

Id Cendoj: 28079230082010100292
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 1501/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a once de mayo de dos mil diez.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 1501/07, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "TELEFONICA

DE ESPAÑA S.A.U.", frente a la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado,

contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007 (que después se

describirá en el Primer Fundamento de Derecho). Es ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ, quien expresa el

criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2007, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 17 de octubre de 2007, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2008, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la que, con estimación del recurso contencioso-administrativo y con expresa imposición de costas a la Administración demandada:

1º) Anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007 (Expte. RO 2005/1053), por la que se impone a mi representada una multa de 2,5 millones de euros.

2º) Con carácter estrictamente subsidiario, anule parcialmente la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007 (Expte. RO 2005/1053) y acuerde reducir el importe de la sanción de multa impuesta de conformidad con los criterios expuestos en los Fundamentos Jurídicos de esta demanda.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de julio de 2008, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por Auto de 8 de mayo de 2009 , se propusieron por las partes actora y codemandada las que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 5 de mayo de 2010 , en la que se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de julio de 2007, recaída en el expediente RO 2005/1053 por la que:

1º) Se declara responsable directa a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal de la Comisión de una infracción muy grave tipificada en el *artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* , por haber incumplido la Resolución de la Comisión de las Telecomunicaciones, aprobada con fecha 30 de diciembre de 2004.

2º) Se impone una sanción económica a Telefónica de España, S.A.U. por importe de dos millones y medio de euros.

También debe ser destacado que existe otra Resolución de fecha 30 de noviembre de 2004 en cuyo resuelve se establecía que Tesau debe proveer todos los servicios de la OBA solicitados por IBERCOM, solucionar todas las incidencias abiertas y negociar la modalidad de entrega de señal solicitada, con la mayor brevedad posible.

En el Anexo I se insertaron tiempos máximos de provisión de los servicios reclamados. Expresa la Resolución que la obligación de provisión de los servicios con la mayor brevedad posible fue notificada a TESAYU el 4 de enero de 2005.

La Resolución recurrida detalla en su contenido los retrasos en cada uno de los servicios; invoca el *apartado 4 del artículo 9 del Reglamento 3456/2000* , señala que en ningún momento presentó TESAU prueba alguna que demuestre los controles por falta de espacio o propusiera alternativas viables. También expresa la Resolución que solicitado el servicio de coubicación en la Central de Barcelona-Cataluña con fecha 3 de agosto de 2004 el mismo no se entregó hasta el 4 de septiembre de 2006, concretando que TESAU superó considerablemente los plazos de entrega en el servicio de coubicación en 19 de las 31 centrales incumpliendo lo establecido en el primer resuelve de la Resolución de 30 de diciembre de 2004. Semejante razonamiento efectúa la Comisión respecto al servicio de tendido de cable interno (TCI) señalando como fecha límite para su realización la de 31 de enero de 2005. Especifica que los plazos fueron superados en 29 centrales (pág. 14 de la resolución recurrida). De igual modo se especifica el tiempo de provisión de visitas a edificios, y también que ha incumplido otras obligaciones expresadas en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (incidencias abiertas y negociación de la modalidad de entrega de señal solicitada por IBERCOM, penalización que debía pagar TESAU por retrasos y niveles de escalado.

SEGUNDO.- Expuestos los hechos que fundamentan la decisión procede examinar los argumentos que la actora expone en su demanda.

En primer lugar por la trascendencia que implica sobre el resto de las cuestiones de fondo suscitadas se ha de examinar la posible caducidad del expediente sancionador. Son datos relevantes que dicho expediente se inició en fecha 23 de febrero de 2006 (documentos número 15) y se concluyó por la Resolución que se impugna de 5 de julio de 2007.

La Administración dispone del plazo especial de un año, a contar del acuerdo de iniciación, plazo que concluyó el 23 de febrero de febrero de 2007, a tenor del *artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones* . Sin embargo la Administración amplió el plazo máximo de Resolución y notificación en seis meses, en uso de las facultades que le otorgaba el *artículo 42.6 de las Ley 30/1992 de 26 de noviembre* . De este modo el plazo se prolongó hasta el 23 de agosto de 2007, lo que permite concluir que las actuaciones se realizaron dentro de plazo.

Se discute, además, el fundamento y la justificación de tal ampliación del plazo, pero éste se encuentra justificado en la resolución que se impugna cuando dice:

"Las alegaciones de TESAU deben ser rechazadas por esta Comisión ya que la ampliación de plazo se acordó por esta Comisión con razones sobradamente justificadas tales como (i) la especial complejidad

del procedimiento, que se concreta en la existencia de al menos 180 documentos aportados en el expediente DT 2205/1025, (iii) la recepción de un nuevo escrito de IBERCOM el 27 de diciembre de 2006, (iv) la existencia de nueva documentación aportada en el marco del recurso de reposición contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 y (v) la necesidad de practicar un nuevo requerimiento de información a la imputada.

Por otra parte resulta necesario resaltar, por un lado, la dificultad con que se ha encontrado la Instrucción del presente procedimiento a la hora de sistematizar toda la documentación aportada de los diversos expedientes acumulados (solicitudes de cada uno de los servicios en las 31 centrales afectadas, correos electrónicos de confirmación de costes, confirmaciones de proyectos técnicos, cruces de correos entre los dos operadores, presentación de incidencias por los servicios solicitados, análisis del cálculo de las penalizaciones, cuadro de fechas aportadas, etc.) y por otro, que la necesidad de ampliación de plazo se debió principalmente a la existencia de nueva documentación de posible relevancia para este procedimiento de la cual la Instrucción tuvo conocimiento tras la interposición por parte de IBERCOM de un recurso de reposición contra la Resolución de 16 de noviembre de 2006 relativa al conflicto DT 2005/1025 ante la Comisión, así como de la necesidad de realizar un nuevo requerimiento de información antes de finalizar la Instrucción.

Esta argumentación debe ser aceptada pues basta examinar la complejidad de datos y el volumen de las actuaciones para entender acreditada la ampliación del plazo, siendo razonable que las actuaciones previas anteriores al acuerdo de iniciación no computen dentro del plazo de caducidad.

Procede, pues, rechazar la alegación de caducidad.

TERCERO.- Dicho esto procede examinar los motivos impugnatorios siguientes entrelazados por la parte actora.

Merece especial consideración la alegación de la actora relativa a que los hechos que sirven de base a la Resolución impugnada ya habían sido incluidos en la Resolución sancionadora de 16 de noviembre de 2004 (expediente ref. 2004/1811). En base a ello sostiene la actora que existe un concurso ideal debiendo aplicarse las reglas que lo rigen. En consecuencia si la *C.M.T.*, *consideraba que esos mismos hechos eran susceptibles de integrar el incumplimiento de dos resoluciones diferentes*, debió abstenerse de sancionar dos veces, ya que la conducta más grave sería la sancionada con 20 millones de euros y esa función ya estaría contenida en esos mismos hechos con arreglo a la figura del concurso ideal (*non bis in idem*).

La Abogacía del Estado se opone a esta alegación señalando que no ha sido vulnerado el *artículo 133 de la Ley 30/1992* puesto que no existe identidad en los hechos sancionados ni en su fundamento inexistiendo concurso ideal de sanciones y dualidad de las mismas. Así, con base en el auto del T.C. 329/1995, de 11 de diciembre, señala que no existe coincidencia total de los hechos y, que, por tanto, no ha sido vulnerado el principio *non bis in idem*.

Para hacer pronunciamiento sobre esta cuestión es preciso puntualizar que el tipo establecido por el legislador es la acción u omisión del infractor, o, en otros términos, el mandato u orden incumplida. Estos mandatos pueden ser reiterados e incluso pueden estar englobados en otros mandatos más generales. Por ello, es necesario examinar la Resolución de 16 de noviembre de 2004 (Expediente 2004/1811) y compararla con la que ahora se impugna de 5 de julio de 2007. La Resolución de la Comisión de fecha 16 de noviembre de 2006 (expediente sancionador 2004/1811) se incoa a Telefónica de España S.A.U.

El examen de dicha Resolución que figura incorporada como doc. 4 de los aportados por la demandante no revela una identidad total entre los elementos comparados. La resolución del expediente 2004/1811 se refiere a incumplimientos de mandatos contenidos en las Resoluciones de 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004, distintos del examinado en este caso que se refiere al incumplimiento de 30 de diciembre de 2004. Así mientras en la Resolución recurrida se imputa haber incumplido la resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resuelve proveer todos los servicios de IBERCOM, solucionar todas las incidencias y mejorar la modalidad de entrega; en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 el incumplimiento se concreta en instar la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado, publicada por Telefónica de España S.A.U en fecha 20 de enero de 2001. Se insta pues a Telefónica de España a modificar su oferta de Acceso al Bucle de Abonado sustituyéndola por el texto incluido en el anexo 1.

Se infiere de todo ello que se trata de requerimientos distintos que afectan a incumplimientos distintos. Se trata de obligaciones de TESAU distintas (de una parte retrasos en el cumplimiento de la OBA y de otra modificación de su contenido) incumplimientos que generan sanciones distintas. El hecho de que

la Resolución de 16 de noviembre de 2006 relate en su fundamentación incumplimientos de TESAU no determina que sean estos incumplimientos los sancionados, sino el deber de modificar la OBA, según requerimientos distintos al que determinó la sanción por retrasos en la OBA.

Además la Resolución de 2006 incluye en el relato de hechos otras posibles infracciones con otros operadores (Jazztel). Esta identidad parcial no permite sostener que nos encontramos ante unos mismos hechos. Más bien nos encontramos ante incumplimientos reiterados de mandatos y órdenes distintas, lo que constituye el tipo por el que se sanciona.

Por otra parte el concurso de infracciones tanto real como ideal, presupone que un presupuesto sujeto infractor en el momento de ser valorada su conducta por la Administración ha cometido varias infracciones por las que no ha sido condenado con anterioridad.

Si entre una y otra infracción existe una sanción, establecida ya, no puede hablarse de concurso, sino de reincidencia.

Por otra parte si, repetimos, el incumplimiento del mandato es el tipo primitivo y existen varios mandatos repetidos e incumplimientos no justificados ya no existe concurso, ni real puesto que éste se produce cuando el sujeto ha realizado varias acciones cada una de las cuales, por separado, es constitutiva de una infracción. Hay tantas acciones y omisiones como infracciones. Ni tampoco existe concurso ideal que se identifica por la comisión de varias infracciones mediante un solo acto.

En este caso los mandatos son distintos, aunque la identidad de lo mandado u ordenado coincida parcialmente, se trata de infracciones distintas, con incumplimientos distintos.

No puede existir por otra parte identidad en los hechos porque se trata de mandatos diferentes. En definitiva no existe doble sanción por una misma conducta infractora.

CUARTO.- Expresa también la actora que ha existido vulneración del principio de tipicidad dada la forma en que se llevó a efecto el mandato y orden de actuación de 30 de diciembre de 2004, presuntamente incumplida, al establecer que ésta debería ser llevada a efecto "con la mayor brevedad posible". Es evidente que el amplio abanico de mandatos y órdenes no puede estar especificado en el tipo legal puesto que el contenido del mandato puede ser muy variable atendiendo a los distintos factores de carácter fundamentalmente técnicos que condicionan la decisión administrativa. El "tipo" se fija y agota en la OBA 2004 que establece los procedimientos y plazos en que TESAU debe provisionar los servicios que soliciten los operadores y la resolución de incidencias que pudieran plantearse. Por tanto esta precisión concurre en la OBA que fija los límites de cada actuación que puede dictar la Administración. La actora incumplió los plazos de que disponía para dar cumplimiento a lo ordenado sobrepasando los límites establecidos en la OBA, extremo que no ha quedado desvirtuado de contrario. La actora expresa que sin embargo incurrió en arbitrariedad la Administración, puesto que en la Resolución de 30 de noviembre de 2004 no identificaba estos plazos. Esta alegación no puede ser acogida favorablemente puesto que el dato referente a la OBA especifica los periodos de cumplimiento por TESAU. No existe inseguridad jurídica y falta de tipificación pues la OBA establece unos plazos límite ampliamente superados por TESAU según especifica la Resolución recurrida.

QUINTO.- No cabe admitir por lo expuesto anteriormente ausencia de culpabilidad. No ha quedado acreditada una situación de fuerza mayor, que hubiese podido exonerar de responsabilidad a TESAU y al menos hay que admitir una falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

SEXTO.- Finalmente con relación a la posible desproporción de la sanción impuesta su cuantía no puede ser considerada desproporcionada. La Resolución recurrida en sus fundamentos cuarto y quinto razona ampliamente la cuantía de la sanción impuesto, atendiendo a lo establecido en el *apartado 2 del artículo 56*. El grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones, lo que le supone una importante capacidad económica. Valora además las circunstancias atenuantes, apreciando que concurre la circunstancia atenuante dada la escasa repercusión social de la conducta infractora; y también valora positivamente las circunstancias de que ha cumplido sus obligaciones con Ibercom, aunque lo haya hecho de forma tardía.

Basta examinar la Resolución para concluir que el análisis de la situación de la compañía y la valoración de las circunstancias, alejan el incumplimiento del principio de proporcionalidad.

SÉPTIMO.- No existe temeridad o mala fe que justifique una condena en costas, conforme al *artículo*

139 de la Ley Jurisdiccional .

Por todo lo cual

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.AU." contra la Resolución descrita en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia.

Sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.