



Roj: **SAN 3535/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3535**

Id Cendoj: **28079230082022100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/05/2022**

Nº de Recurso: **943/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000943 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02509/2017

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

**Procurador:** D<sup>a</sup> GLORIA ROBLEDO MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D. **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintidós.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **943/2018**, seguido a instancia de la mercantil **Telefónica de España, S.A.U**, representada por la procuradora de los tribunales **D<sup>a</sup> Gloria Robledo Machuca**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 3.000.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:



1. El 3 de julio de 2015 la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificó a Telefónica de España, S.A.U. el inicio de un expediente de información previa motivado por la comunicación enviada por Vodafone España, S.A.U. relativa a la existencia de incidencias en el cumplimiento de los niveles de calidad por parte de Telefónica para la provisión y mantenimiento de los servicios mayoristas Oba, Neba y Orla, en su posición de operador con poder significativo de mercado en los mercados 4 y 5 (actuales mercados 3.a, 3b y 4), debido a la huelga de ámbito nacional iniciada en abril de 2015 por los técnicos de las empresas colaboradoras (en adelante, EECC) contratadas por esta operadora para los trabajos de provisión de servicios mayoristas y minoristas sobre su red fija.

2. Mediante acuerdo de 10 de marzo de 2016, se incoó el correspondiente procedimiento sancionador a Telefónica.

3. Mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 7 de marzo de 2018, se acordó:

"PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas."

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de tres millones de euros (3.000.000 €) por la anterior conducta."

**SEGUNDO:** Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

*1. Ausencia de tipicidad y de antijuridicidad en relación con la resolución de mercados de 2009:*

1. La resolución de mercados 2009 presuntamente vulnerada no contempla obligación alguna en mantenimiento para el servicio Neba y, además, no se han tenido en cuenta las excepciones previstas en las Ofertas Mayoristas que eximen de responsabilidad a Telefónica, cuando existen causas imputables a los operadores, sus clientes y/o por causas de fuerza mayor, como la ocurrida en este caso: una huelga excepcional de entidades colaboradoras, imprevisible y ajena a Telefónica desarrollada en abril y agosto de 2015.

2. En concreto, las conductas presuntamente infringidas son:

En provisión, de los diez servicios mayoristas analizados, se limita al servicio NEBA fibra, durante los meses de abril a noviembre de 2015.

*En mantenimiento*, de los diez servicios mayoristas analizados se limita la resolución a los servicios de acceso compartido sin STB, NEBA fibra y acceso desagregado, durante los meses de abril a agosto de 2015.

3. El perjuicio supuestamente causado por Telefónica no es generalizado, ni constante en el tiempo, ni ha causado perjuicio real a la competencia y, además, no tiene origen en un acto volitivo suyo.

4. Las únicas obligaciones que la referida resolución impone a Telefónica son las de aportación de acuerdos, facilitar mensualmente los parámetros de calidad de los servicios de desagregación al bucle que presta a terceros y de los servicios equivalentes en autoprovisión y formalizar las condiciones técnicas, económicas y de suministro de información. Obligaciones todas ellas ejecutadas por Telefónica, sin que haya sido cuestionado de contrario.

5. Atendiendo al contenido literal de las obligaciones contenidas en la referida resolución de mercados de 2009, se extraen las siguientes conclusiones: i) exclusivamente se refieren a la provisión (suministro) de servicios, ii) sólo se pronuncian sobre los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle, acceso de banda ancha y acceso a las infraestructuras de obra civil, nada dice de los servicios mayoristas NEBA u ORLA, iii) se deben aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes y iv) contienen otras obligaciones para controlar el cumplimiento del principio de no discriminación, que Telefónica ejecutó sin incidencia alguna.

6. La resolución recurrida no tiene en cuenta las diferencias técnicas y organizativas existentes entre servicios mayoristas y minoristas en *mantenimiento*, como son las falsas averías y paradas de reloj imputables a un



tercero. Por tanto, no existe la equivalencia necesaria y como indica el artículo 8 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en ese caso podrán imponerse obligaciones que apliquen condiciones equivalentes, obviamente mediante una resolución expresa y motivada.

7. Las ofertas reguladas que contienen el compendio de obligaciones de Telefónica y de los operadores, tampoco incluyen, en contra de lo manifestado por la resolución recurrida, los criterios de equivalencia -tanto de servicios como de procedimientos- aplicables para el mantenimiento, de acuerdo con la siguiente exposición:

*-En lo que respecta a la provisión*, el único servicio afectado es el de Neba fibra, que no se menciona en la resolución de 2009, pues la tecnología Neba se desarrolló a partir de 2012.

La única referencia de la equivalencia entre el servicio NEBA fibra y el servicio de fibra minorista se encuentra en la nota al pie número 5 de la página 10 de la resolución recurrida que incluye una tabla elaborada por CNMC para este procedimiento que, a mayor abundamiento, solo contiene la equivalencia de cinco de los diez servicios mayoristas analizados y en el que se incluye, por primera vez, la equivalencia de los servicios mayoristas NEBA (cobre y fibra) con los minoristas.

Invoca la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2014 (rec.3020/2011), que en su supuesto análogo subrayó que el derecho administrativo sancionador no admite interpretaciones extensivas.

Esta comparativa irregular no sólo afecta a NEBA fibra, sino también a NEBA Cobre, en tanto que CNMC lo compara, al menos en las gráficas contenidas en la resolución recurrida, con el servicio ADSL de Telefónica.

En opinión de la recurrente la comparación es sorprendente porque atendida la redacción de la OBA, la comparativa del servicio de ADSL de Telefónica lo sería, en todo caso, con el de prolongación de Par (acceso compartido), no con los servicios de acceso indirecto, lo que evidencia que la regulación vigente no incluye el servicio minorista de Telefónica equiparable a NEBA cobre, como acredita el comportamiento posterior de la CNMC.

*- En cuanto a los tiempos utilizados* para determinar la presunta comisión de una conducta infractora, la resolución recurrida tampoco aclara el criterio de comparación de tiempos que emplea.

Las gráficas contenidas en la resolución recurrida contienen comparaciones de tiempos medios totales y efectivos de servicios mayoristas frente a minoristas, sin precisar qué tiempos ha utilizado cuando, en todo caso, la regulación prevé la existencia de "paradas de reloj" en los servicios mayoristas (tiempos efectivos), por causas imputables a terceros operadores y sus clientes y/o por causas de fuerza mayor, como la que motiva este procedimiento y eso no se ha tenido en cuenta.

La propia CNMC reconoce que los indicadores que ha venido utilizando para analizar la discriminación -incluido en el procedimiento que nos ocupa- no son adecuados y por ello, crea "otro", ad hoc, en una nueva resolución.

Ni la resolución de mercados 2009 ni las ofertas reguladas contemplan qué información, plazos y/o en qué situaciones de fuerza mayor deben adoptarse medidas adicionales.

Entre los cientos de obligaciones impuestas a Telefónica, no se encuentra la de adoptar "medidas" o "procedimientos específicos" de actuación ante situaciones como las producidas ante una situación excepcional, como ha sido la huelga, máxime cuando Telefónica mantuvo una comunicación activa con los operadores.

Lo que sí se recoge expresamente es que se exime a Telefónica de la responsabilidad ante terceros, en el cumplimiento de plazos, cuando existen causas de fuerza mayor, como lo fue la huelga sufrida.

*-En cuanto a la obligación de no discriminación*, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 b) LGTel, se exige aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes.

Durante la huelga se dieron una serie de condiciones y circunstancias que nunca habían aparecido en el sector, habiéndose producido los sabotajes exclusivamente en la red de Telefónica, no en la de los 29 terceros y todos ellos fueron provocados por empleados de las empresas colaboradoras con una causa-efecto directa en la provisión y mantenimiento, tanto en los servicios minoristas como mayoristas.

La resolución impugnada reconoce la eximente de fuerza mayor por causas de la huelga para los niveles de calidad, cuyo cumplimiento excluye la discriminación, señalando la STS de 2 de julio de 2014 antes citada que el cumplimiento de los plazos de la Oba excluye un comportamiento discriminatorio.



En dicha sentencia se indica que "difícilmente podría admitirse la culpabilidad en una conducta que respeta la previsión expresa y específica de la norma reguladora de la misma por aplicación de una prohibición genérica de discriminación".

La resolución impugnada contiene una afirmación incierta cuando afirma que "a efectos de analizar posibles prácticas discriminatorias, se utilizará el tiempo medio de provisión de los servicios mayoristas y de los equivalentes minoristas en autoprestación de Telefónica, sin descontar incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza, es decir, tiempos medios totales".

Sólo resultan de aplicación los tiempos medios totales a los cinco servicios y o tareas recogidos en el apartado C del capítulo 7 "Sistema común de información de planificación y seguimiento" de la OBA donde sí se establece que para determinadas tareas concretas "no se descontarán incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza".

-En cuanto a la Oferta NEBA, la única referencia sobre plazos que encontramos en el Anexo 4 invocado en la resolución recurrida, se refiere al incumplimiento de plazos, no a la discriminación: "En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de los servicios cuya responsabilidad sea de Telefónica, serán de aplicación las correspondientes penalizaciones, calculadas como un porcentaje de la cuota de alta del servicio, conforme a la siguiente tabla (penalizaciones mutuamente excluyentes)".

-En cuanto al principio de no discriminación, la única referencia se encuentra en su página 272 de 284 que textualmente dice: "Telefónica garantizará que el tiempo medio de provisión de los servicios mayoristas a otros operadores no excederá al tiempo medio de provisión de los servicios equivalentes de Telefónica en autoprestación."

A la vista de las Ofertas vigentes en ese momento, se constata que éstas no contenían la referencia expresa a los servicios equiparables y tiempos a utilizar para realizar la equiparación en mantenimiento. Aspecto este fundamental para determinar que la comparativa realizada en las gráficas 1 a 16 de la resolución recurrida no tiene sustento en la regulación vigente.

Resulta incongruente sancionar a Telefónica sin tener en cuenta que los tiempos y servicios analizados están afectados por esa causa de fuerza mayor, ya que la huelga ha sido considerada como causa de fuerza mayor para los niveles de calidad, que son los que utiliza la CNMC para determinar si se produce vulneración del principio de no discriminación.

## *II. Vulneración del principio de seguridad jurídica y de presunción de inocencia.*

1. Los indicadores de calidad de los servicios prestados por Telefónica, se vieron afectados de forma directa por la huelga de personal de las EECC.

2. La resolución reconoce que, analizados los servicios mayoristas objeto del expediente sancionador frente a los tres servicios minoristas durante el año 2015, "todos los servicios, en mayor o menor medida se han visto afectados durante el periodo de huelga."

3. En consecuencia, debe descartarse una actuación directa y dolosa de Telefónica toda vez que la huelga se produjo por personal de EECC sobre el que Telefónica no tiene potestad alguna de control ni posibilidad de mediación.

4. Ante la huelga, Telefónica realizó priorizaciones objetivas, informó de la existencia de la huelga y su gravedad a las distintas Administraciones y realizó reparaciones derivadas de los sabotajes que causaron daños directos en la propiedad de Telefónica.

5. La CNMC ha cometido errores en las comparativas y extracción de datos, de acuerdo con la siguiente exposición:

### *En la comparativa de servicios realizada.*

La resolución recurrida no tiene en cuenta la diferencia entre provisión y mantenimiento al realizar la equivalencia de servicios, pues ni la resolución de mercados de 2009 se refiere al mantenimiento de servicios, ni realiza un análisis que permita extrapolar la provisión al mantenimiento, ni realiza ninguna equivalencia para el servicio NEBA Fibra y Cobre, en general.

### *Errores materiales en las conclusiones extraídas de las gráficas.*

En provisión NEBA fibra, único servicio mayorista sobre el que CNMC considera que se ha producido incumplimiento, las Gráficas de las páginas 12 a 14 de la Resolución recurrida muestran claramente que, en abril de 2015, los indicadores de tiempo medio -total y efectivo- de NEBA fibra, reflejan niveles equivalentes.



En consecuencia, no es cierto, como concluye la resolución recurrida, que en abril de 2015 los niveles de este servicio estuvieran por encima de la fibra minorista. Y lo mismo ocurre en septiembre de 2015 en tanto que, a la vista de las Gráficas 1 a 4, se evidencia que, y así lo reconoce la CNMC se produce un acercamiento.

Respecto a noviembre, las gráficas muestran indicadores coincidentes y así lo recoge la CNMC en la Resolución recurrida.

En consecuencia, a simple vista se constata que es totalmente incorrecto que

Telefónica haya realizado presuntas prácticas discriminatorias en la provisión del servicio NEBA fibra entre los meses de abril y noviembre de 2015.

En mantenimiento,

Las gráficas de la resolución recurrida muestran que, durante los meses de abril, julio y agosto, los resultados de comparar el servicio mayorista NEBA fibra con el minorista fibra, son coincidentes y/o próximos entre sí.

*En lo concerniente al servicio desagregado*

La presunta distorsión de tiempos se limita a un mes, junio y en el acceso compartido no se produce distorsión alguna.

En consecuencia, tampoco ha quedado acreditado que se haya incurrido en presuntas prácticas discriminatorias en mantenimiento, entre abril y agosto de 2015.

*No se han excluido las falsas averías en el análisis:*

La propia CNMC reconoce la necesidad de excluir las falsas averías por no encontrarse en la red de Telefónica, ya que se producen en mantenimiento y en consecuencia no pueden ser resueltas por Telefónica.

Al no haberse excluido se produce un importante error de base, pues la CNMC incluyó más de 145.000 averías cuyo ámbito de responsabilidad no era de Telefónica y que deberían haber sido excluidas.

La CNMC no ha tenido en cuenta los indicadores de calidad del servicio de resolución de incidencias.

*La mayoría de los servicios mayoristas se han provisionado en mejores tiempos que los minoristas.*

*Incremento de la demanda en septiembre.*

La CNMC no ha tenido en cuenta que, tras la huelga, se produjo un incremento de la demanda que no afectó de igual modo a todos los servicios analizados pero que supuso una situación excepcional en sí misma.

En definitiva, la prueba practicada por la CNMC se ha obtenido sin tomar las garantías oportunas y sin respetar los propios criterios de la propia CNMC, convirtiéndola así en nula por conculcar los principios de tipicidad y legalidad que exige el artículo 25 Constitución para la imposición de sanciones, así como la presunción de inocencia del art. 24 Constitución.

6. No ha quedado probado el perjuicio a la competencia:

La demanda global de provisión de servicios minoristas y mayoristas fue de 2,308 millones de líneas, distribuidas como sigue: desagregado (23,7%); banda ancha de fibra (22,8%); banda ancha de cobre (22,4%); servicio telefónico básico (13,5%); compartido sin servicio telefónico básico (7,3%); NEBA fibra (4,9%); resto (5,4%)."

La demanda del servicio NEBA Fibra, sobre el que la CNMC pone el foco, es residual frente a la del resto de servicios mayoristas y minoristas, lo que contradice la fundamentación realizada en la resolución recurrida.

Además, a la vista del expediente administrativo se verifica que no consta prueba alguna que acredite el efecto negativo directo en la competencia que avale la tesis de la CNMC.

La CNMC no se ha pronunciado ni realizado análisis alguno es sobre el peso en el mercado de los servicios afectados por el presunto incumplimiento, a pesar de que la resolución recurrida versa sobre el principio de no discriminación y su afectación en la competencia.

Tras el análisis de los propios datos manejados por CNMC, Telefónica constata que el grado de afectación en NEBA fibra a la denunciante, Vodafone, fue nulo, puesto que sólo solicitó siete accesos, que representa el 0,003% de la provisión total del servicio NEBA fibra, en el 2015.

7. La actuación de Telefónica se ha basado en criterios objetivos y razonables:

Telefónica priorizó averías por volumen o servicios críticos y por decisión de los propios operadores, conducta ésta opuesta a discriminar a estos.



Si se tiene en cuenta el total de los diez servicios mayoristas analizados, lo que se evidencia es el carácter residual y temporal de algún desajuste en algún servicio concreto que debe contextualizarse y no se ha hecho, a pesar de que CNMC reconoce que la actuación de Telefónica fue correcta, entre mayo y junio de 2015.

### *III. Vulneración del principio confianza legítima y el de seguridad jurídica:*

1. Además de lo expuesto, la resolución recurrida se separa de los criterios adoptados por CNMC en anteriores resoluciones en tanto que: i) sólo tiene en cuenta los indicadores de tiempo y no valora la existencia de una huelga de personal de las EECC y el volumen total servicios afectados, ii) no tiene en cuenta el grado residual de separación de los indicadores comparados y iii) no extrae del análisis las falsas averías, ni su porcentaje.

2. La vulneración del principio de confianza legítima se ha producido en este caso cuando:

- El marco regulatorio no fija cómo debe actuar Telefónica ante una situación ajena, excepcional e imprevisible, como fue la huelga de personal de EECC.

- La CNMC se separa de los criterios adoptados en otros procedimientos, al no extraer las falsas averías y las paradas de reloj imputables a operadores, sus clientes o fuerza mayor.

-La CNMC, como el resto de las Administraciones, fue informada de la existencia de la huelga sin precedentes y no impuso medida excepcional alguna que hiciera pensar a Telefónica que debía actuar de un modo distinto a como actuó.

-La propia resolución aplica criterios diferentes en cuanto a la huelga, pues lo considera eximente para analizar los niveles de calidad, pero no en discriminación.

3. Telefónica ha actuado haciendo prevalecer la prestación de servicio implantando medidas objetivas y razonables que CNMC no ha cuestionado en el expediente sancionador.

### *IV. La resolución es arbitraria y carece de motivación. uso de la norma infractora en blanco:*

1. La resolución recurrida es arbitraria, pues se han producido las siguientes contradicciones e irregularidades en la misma:

Ni la Resolución de Mercados 2009 ni las Ofertas mayoristas recogen cómo debe actuar Telefónica ante supuestos de fuerza mayor en los que su capacidad de actuación se ve mermada porque se trata de personal ajeno a Telefónica que decide convocar una huelga salvaje en la que se produjeron más de 4.000 sabotajes en la red e instalaciones de Telefónica.

A pesar de que Telefónica realizó un esfuerzo extraordinario en explicar a CNMC los criterios de priorización observados, se la sanciona por varios meses concretos y en lo que respecta a un servicio concreto.

La ausencia de regulación deja un amplio margen de discrecionalidad a la CNMC que ha conducido al órgano regulador a la arbitrariedad, sin atender a las causas objetivas existentes- huelga sin precedentes en el sector- ni a las medidas adoptadas por Telefónica -todas ellas objetivas y razonables-.

#### *2. La resolución recurrida no está motivada*

-La resolución recurrida, no motiva las razones que han llevado a imponer una sanción y se limita a realizar un discurso vago, toda vez que nada dice la norma en cuanto al porcentaje y grado a tener en cuenta para determinar que nos encontramos ante una conducta discriminatoria.

-En cuanto a la modificación del periodo objeto del sancionador, si bien CNMC unió al expediente sancionador los indicios obtenidos en la tramitación del expediente IFP/FTSA/981/15 para la huelga abril a junio de 2015-, posteriormente amplió el periodo objeto del procedimiento hasta noviembre, con motivo de un correo electrónico enviado por el operador Vodafone, sin que éste acreditara perjuicio alguno en la competencia y sin tener en cuenta las acciones positivas de Telefónica para paliar los efectos de la huelga.

-Al imponer la sanción definitiva, el Consejo duplica el importe inicialmente propuesto por la instrucción.

-Para ello, el Consejo empleó expresiones indeterminadas, que no acreditan, ni afección de la capacidad competitiva de los operadores, ni beneficio indirecto de la prestación de servicios minoristas, ni dolo y/o plus de intencionalidad.

-La resolución no ha motivado las razones por las que no ha tenido en cuenta que se ha producido una causa objetiva -huelga sin precedentes en el sector- ajena a su ámbito de control, ni la totalidad de los datos obtenidos del análisis que precisamente demuestran que de los diez servicios mayoristas analizados sólo uno de ellos se ha visto afectado en provisión y mantenimiento de forma residual y temporal.

#### *3. La resolución recurrida utiliza el artículo 76.12 LGTEL como norma en blanco.*



-La CNMC sanciona a Telefónica al considerar que se ha producido la comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 LGTel que establece como muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, en este caso, la resolución de Mercados de 2009, a pesar de que ésta no contiene la referencia expresa a los servicios equiparables y tiempos que deben utilizarse para determinar si se ha producido discriminación por parte de Telefónica

-La aplicación del artículo 76.12 LGTel, se hace en términos generales, mediante la remisión a una resolución administrativa en la que se pretende integrar todo tipo de conductas mediante extrapolaciones, sin que se produzca una correcta identificación de estas en los términos que exige el art. 129.3 de la derogada LRJPAC, equivalente al artículo 27 de la LSP.

#### V. Sobre la culpabilidad

1. La huelga de las EECC es una causa objetiva que se debe tener en cuenta a la hora de determinar la culpabilidad de Telefónica.

-Invoca el artículo 1105 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo aplica, por tratarse la huelga de una situación imprevisible, excepcional y ajena a Telefónica.

-Dicha circunstancia extraordinaria ha provocado la imposibilidad para Telefónica de cumplir los niveles de calidad en la prestación de servicios como lo había venido prestando hasta el inicio de la huelga.

-La propia resolución recurrida dispone que "Resulta evidente que la huelga afectó al cumplimiento de los niveles de calidad de prestación de los servicios", pero no extrae las debidas consecuencias al evaluar la discriminación.

2. Telefónica, encontrándose ante un supuesto de fuerza mayor, ha actuado:

*Provisionado* y mantenido los servicios, en cumplimiento de sus obligaciones regulatorias, sin denegación alguna, en unos tiempos afectados por la huelga.

*Cumpliendo* las obligaciones de información periódica de los indicadores a la CNMC.

*Flexibilizando* las priorizaciones a requerimiento de los propios operadores, lo que confirma una comunicación activa con los operadores para hacer prevalecer la prestación de los servicios respetando la priorización realizadas por aquellos.

El criterio utilizado por Telefónica fue objetivo, basado en volumen y/o antigüedad, como lo evidencia el volumen de servicios mayoristas y minoristas en ese periodo: Así, el servicio minorista de fibra hasta el hogar FTHH era el segundo servicio más demandado (el 22,8%), mientras que el servicio comparado con este, el mayorista de NEBA fibra, era de los menos demandados (el 4,9%).

Esta priorización por volumen explica que el minorista de fibra FTHH se provisionara de forma prioritaria frente a NEBA fibra, de forma similar a como Telefónica hizo con el resto de los servicios mayoristas en los que la CNMC verifica que no hubo discriminación en la provisión de los servicios más demandados, como el mayorista desagregado o compartido, en los que se aplicó esta priorización por volumen.

*Informando a los operadores*, sin que exista una norma que regule cómo, cuánto y cuándo debe realizarse.

3. Telefónica -que no es la empresa que mantiene relación contractual con los huelguistas- no puede obligar a personal de las EECC a mantener ningún tipo de servicio mínimo y o a sustituir a su personal.

-Las EECC con las que Telefónica mantiene una relación contractual disponen de sus propios equipos técnicos y profesionales, contratados directamente y/o subcontratados, que se ocupan de tramitar la provisión y/o resolución de incidencias, tanto de los servicios minoristas como de los mayoristas.

-Además, los contratos entre Telefónica y las EECC no contienen cláusula alguna por las que Telefónica tenga derecho y/o potestad para intervenir en cómo debe gestionar la EECC a su personal, su formación ni, en menor medida, las condiciones económicas o laborales o el grado de especialización de sus empleados.

#### VI. Indefensión.

1. A pesar de haber solicitado el acceso al expediente en numerosas ocasiones, en el momento de la notificación de la propuesta de resolución no se acompañó la relación de documentos obrantes en el procedimiento, como dispone el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, a fin de que Telefónica hubiera podido obtener copias de los documentos a los que no hubiera tenido acceso, como es el caso del Informe de la Sala de Competencia que se menciona en la resolución impugnada, por lo que, en ningún momento pudo pensar que se había incorporado un documento adicional, lo que le ha provocado indefensión.



-Dicho informe era relevante porque manifiesta que la conducta de la recurrente vulneró la libre competencia, lo que Telefónica niega.

-Además, se le denegó sin motivación una prueba testifical relevante para demostrar las acciones positivas de Telefónica, con lo que quedó menoscabado el principio de la presunción de inocencia.

#### *VII. Non bis in idem: artículo 25 Constitución .*

1. Existen dos procedimientos sancionadores, el presente y el SNC/DTSA/016/15 que se ha seguido ante esta misma Sala (PO 54/2017), en los que, en opinión de Telefónica, se ha producido una conculcación del principio de non bis in idem en un periodo de tiempo coincidente, entre los meses de abril a octubre de 2015, para un mismo hecho, el mantenimiento y/o gestión de averías de servicios mayoristas.

2. En ambas resoluciones, se constata que existe coincidencia en el sujeto y hechos en tanto que se está sancionando a mi representada, en un mismo periodo de tiempo comprendido entre abril y 31 de octubre de 2015, por un mismo hecho, la gestión de averías (mantenimiento) de los servicios mayoristas.

3. Asimismo, coincide el tipo infractor, art. 76.12 LGTel, por presunto incumplimiento de una resolución firme en vía administrativa que, en ambos casos, trae origen en la de Mercados de 2009 y en ambas se analiza un mismo hecho: el mantenimiento de los servicios mayorista

4. El procedimiento SNC/DTSA/016/15 sanciona a Telefónica por una infracción formal (gestión de falsas averías) derivada de una obligación recogida en la Resolución de Mercados 2009, por lo que los hechos por los que se sanciona a Telefónica en una y otra resolución están inequívocamente ligados.

5. A mayor abundamiento cabe resaltar que en el procedimiento PO 54/2017 la propia demandada reconoce expresamente que en ambos procedimientos se está sancionando por los mismos hechos, fundamento y sujeto.

#### *VIII. La nulidad de la resolución de la CNMC como consecuencia de las anteriores infracciones*

#### *IX. De forma subsidiaria, sobre la cuantificación de la sanción impuesta. aplicación del principio de proporcionalidad*

##### *1. Sobre el incremento de la sanción*

-La propuesta de resolución, contrariamente a lo que se indica en la resolución impugnada, sí analizó los criterios de graduación contenidos en la LGTel y la conclusión fue que no apreció la concurrencia de los criterios de graduación contenidos en el artículo 80 LGTel, por la falta de datos concluyentes y cuantificables sobre los daños de los competidores no se ha entendido como procedente por esta instrucción apreciar la concurrencia de los criterios de graduación...".

-Al no darse ninguna de las agravantes contenidas en el citado artículo 80 LGTel, decide proponer a Telefónica una sanción de 1.500.000 de euros al apreciar intencionalidad y reiteración, prevista en el artículo 131.3 a) de la derogada LRJPAC.

-El incremento de un millón y medio de euros, no fue motivado y resulta desproporcionado

-A fecha de dictarse el Acuerdo de modificación de sanción, no obraba en el expediente administrativo prueba alguna que acreditara la intencionalidad de Telefónica

##### *2. Criterios de graduación*

-No ha quedado acreditado el perjuicio, ni a los operadores alternativos, ni a los usuarios, ni al mercado.

-No ha quedado acreditado que Telefónica se haya beneficiado por la conducta sancionada.

En consecuencia, se ha aplicado indebidamente el artículo 131 de la Ley 30/1992 y se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la fijación de la multa.

**TERCERO:** La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

**CUARTO:** Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

**QUINTO:** Señalado el día 9 de febrero de 2022 para la deliberación, votación y fallo, en dicha reunión se acordó posponer tales actuaciones hasta el 4 de mayo de 2022 fecha en la que efectivamente tuvieron lugar.

**SEXTO:** Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.





## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 7 de marzo de 2018, por la que se acordó:

"PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución, de 22 de enero de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas."

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de tres millones de euros (3.000.000 €) por la anterior conducta."

**SEGUNDO:** La primera cuestión que debe analizarse es la relativa denunciada ausencia de motivación de la resolución impugnada, cuestión que trataremos con la denuncia de la recurrente vinculada a la falta de acceso a determinados informes técnicos lo que, en su opinión, le causó indefensión.

Este motivo de recurso debe desestimarse por los siguientes motivos:

1. La obligación de motivar las resoluciones administrativas constituye una exigencia legal impuesta por los artículos 54 de la Ley 30/1992 de 30 de noviembre aplicable al caso por razones temporales y los vigentes artículos 88 y 90 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Cuando se trata de disposiciones sancionadoras, esta regulación alcanza una dimensión constitucional, ya que el ejercicio de la potestad sancionadora es una manifestación del ius puniendi del Estado y en consecuencia su ejercicio está limitado por la aplicación, con determinadas modulaciones, de las garantías del proceso penal entre las que se encuentra la obligación de motivación ( STC 18/1981 ampliamente reiterada).

2. Una resolución satisface las exigencias de motivación cuando delimita de manera individualizada las circunstancias particulares de los destinatarios de la misma y ofrece una respuesta congruente a la petición formulada, de tal forma que pueda identificarse sin dificultad la razón que informa la decisión, facilitando con ello la formulación por parte de los destinatarios de la resolución de los correspondientes recursos.

Las alegaciones de la recurrente no desvirtúan el cumplimiento de estas exigencias, ya que su discrepancia se refiere más bien a su divergencia con los criterios seguidos por la CNMC.

3. Tampoco se le ha causado indefensión a Telefónica por el hecho de haber ampliado el Consejo los hechos inicialmente fijados en la primera propuesta de resolución, sobre la base de que Telefónica había aprovechado la afectación generalizada ocasionada por la huelga. En realidad, de dicha circunstancia se dio traslado a la recurrente acompañando la información necesaria que fue empleada en la resolución finalmente adoptada, tal y como prescribía el artículo 20.3 de la Ley 30/1992 .

4. Solo en el caso de que se hubiera empleado en la resolución impugnada alguna información de la que no se hubiera dado traslado a la recurrente, lo que no ha ocurrido, podría considerarse cometida la infracción denunciada.

**TERCERO:** A continuación, debe analizarse la alegación relativa a la eventual concurrencia de la figura del "non bis in idem" que, en opinión de la recurrente, habría supuesto una infracción del artículo 25 CE que imputa a la CNMC.

Tampoco podemos acoger este motivo de recurso, por los siguientes motivos:

1. Ciertamente se siguió en esta Sala y Sección el procedimiento ordinario nº 54/2017, que culminó con la sentencia de 12 de abril de 2019, pero ello no significa que dicho enjuiciamiento coincida plenamente con el que motiva estas actuaciones, en cuyo caso sí procedería acceder a la petición de nulidad formulada por Telefónica.

2. El objeto del procedimiento nº 54/2017 recayó sobre unos denunciados incumplimientos de los acuerdos de nivel de servicios (ANS) vinculados a la huelga descrita en los antecedentes de esta resolución y más en concreto por el incumplimiento de los plazos regulados en la provisión y mantenimiento de servicios mayoristas y minoristas desde la problemática de las falsas averías, lo que no es objeto de este procedimiento.



3. Por el contrario, el objeto del procedimiento que da lugar a esta sentencia se centra en la priorización por parte de Telefónica de la provisión de sus servicios minoristas que presta sobre su red fija discriminando a los mayoristas y ello con independencia de los plazos establecidos en las ofertas NEBA y OBA.

4. Esta diferencia sustancial entre el objeto de uno y otro procedimiento, determina que este motivo de recurso debe ser desestimado siendo irrelevante la coincidencia de otras circunstancias, como los sujetos intervinientes, la norma infringida o el periodo de tiempo coincidente, entre los meses de abril a octubre de 2015, en los que se desarrolla una conducta que puede presentar algún rasgo similar pero que es distinta.

**CUARTO:** A continuación, debemos abordar la cuestión relativa a la denunciada falta de tipicidad y antijuridicidad de la conducta objeto de la sanción.

En este análisis, que basamos en la prueba pericial practicada, excluirémos toda referencia a la incidencia que la huelga de referencia pudo tener en la conducta de la recurrente ya que dicho extremo será tratado, junto con las restantes alegaciones de la recurrente al respecto, en el apartado correspondiente a la culpabilidad de la conducta.

Este motivo de recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1. Como punto de partida debe afirmarse que la resolución de mercados de 2009 impone a Telefónica la obligación de no discriminación para el servicio mayorista de acceso desagregado y compartido al bucle de abonado y también para los servicios mayoristas de banda ancha.

2. En virtud de dicha obligación de no discriminación impuesta en la resolución referida, "Telefónica debe aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios a los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones".

3. No existe extrapolación alguna por aplicación de la resolución de mercados de 2009 a las conductas sancionadas.

4. Podemos compartir con la recurrente ciertas críticas respecto del modo en que la plasmación del principio de legalidad se produce en esta materia, pero ello nos óbice para que concluyamos que el bloque normativo aplicado contiene el grado de predeterminación de las conductas y de definición del ilícito suficiente para respetar el mandato del artículo 25 CE.

En definitiva, se trata de una materia que necesita una regulación de elevado nivel técnico, que afecta de manera individualizada y singular a la destinataria de la normativa misma que, por otra parte se encuentra en una situación singular al respecto ya que es líder en el sector y, además, antiguo monopolista por lo que conoce perfectamente su contenido y alcance.

5. No es ocioso en este punto recordar la técnica seguida por el regulador en una situación previa similar, en concreto cuando se produjo la resolución de 14 de septiembre de 2006 por la que se aprobó la oferta de referencia de la OBA.

En la misma, sin mayor contestación, se definieron para los servicios mayoristas OBA, ADSL-P y GigADSL de ambos mercados previamente analizados los "Key Performance Indicators" (KIPs), o indicadores clave de rendimiento que permiten ejercer un control y seguimiento de los objetivos y estrategias definidas.

6. De forma paralela se ha actuado en el presente caso con la aprobación de la NEBA para todas las ofertas y servicios mayoristas vigentes por medio de la resolución de 10 de noviembre de 2011, que parte de la resolución de mercados de 2009 que impuso a Telefónica la obligación de definir un nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha.

7. En definitiva, en ejecución y revisión de las disposiciones de la resolución de mercados de 2009 en relación con el nuevo servicio de banda ancha, denominado Neba, Telefónica estaba obligada a definirlo cumpliendo los nuevos requisitos por medio de una nueva oferta de referencia.

8. En estas circunstancias, aunque ciertamente la tecnología Neba se implanta de manera efectiva a partir de 2012, ello no significa que la resolución de mercados 2009 no contemple obligación alguna de no discriminación para el servicio Neba.

9. Por lo que respecta a la tipificación de la obligación de no discriminación en lo que concierne al mantenimiento, que se formula como alegación específica, debemos señalar que las obligaciones a este respecto se encuentran definidas en la resolución de 2011 que se vincula a la de 2009 citadas. La problemática relativa a las paradas de reloj se resuelve justamente en esas resoluciones analizadas en su conjunto,



precisando que los KIPs se que determina cómo se miden los tiempos se introducen en la oferta de 2011, extremo que ignora la recurrente.

10. En definitiva, la recurrente, con apoyo en el informe pericial que aporta, no toma en consideración el vínculo directo que existe entre las resoluciones de 2009 y 2011, que ignora completamente, y ese es un dato fundamental que hace decaer todos sus restantes argumentos sobre esta cuestión, singularmente los análisis de equivalencia y que impide aceptar la alegación de que la CNMC en su resolución ha empleado una norma sancionadora en blanco.

11. No existe pues una interpretación extensiva de las obligaciones de no discriminación impuestas por la resolución de 2009.

**QUINTO:** A continuación, examinamos las cuestiones relativas a la culpabilidad de la recurrente, llegando a la misma conclusión desestimatoria por los siguientes motivos:

1. La recurrente parte de una consideración errónea, como es la de vincular el desarrollo de la huelga a un supuesto que, en todo caso, determina la existencia de fuerza mayor.

2. La huelga fue protagonizada por empresas instaladoras que la propia Telefónica había subcontratado, por lo que en este ámbito tenía una responsabilidad singular y una capacidad de control, que descartan la asimilación automática de este supuesto a la concurrencia de una fuerza mayor.

3. El argumento de la existencia de una huelga no puede solaparse con el incumplimiento de las obligaciones de no discriminación, pues, en todo caso, siendo como dice la resolución impugnada, "evidente que la huelga afectó al cumplimiento de los niveles de calidad de prestación de los servicios", dicho impacto debería haber afectado a todos por igual. Sin embargo, se apreció una mayor repercusión de la huelga en la extensión de los tiempos de resolución de averías de los servicios mayoristas.

4. El comportamiento de Telefónica no fue diligente, pues priorizó durante la huelga los servicios a minoristas sobre los mayoristas, situación que implícitamente reconoce Telefónica al afirmar que realizó la priorización atendiendo al volumen de servicios. En ese caso, dado que actúa como un operador integrado y tiene poder significativo de mercado, priman los minoristas sobre los mayoristas.

5. Telefónica, ni al principio, ni durante, ni a la finalización de la huelga, tuvo una conducta transparente respecto de los operadores, informándoles de la situación.

6. No cabe duda de que Telefónica adoptó medidas para paliar los efectos de la huelga, como detalla en su demanda, pero, por las razones expuestas, dichas razones no solo no fueron eficaces, sino que fueron las causantes de un trato discriminatorio que afectó, no a la prestación del servicio mismo, sino al momento en que dicho servicio se prestó.

**SEXTO:** Ta mpoco se han vulnerado los principios de seguridad jurídica, la presunción de inocencia y confianza legítima, por las razones siguientes:

1. Ninguna relación guarda el principio de seguridad jurídica con el hecho de que la Administración varíe sus criterios, si es que efectivamente lo ha hecho.

2. El principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE), se concibe como la certeza sobre el ordenamiento aplicable y una expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho ( STC 104/2000, FJ 7, reiterada por la STC 23/2022 FJ 5.c) y ninguno de estos dos presupuestos ha sido puesto en cuestión por la resolución impugnada.

3. La resolución impugnada ha aplicado la normativa previsible para el conflicto suscitado y lo ha hecho en términos razonados. Cuestión distinta es que la recurrente discrepe de ese razonamiento y que legítimamente intente que prevalezca su interpretación de la norma, pero esa es una cuestión ajena al principio de seguridad jurídica.

4. La variación de criterio por parte de la Administración es legítima, si bien está sujeta a un deber de motivación y justificación de dicho cambio, que en caso de cumplirse podrá ser atacado por la vía de la infracción del principio de igualdad, sujeto también a principios y requisitos particulares que la recurrente no ha suscitado.

5. Por otra parte, en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea, como ocurre en este caso, el principio de confianza legítima "solo se extiende a un justiciable al que una autoridad administrativa nacional haya hecho concebir esperanzas fundadas basadas en garantías concretas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables, que le hubiera proporcionado (STJUE de 311 de marzo de 2022 C-195//2021, apartado 65.



6. No concurren en el presente caso las exigencias descritas por el Tribunal de Justicia que son las que deben seguirse al estar en presencia de una legislación armonizada, por lo que no pueden ser acogidas las alegaciones de la recurrente.

7. Finalmente, tampoco se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues la CNMC ha impuesto la sanción sobre la base de prueba de cargo suficiente. A este respecto nos remitimos a la propia fundamentación de la resolución impugnada, en la que se recogen las razones y análisis periciales elaborados sobre datos concretos para justificar la existencia de una discriminación en la priorización de servicios por parte de Telefónica.

Las discrepancias de la recurrente sobre dichas valoraciones, es, sin duda legítima, pero no suficiente para justificar su pretensión por este motivo que solo podría tener éxito si la CNMC hubiera impuesto la sanción sin prueba de tipo alguno o con una prueba que no permitiera razonablemente sostener la argumentación de la resolución impugnada.

**SÉPTIMO:** Si n perjuicio de lo anterior, llegados a este punto, debemos recordar 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 previsto 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 conceptuado 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".

En la sentencia de esta Audiencia Nacional de 12 de abril de 2019, recurso nº 54/2017, antes citada, aplicamos dicha doctrina a un supuesto que guarda similitud con el presente caso, pues ante el incumplimiento de solo algunas de las obligaciones impuestas en la OBA, distintas de las analizadas en este recurso, descartamos



la aplicación del tipo del artículo 76.12 LGTel al no estar ante el incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en la misma.

En dicha sentencia analizamos la calidad de los servicios prestados por el operador con PSM a los otros operadores y la conclusión a la que llegamos fue que, ciertamente, Telefónica había incumplido alguna de sus obligaciones en relación con la resolución de mercados de 2009 y la normativa que la integra, pero no afirmamos que hubiera incumplido el conjunto de todas las obligaciones impuestas por dicha resolución.

En esas circunstancias, encuadramos aquella infracción en el tipo del artículo 78.12 LGTel, como falta leve por "incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del servicio", y redujimos la multa a 50.000 euros (artículo 78.1.d) LGTel).

Pues bien, dados los términos del debate, debemos concluir de la misma manera en que lo hicimos en la SAN de 12 de abril de 2019, recurso nº 54/2017, pues la conducta que se refleja en la resolución objeto de examen no supone un incumplimiento del conjunto de las obligaciones impuestas por las resoluciones aplicadas.

En estas circunstancias considera la Sala que resulta ajustado imponer la sanción en cuantía de 50.000 euros.

**OCTAVO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA no procede imponer costas.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## FALLAMOS

**PRIMERO. Estimamos en parte** el recurso contencioso administrativo promovido por la procuradora de los tribunales **D<sup>a</sup>. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 7 de marzo de 2017, por la que se resuelve procedimiento sancionador incoado a la recurrente por la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones por incumplimiento la resolución de la CNMC de 22 de enero de 2009.

**SEGUNDO.-** Encuadrar la conducta de la recurrente en la infracción tipificada en el artículo 78.12 LGTel, por lo que la sanción impuesta queda fijada en 50.000 euros, desestimando el recurso en todo lo demás.

**TERCERO:** Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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."