbito de la calidad de los servicios que se prestan por el operador PSM a los otros operadores, tal y como en cierta forma, se plasma en la propia resolución sancionadora y se viene a admitir en la prueba técnica de la actora. Estamos ante los indicadores de calidad que se contemplan en los ANS. En los Acuerdos de Nivel de Servicio, se definen los distintos indicadores orientados a garantizar la calidad del servicio que debe prestar el operador PSM a los otros operadores.

Se recoge en la resolución recurrida los distintos indicios de presunto incumplimiento, por parte de TESAU, de indicadores de calidad (incidencias de provisión por cada 100 circuitos, número de averías por cada 100 circuitos,.....), lo que determina el inicio del presente expediente sancionador y la declaración de comisión del tipo infractor.

En términos que refleja la actora, la infracción podría encuadrarse en el tipo del artículo 78.12 LGTel, como falta leve por "incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio". Las infracciones leves, se sancionan con multa hasta 50.000 euros (artículo 78.1.d) LGTel).

Pues bien, dados los términos del debate, la conducta que se refleja en la resolución objeto de examen y los criterios de proporcionalidad que también se indican en la misma, considera la Sala que resulta ajustado imponer la sanción en cuantía de 50.000 euros.

CUARTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, dadas las razonables dudas fácticas y jurídicas que plantea el caso, así como los términos del debate, no procede efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Juan Manuel Mansilla García**, en representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 22 de octubre de 2019, que impone sanción por infracción del artículo 76.12 LGTel, la cual anulamos por su disconformidad a derecho.

SEGUNDO.- Imponer a la recurrente la sanción de 50.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 78.12 LGTel, desestimando el recurso en todo lo demás.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento en costas.

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.