

Id Cendoj: 28079130032007100359  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 1341/2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

La infracción consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones se consuma por el mero incumplimiento, cuando la resolución ha sido notificada a la parte interesada y ésta conoce las consecuencias sancionadoras que derivarán de su conducta activa u omisiva dirigida a evitar la ejecución de la resolución. El carácter intencional del incumplimiento deriva de su propio conocimiento que hay que suponerle de la normativa que regula la interconexión y de su actuación dirigida a evitarla. El cumplimiento antes de que se iniciaran actuaciones por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no excluye la sanción, tan solo puede implicar una atenuación, dado que la consumación tiene lugar cuando transcurre el plazo concedido para el cumplimiento. No es posible tomar en consideración la intencionalidad de la infracción como agravación ya que dicha circunstancia es tomada en consideración como elemento constitutivo del tipo, salvo que se produzca un plus del elemento cognoscitivo que permita apreciar un grado superior de dolo o peligrosidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación nº 1341/2005, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, y la Entidad **TELEFONICA DE ESPAÑA**, S.A.U., representada por la Procuradora Doña Magdalena Cornejo Barranco, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de diciembre de 2004, recaída en el recurso nº 1239/2002, sobre sanción por infracción del artículo 78 de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones; habiendo comparecido como parte recurrida la Entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U., representada por la Procuradora Doña Magdalena Cornejo Barranco, y asistida de Letrado, y la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) dictó sentencia estimando en parte el recurso promovido por la Entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U., contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de julio de 2002, por la que se declara responsable a la recurrente de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Acuerdo de Consejo de la citada Comisión de 14 de junio de 2001 que resuelve un conflicto de interconexión entre COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. y la recurrente, e impone a esta última una sanción de 4.500.000 Euros.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U. y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se presentaron escritos preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 1 de febrero de 2005, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, las recurrentes (**TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U. y

ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formularon en fecha 18 de marzo y 22 de abril de 2005 respectivamente, los escritos de interposición del recurso de casación, en el cual expusieron, los siguientes motivos de casación:

Por la Entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U.:

1) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción de los *artículos 22.1, 2 y 3 y 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*, y 1091 y 1258 del Código Civil.

2) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción del *artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC*, y de los *artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución en relación con el art. 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*.

3) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción de los *artículos 1100 y 1101 del Código Civil*, en relación con el *art. 19.15 de la Ley General de Telecomunicaciones*.

4) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción del *art. 24.2 de la Constitución y del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 de RJAP-PAC*.

5) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción del *art. 82 de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones*, del *art. 131 de la Ley 30/1992 de RJAP-PAC*, del *art. 9.3 de la Constitución* y del principio de proporcionalidad que deriva de las referidas normas y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Terminando por suplicar case y anule la sentencia de instancia y dicte otra que estime, por su orden, los pedimentos contenidos en el escrito de demanda formulado, en su día, ante el órgano judicial de instancia. Mediante otrosí manifiesta que la cuantía del presente recurso asciende a 1.000.000 de euros y solicita la celebración de vista en el presente recurso.

Por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO:

1) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional*, por infracción, por interpretación indebida del *art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP-PAC* y del *art. 82.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*, vigente en el momento en que se cometió la infracción.

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que se case la recurrida y se mantenga íntegramente la sanción impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la recurrente, por ajustarse al Ordenamiento Jurídico.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 14 de marzo de 2006, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 8 de mayo de 2006 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO y **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U.), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 23 de mayo y 22 de junio de 2006 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitó el Abogado del Estado se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando íntegramente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con expresa imposición de costas al recurrente, y por la representación procesal de **Telefónica de España**, S.A.U., tenga por opuesta al recurso de casación formulado por el Sr. Abogado del Estado frente a la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia y, tras la tramitación procesal oportuna, desestime éste íntegramente, sin perjuicio de lo expresado por Telefónica en el recurso de casación formalizado el pasado 17 de marzo de 2005 frente a la propia sentencia.

QUINTO.- Por providencia de fecha 2 de julio de 2007, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 4 de diciembre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que es objeto de esta casación estimó en parte el recurso interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.** (TESAU) contra la resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) que la declaró responsable de una infracción muy grave tipificada en el *art. 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGT)*, por el incumplimiento del acuerdo de dicha CMT de 14 de junio de 2001, que resolvía un conflicto de interconexión entre COLT TELECOM ESPAÑA S.A. (COLT) y TESAU, imponiéndole a esta última una sanción de 4.500.000 euros. En la sentencia se mantuvo la comisión de la infracción pero se redujo la multa a 1.000.000 euros.

La sentencia contiene la siguiente secuencia de hechos:

<<"Dado que nos encontramos ante una resolución sancionadora, resulta necesario traer a colación los hechos objeto de imputación que determinan la imposición de la sanción que ahora examinamos:

a) El 18 de junio de 1999 la demandante y COLT celebraron un Acuerdo general de Interconexión en el que establecieron los precios de sus servicios.

a) Mediante escrito de 15 de marzo de 2001, la entidad COLT Telecom denunció ante la CMT que Telefónica había desatendido su solicitud de revisión que consistía en aplicar al Acuerdo de Interconexión suscrito entre ambos operadores los nuevos precios de interconexión fijados en la Resolución de 25 de mayo de 2000, por la cual se modificaba la oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica.

b) A la vista de la solicitud presentada por COLT, la Comisión procedió a la incoación del oportuno procedimiento administrativo, con referencia DT 2001/4374 en la que se dictó Resolución el 14 de junio de 2001 en la que se declaraba que " desde el día 3 de enero de 2001 se entiende modificado el Acuerdo General de Interconexión de 3 de junio de 1999 vigente entre COLT Telecom España y **Telefónica de España** , S.A.U., mediante la incorporación en el Anexo 3 del mismo de los precios previstos en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica España, S.A.U. del año 2000 para los servicios contemplados en el Anexo 3 y en las Addenda de dicho Acuerdo". Asimismo, se requería a COLT Telecom España, S.A. y Telefónica España S.A.U. para que formalicen por escrito un nuevo acuerdo al que se refiere el punto anterior en un plazo de 5 días desde la fecha de notificación de la presente resolución. Frente a esta resolución se formuló recurso de reposición y se solicitó su suspensión, siendo desestimado el recurso.

c) El día 2 de agosto de 2001, se presenta ante la CMT un nuevo escrito por COLT denunciando el supuesto incumplimiento por parte de Telefónica de la referida Resolución de 14 de junio de 2001 sobre aplicación de precios de la OIR 2000 al Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas partes, solicitando que se instase a Telefónica al cumplimiento de la citada Resolución.

d) Por la CMT se acordó iniciar un periodo de información previa sobre la denuncia formulada, se comunicó a Telefónica la existencia de la denuncia y la apertura de dicho periodo de información concediéndole un plazo de diez días para que formularan alegaciones que estimó concurrentes. COLT presentó su escrito de alegaciones el día 25 de octubre de 2001. Telefónica, por su parte, presentó sus alegaciones mediante escrito de 8 de noviembre de 2001.

e) El 9 de Agosto de 2001, la Comisión aprueba la oferta de Referencia de Telefónica para el año 2001; el 7 de septiembre siguiente COLT interesa la actualización de precios conforme la OIR de 2001, que es admitido por Telefónica que aplica la nueva OIR 2001.

f) Por otra parte, el 13 de septiembre de 2001 la Comisión resuelve el expediente 2000/2255 fijando los precios de terminación en la red de COLT de acuerdo con la evolución en la oferta de Referencia, equiparando los precios de los servicios entre ambos operadores.

g) El 7 de febrero de 2002, se acuerda la incoación de expediente sancionador a Telefónica, que tramitado, culmina con la Resolución de 23 de julio de 2002, ahora impugnada que le impone la sanción de 4.500.000 Euros.

h) El 9 de mayo de 2002 Telefónica reintegró a COLT las cantidades indebidamente pagadas que ascendían a 84.604,63 Euros por este concepto, así como los intereses devengados por tales cantidades">>.

El Tribunal de instancia determina prima facie los hechos en razón de los cuales la CMT ejerció su potestad punitiva y que son en síntesis:

"La inobservancia por parte de Telefónica de la resolución de la CMT de 14 de junio de 2001 en la cual se declaró modificado desde el día 3 de enero de 2001 el Acuerdo General de Interconexión entre COLT Telecom y Telefónica S.A.U, en la que se establecía la aplicación de los precios previstos en la oferta de interconexión de Referencia de Telefónica del año 2000 y se requería a las partes para formalizar el oportuno acuerdo. El ámbito temporal en que habría tenido lugar la inobservancia se contrae al período que abarca desde el 3 de enero al 7 de septiembre de 2001, tiempo, pues en el que Telefónica debía haber aplicado a COLT los precios previstos en la OIR de 2000".

Para llegar a su fallo la sentencia se basó en los siguientes fundamentos de derecho:

[...] Como se ha expuesto, la estrategia defensiva de la recurrente radica en que no existió, en realidad, inobservancia de lo acordado por la Comisión de 14 de junio de 2001, sino mera discrepancia interpretativa del alcance de tal decisión, atendiendo al principio de simetría de precios pactado entre las referidas operadoras, COLT y Telefónica, en el Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambas el 8 de junio de 1999. Argumento que encuentra su apoyo en la circunstancia de que la propia CMT ha terminado reconociendo la tesis sostenidas por el demandante en la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que acuerda "determinar los precios del servicio de interconexión de terminación de llamadas con origen en la red de Telefónica y un destino en la red COLT con base en los precios aplicables a la red del operador no dominante para servicios equivalentes según el modelo de referencia considerado en la OIR". Telefónica, por tanto, sólo habría demorado el cumplimiento de la decisión a la búsqueda del correlativo cumplimiento por COLT de la propia Resolución, como de las obligaciones contractualmente asumidas.

Pues bien, a pesar de los esfuerzos argumentales tal tesis no puede ser acogida, toda vez que la Resolución de referencia, de 14 de junio de 2001 era clara y expresa en sus términos y no cabe aceptar la existencia de una "duda razonable" sobre el contenido y alcance de sus términos. En efecto, la tan citada Resolución de junio de 2001 modificó de forma expresa desde el día 3 de enero de 2001 el Acuerdo General de Interconexión vigente entre las partes desde 1999, con aplicación de los nuevos precios de interconexión. El mandato que se indicaba en tal Resolución era por tanto, claro, y sin que en la misma se pudieran originar "dudas interpretativas" fundadas o razonables. Frente a tal decisión Telefónica insiste en imponer su posición de condicionar la firma del Acuerdo de Interconexión estableciendo los nuevos precios de la oferta de Referencia no solo para los servicios que Telefónica ofrecía a COLT sino también para los que éste operador prestaba a Telefónica. Tal interpretación resultaba a todas luces incompatible con los términos de la decisión de la CMT., como se desprende, de su propio tenor literal y de la circunstancia de que, precisamente dichos precios que Telefónica debía abonar por el servicio de terminación de las llamadas originadas en su red con desvío en la de COLT se habían fijado con carácter provisional en la Resolución de 13 de mayo de 1999 y eran objeto de estudio en el marco del expediente 2000/2255, que finalmente se resolvió por Acuerdo del Consejo de 13 de septiembre de 2001, extremos estos que eran conocidos por Telefónica. Así las cosas, y con independencia de la solicitud de suspensión de tal Acuerdo y de la formulación del recurso de reposición, Telefónica estaba obligada a la aplicación de la OIR modificada desde el momento en que se publica el Acuerdo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, *ex art. 11.1 del Reglamento de Interconexión*, y ello en cuanto la OIR contempla exclusivamente, los servicios que el operador dominante presta a los demás operadores. Por consiguiente, la pretensión de vinculación de los precios de los servicios ofrecidos por Telefónica a los precios de los prestados por otros operadores carece de fundamento válido y constituye un desconocimiento de la obligación que le incumbía de aplicar los precios de la OIR del año 2000 desde la fecha de la solicitud de revisión, esto es, el 3 de enero de 2001. La OIR no constituye una oferta condicionada y la actuación de Telefónica dirigida a imponer a COLT unilateralmente una modificación de los precios de terminación en su red pone de manifiesto su determinación de no cumplir la Resolución de 14 de junio de 2001.

Tales razones llevan a la Sala a entender que en efecto, ha existido una verdadera infracción tipificada en el *art. 79.15 de la LGT 11/1998 de 24 de abril* originada por el incumplimiento consciente del mandato de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y que la subsunción de los hechos en el tipo infractor resulta conforme y ajustada a Derecho, sin que quepa aceptar que nos hallemos ante un simple retraso en el cumplimiento de lo acordado.

[...] Siguiendo a la demanda en el orden expositivo de las quejas que atañen a la actuación administrativa, hemos de examinar, a continuación, la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegándose por la demandante la ausencia de prueba de cargo que permita la imposición de la sanción por entender que no existe prueba plena e incontrovertible, sobre los hechos objeto de sanción.

Para el análisis de tal alegación debemos comenzar por recordar, una vez más, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador. "Según tiene

reiteradamente afirmado este Tribunal, -la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas ... pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución. al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio- (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2). De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal en la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 2 ), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigirse una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4 ).

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina la desestimación de este motivo del recurso, ya que los hechos objeto de la sanción examinada se han acreditado a través de la abundante documental obrante en autos de la que el recurrente ha tenido oportuno conocimiento , lo que constituye una válida prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Y podemos constatar que no se ha lesionado en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia, pues existe, sin duda alguna, actividad probatoria de cargo.

[...] Resta por examinar la quiebra del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Pues bien, en el presente caso, la CMT valora para la determinación de la sanción, las diferentes circunstancias modificativas de la responsabilidad, tanto agravantes como atenuantes. En el primero de estos grupos, que intervienen como agravantes nos hallamos con la "intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción", que la CMT deduce de que Telefónica "siendo plenamente consciente del contenido de la resolución y su carácter ejecutivo, ha eludido conscientemente su contenido. En segundo lugar, se valora la "naturaleza de los perjuicios causados" que se identifica con la no aplicación de los precios de la OIR 2000 a COLT durante el periodo de 3 enero a 7 de septiembre de 2001 excluyéndose, expresamente como circunstancia la reiteración.

Por otra parte, como circunstancias atenuantes se toman en consideración la escasa repercusión social de la infracción, que solo afecta a un operador y la escasa trascendencia pública. En segundo lugar, se aprecia el beneficio que ha reportado al infractor el hecho objeto de la infracción que se valora en 95.264,81 euros. Consta que Telefónica reintegró a COLT, el 9 de mayo de 2002 la cantidad indebidamente pagada de 84.604,63 euros con efectos desde el 3 de enero de 2002, además de los intereses generados con el transcurso del tiempo, por ello se considera la infracción de escasa importancia.

En la determinación de la Sanción (FJº. Sexto) la CMT señala que la cuantía máxima es la resultante de aplicar el 1 por 100 de los ingresos brutos de Telefónica en el ejercicio 2001, ingresos que se cuantifican en 6.674.195.951,25 euros siendo la mínima la "que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción, suma que asciende a 95.264,81 euros".

Señalando la Resolución sancionada: " Por lo que respecta a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, ha de considerarse la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes mencionadas en el Fundamento de Derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habrá de fijarse de conformidad con la *regla establecida en el artículo 66. 1ª del Código Penal* , en atención a la aplicación de los principios del orden penal al procedimiento administrativo sancionador, como ya queda dicho en la presente resolución. El citado precepto determina que:

"Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia."

Por lo que se refiere a la ponderación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la CMT razona: "Este Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta la debida ponderación de las circunstancias agravantes y atenuantes consideradas estima más adecuado al principio de proporcionalidad que ha de presidir el ejercicio de la potestad sancionadora la imposición de

una sanción por importe de 4.5 millones de euros (cuatro millones, quinientos mil euros)."

En suma, la CMT aprecia en la determinación de la sanción dos circunstancias agravantes, la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción y la naturaleza de los perjuicios causados, mientras que valora como atenuantes la escasa repercusión social y el escaso beneficio que ha reportado al infractor y el ulterior reintegro de las cantidades a COLT.

[...] Como vemos en la referida ponderación de las circunstancias modificativas la Comisión no se expresa ni motiva de forma individualizada cual es la trascendencia jurídica que otorga a cada una de ellas en la determinación de la sanción. No se trata de exigir un razonamiento pormenorizado sobre cada una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y su peso en la decisión final, sino de que, conforme a las exigencias derivadas del deber de motivación, resulta necesario que el órgano sancionador exteriorice las razones y criterios tomados en consideración en la determinación de la sanción a imponer, en la línea de la doctrina constitucional sobre la necesidad de coherencia las facultades discrecionales legalmente reconocidas al órgano penal en la individualización de la pena con las exigencias del deber de motivación (STC 59/2000, 139/2000, 221/2001 y 136/2003 ). En el cumplimiento de esta exigencia resulta esencial ya que permite excluir cualquier actuación puramente voluntarista, en la que, precisamente porque no se exteriorizan los razonamientos, es imposible fiscalizar si la resolución respeta o no el canon genérico de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad. Por tal razón, al faltar una específica justificación del peso que se atribuye a cada una de tales circunstancias modificativas de la responsabilidad, la Sala estima que deben realizarse una serie de matizaciones en la valoración última realizada por la Comisión la cual se limita a entender más "adecuada" la suma finalmente impuesta.

La primera de las circunstancias agravantes apreciada por la CMT consiste en la "intencionalidad demostrada en la comisión de infracción". En la propia Resolución (Fundamento Jurídico Quinto 2.1) se examina esta causa agravatoria de la culpabilidad de Telefónica en la comisión de la infracción. En este Fundamento se analiza el elemento subjetivo de la culpabilidad del referido a la actuación de Telefónica, y se razona al respecto "se aprecia la existencia de voluntad en Telefónica de no formalizar por escrito la modificación del Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas partes, en los propios términos y planes establecidos en la Resolución de 14 de junio de 2001" y se continua "queda acreditada la premeditada actuación de la entidad infractora, la cual era plenamente consciente del significado de la aplicación automática de los precios de la OIR de 2000, contenida de forma terminante en la parte dispositiva de una Resolución plenamente eficaz que no permite interpretación alguna.... Concorre pues el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica.... al quedar probado su intención y manifiesta falta de voluntad de firmar las Addenda en los estrictos términos fijados en la Resolución". Pues bien, una vez establecida la culpabilidad en la infracción, la CMT aprecia que existe en Telefónica otra voluntariedad o intencionalidad que opera como causa de agravación, esto es, un "plus" que implica una "intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico" que se enmarca en el ámbito del *art. 131.3 LRJPAC* . Para justificar tal agravación se razona que Telefónica impidió conscientemente el cumplimiento de la Resolución que contiene un mandato claro y terminante supeditándolo a la aceptación por COLT de otras condiciones, las aplicables a los precios de terminación en la red de COLT. Y ello es indicativo de que Telefónica, siendo consciente del contenido de la Resolución y de su carácter inmediatamente ejecutivo, ha eludido su cumplimiento con voluntad deliberada. Pues bien, de lo actuado se aprecia que la estrategia de Telefónica fue la de que la revisión de sus precios en virtud de la OIR imponía también los de los servicios de COLT, dada la simetría de precios y mantuvo conscientemente su negativa hasta que fue aceptada su tesis por la CMT, que fija los precios de terminación con la red de COLT el 13 de septiembre de 2001. Pues bien, en la apreciación de tal extremo no cabe olvidar que el tipo infractor puede realizarse bien por culpa bien por dolo y sucede que, en el presente caso, la imputación de la infracción tiene lugar en virtud de dolo, esto es, por el conocimiento y voluntad por parte de la entidad actora. Por consiguiente, apreciado ya este elemento subjetivo de la intencionalidad en la infracción contemplada, esto es, valorada la voluntariedad con anterioridad como elemento integrante de la infracción, carece de fundamento que nuevamente se tome en consideración como circunstancia agravante, pues, en este caso, no se observa un dolo específico especialmente intenso, esto es, un "plus" de voluntariedad o intencionalidad con relevancia y entidad suficiente para justificar la agravación. Con independencia del acreditado incumplimiento de Telefónica, lo cierto es que la CMT no resolvió el conflicto existente entre COLT y Telefónica sino hasta septiembre de 2001 y, finalmente, lo hizo con base en los precios aplicables a la red del operador fijo dominante para servicios equivalentes según el modelo de red de la OIR. Esta resolución termina la conflictividad que se había generado hasta el momento y pudiera eventualmente plantearse que una decisión temporánea del conflicto entre ambas operadoras hubiera implicado una mayor seguridad en la determinación de los precios de los servicios de terminación en sus respectivas redes. En otro orden de cosas, también resulta claramente tardía la apertura del procedimiento sancionador, pues sólo se incoa cuando las partes ya habían puesto fin a la controversia.

Como decíamos, la segunda de las circunstancias agravantes apreciada por la Comisión consiste en la naturaleza de los perjuicios causados (*art. 131.3 LRJPAC* y *art. 82 de la Ley 11/1998*). La agravación de la responsabilidad vendría determinada por la no aplicación de los precios durante el periodo de enero a septiembre de 2001, colocando a este operador en situación de desventaja competitiva. No obstante, a la vista de las específicas circunstancias acreditadas no se observa, frente al criterio de la CMT, que la naturaleza perjuicios en este caso revista una especial intensidad o trascendencia que fundamenten la aplicación de esta causa de agravación: en la propia resolución impugnada se cuantifican los perjuicios en 95.264,81 euros, que sólo afecta a una operadora que fue reintegrada por la actora en las diferencias de precios con el abono de intereses. Además, el periodo de tiempo no excedió del tiempo que precisó la CMT para resolver el expediente sobre la determinación de los precios de los servicios de llamadas con terminación en la red de COLT, y, en última instancia ello no justifica, por sí, una situación de desventaja competitiva. Aun cuanto el incumplimiento de la Resolución por parte de la Telefónica pudo implicar durante un tiempo una situación de cierta inseguridad, entendemos que el daño o perjuicio causado no presenta entidad gravatoria suficiente atendiendo al periodo de tiempo en que tuvo lugar no fue prolongado y que, en definitiva, los únicos perjuicios justificados de naturaleza económica quedaron restituidos mediante el reintegro de las cantidades indebidamente abonadas.

Por otra parte, las circunstancias atenuantes, consistentes en la escasa repercusión social y el beneficio derivado de la infracción (*art. 82 de la Ley 11/98*) han resultado debidamente acreditadas y son, en nuestra opinión, ciertamente trascendentes: la infracción ha afectado a un único operador y no ha tenido trascendencia social. Además, el beneficio estimado se cifra en 95.264,81 euros. En este apartado se valora también el reintegro por parte de Telefónica a COLT de la suma de 84.604,63 euros en concepto de cantidades indebidamente pagadas, a lo que se añade la suma de 10.660,18 euros por los intereses generados por dicha cantidad. En suma, se concluye que el beneficio obtenido fue de escasa importancia.

Entendemos, en conclusión, que en la concurrencia de las circunstancias modificativas no opera como agravante la de "la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción" apreciada por la Administración por las razones expuestas sobre la voluntariedad y la forma en que se desarrollaron los acontecimientos, sin que tampoco apreciemos la concurrencia de la agravante de la especial naturaleza de los perjuicios causados; por otro lado, concurren como circunstancias atenuantes, cualificadas por su trascendencia, la de la afectación a un único operador, la falta de repercusión social, la escasez de los beneficios obtenidos por la actora, junto a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas con sus intereses a COLT. Por ello, consideramos que la aplicación de una "razonable adecuación" entre los hechos y la sanción nos lleva a una moderación de la cuantía de la sanción que reducimos a la suma de 1.000.000 euros".

Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación TESAU y la Abogacía del Estado con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

## SEGUNDO.-

I. En el recurso de casación interpuesto por TESAU se aduce en el primer motivo que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en los *artículos 1.100 y 1.124 del Código Civil*, sobre obligaciones recíprocas, al no haber tenido en cuenta el acuerdo general de interconexión entre TESAU y COLT de 8 de junio de 1999 en el que se preveía un régimen de precios simétrico o recíproco, de tal forma que mientras esa cláusula no fuera modificada, las alteraciones al alza o a la baja de los precios de los distintos servicios objeto del acuerdo debían afectar por igual a ambos operadores, como así se expresa en el fundamento jurídico 4º de la resolución de la CMT de 14 de junio de 2001- "Los precios que ha de pagar Telefónica por terminación en la red de Colt están referenciados, en la medida cautelar adoptada en su día por esta Comisión, a los precios de terminación en la red de Telefónica, por lo que una modificación de éstos implicaría una modificación de aquellos"-, y en la de 13 de septiembre de 2001, que determinó los precios del servicio de interconexión de terminación de las llamadas originadas en la red de **Telefónica de España** S.A.U., y con destino en la red de Colt Telecom España S.A., "en base a los precios aplicables a la red del operador fijo dominante para servicios equivalentes según el modelo de red de referencia considerado en la Oferta de Interconexión de Referencia".. Añade que si COLT pretende beneficiarse de la reducción de precios derivada de la OIR debe al mismo tiempo adaptar los precios que Telefónica debe satisfacer por los servicios de terminación en su red, para evitar que la interpretación y ejecución del contrato quede al arbitrio de uno solo de los contratantes, en contra de lo que proscribe el *artículo 1256 del CC*, sin que se den circunstancias excepcionales que permitan una modificación del acuerdo de interconexión a que se refiere el *art. 22.2 y 3 de la LGT*, por lo que debe estarse a la libertad de pactos de su apartado 1.

La entidad recurrente aduce en su segundo motivo de casación que no existe incumplimiento sino

una demora no dolosa ya que TESAU y COLT alcanzaron un acuerdo el 11 de octubre de 2001, antes de iniciarse el expediente sancionador -7/2/2002-, e incluso antes del trámite de información previa -16/10/2001-, en el que se asumía íntegramente el contenido de la resolución de la CMT de 14 de junio de 2001. Añade que falta una voluntad de incumplir el mandato de la CMT, ya que TESAU no ha pretendido en modo alguno socavar la "auctoritas" de la CMT. Indica que la falta de celebración de un acuerdo se debió al injustificado rechazo de COLT de las propuestas que le dirigió TESAU, siendo después de que la CMT declarara la vigencia del principio de simetría cuando COLT se avino a cumplir el acuerdo general de interconexión, y permitir a TESAU cumplir la resolución de 14 de junio de 2001. Esta demora de tres meses en el cumplimiento no supone una voluntad obstativa de la auctoritas de la CMT, pues se procedió al cumplimiento sin que mediara requerimiento o intervención de la CMT, sin que el plazo de cinco días que establecía la resolución administrativa para su cumplimiento pueda entenderse como elemento esencial, cuando no se ha acreditado que el retraso haya producido efecto negativo alguno. Falta, a su juicio, el elemento de culpabilidad, así como el de tipicidad, pues lo que se prevé en la norma -art. 79.15 LGT - es el incumplimiento de la resolución de la CMT, no su retraso, como así se establece en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el tributario, en el caso de retraso en el pago de las deudas tributarias.

En el motivo tercero se insiste en la diferencia entre retraso e incumplimiento, citando como infringidos los *artículos 1.100 y 1.1010 del Código Civil*, indicando que debe estarse al momento de iniciación del expediente para determinar si ha habido incumplimiento, pues el mero retraso y pago antes de dicho momento solo determinaría la indemnización de los daños y perjuicios.

En el motivo cuarto, con cita de doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aduce infracción del derecho a la presunción de inocencia, al darse por supuesta, tanto en vía administrativa, como en la jurisdiccional, la voluntad incumplidora de TESAU, sin indicar las pruebas de las que deriva tal conclusión, ni existir prueba alguna de la voluntad culposa de incumplir la resolución. Se indica que en el expediente sancionador no se consideró necesario acordar la apertura de un período de prueba, estimando suficiente para interpretar la voluntad de TESAU determinados escritos formulados por ella con distinta finalidad, haciendo suya esta conclusión la sentencia recurrida.

En el último motivo considera infringido el principio de proporcionalidad, al no haberse aplicado en la sentencia recurrida, todos los parámetros que debieron tenerse en cuenta. Cita entre éstos: la afectación a un solo operador de telecomunicaciones, sin daño patrimonial alguno para éste, satisfacción al mismo de lo dejado de percibir antes de iniciarse el expediente sancionador, por lo que la multa no debió exceder de 95.264,81 euros, importe que inicialmente dejó de percibir COLT, pero que posteriormente, y sin actuación administrativa de compulsión alguna le fue abonado. Alega infracción del *art. 82.1.a) de la LGT* al no haber el recurrente consolidado ningún beneficio. Concluye que si se entendiera que se ha obtenido ese beneficio, la sanción debe oscilar entre esa cantidad y su quíntuplo, por no existir circunstancias agravantes, como el propio fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida reconoce.

II. El Abogado del Estado basa su casación en infracción del *apartado a) del párrafo 3 del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, que establece como circunstancia agravante la existencia de intencionalidad, al margen de que sea elemento subjetivo del tipo, como lo recoge la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004, pues tiene su base, como señala la resolución recurrida de la CMT en "el incumplimiento notorio de las medidas cautelares que en su momento se acordaron", acción que perdura en el tiempo y que frustra la propia finalidad de la resolución cautelar, y que obedece a un plan preconcebido para erosionar la libre competencia. Añade que la resolución incumplida de 14 de julio de 2001 apercibía a los interesados que cualquier incumplimiento se calificaría como infracción muy grave, y TESAU, pese a conocer esta circunstancia impide conscientemente su cumplimiento, supeditándolo a que COLT acepte otras condiciones, precisamente los aplicables a los precios de terminación en la red de ésta, que la referida resolución había excluido expresamente y remitido a otro procedimiento cuya instrucción seguía en curso. Señala que la apertura tardía del procedimiento sancionador en nada afecta a la voluntad infractora de TESAU.

En relación con los perjuicios causados, el Abogado aduce que los mismos no se refieren a la cuantía de la cantidad dejada de percibir, sino a la situación de desventaja competitiva en que se colocó a COLT, al no experimentar el descenso que implicaba la nueva oferta de referencia, sin poder incorporar estos nuevos precios a sus planes de negocios ni poder beneficiarse de nuevos precios para luego poder repercutirlos a los usuarios finales.

TERCERO.- El *artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1988* considera infracción muy grave "el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones". Se trata, pues, de una infracción que se consuma por



el mero incumplimiento de una resolución de la CMT, cuando ha sido notificada a la parte interesada y ésta conoce las consecuencias sancionadoras que derivarán de su conducta activa u omisiva dirigida a evitar la ejecución de la resolución. Los elementos definitorios de esta infracción, al igual que la de los delitos de desobediencia previstos en el Código Penal, se traducen: a) desde el lado objetivo en la existencia de una resolución administrativa que por su propia naturaleza es ejecutiva inmediatamente o dentro del plazo que en ella se fije, dictada por el órgano competente en la materia a que se refiere, revestida exteriormente de las formalidades legales, e interiormente, en cuanto al fondo, que no resulte manifiestamente ilegal, pues será en vía de recurso administrativo y judicial donde se determine si el acto es acorde con el ordenamiento jurídico, y las responsabilidades que pudieran concurrir como consecuencia de su ejecución; b) desde el lado subjetivo, a parte de la no concurrencia de circunstancias justificativas de la conducta, la intención deliberada y cierta de no cumplir el mandato de la autoridad exteriorizada por sus actos de resistencia u omisiones dejando transcurrir los plazos legales sin demostrar un deseo de acatamiento del mandato contenido en el acto.

Todos esos elementos concurren en el caso que se examina. En efecto, la resolución de 14 de junio de 2001 de la CMT contiene un requerimiento expreso a TESAU "para que formalice por escrito el nuevo acuerdo al que se refiere el punto anterior -modificación del Acuerdo General de Interconexión (AGI) de 3 de junio de 1999 vigente entre COLT Y TESAU mediante la incorporación en el Anexo 3 del mismo de los precios previstos en la OIR de TESAU del año 2000- en un plazo de 5 días desde la fecha de notificación de la presente resolución y lo comuniqué a la CMT de acuerdo con lo establecido en el *artículo 2.7 del Reglamento de Interconexión*".

Se añade a continuación que "el incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 79.15 de la ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*".

En la propia resolución se razona sobre la competencia de la CMT -fundamento de derecho 1-, y se detallan los trámites procedimentales seguidos-antecedentes de hecho 3º y 4º-. En sus fundamentos de derecho, se justifican las razones por las que TESAU está obligada a la aplicación de los precios de la OIR desde el momento en que el otro operador del AGI se lo pida por escrito, con independencia de la simetría con los precios de terminación en la red de COLT respecto de los cuales dice la resolución "no es el momento procedimental elegido por Telefónica el adecuado para ampliar el objeto del presente conflicto".

Notificada esta resolución con el correspondiente apercibimiento a TESAU, los elementos subjetivos, en cuanto a la intencionalidad, comienzan a producirse desde el día en que toda la actividad de TESAU en aras a su cumplimiento pasan por la exigencia de ésta a COLT de la inclusión en el Anexo 3 de los nuevos precios para los servicios que este operador presta a aquella, lo que, como antes se dijo, había sido excluido expresamente de la resolución.

Cumplido los presupuestos para que la infracción se produzca, el recurso debe ser desestimado, sin que puedan prosperar ninguno de los motivos que se han articulado por la representación de TESAU.

En efecto, en materia de sanciones administrativas prevalece la defensa del interés público sobre el que dimana de las relaciones privadas. Se trata de hacer efectiva la prevención general de la comisión de infracciones que en el futuro pudieran perjudicar dicho interés, que en el caso que ahora se examina no es otro que el buen funcionamiento de régimen de interconexión. Este régimen se contiene en el Reglamento de interconexión, aprobado por *Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, cuyos artículos 9.2 y 11* establecen el carácter vinculante de las Ofertas de Interconexión de Referencia (OIR) para los operadores dominantes, de tal forma que publicada la correspondiente OIR esta produce efectos de inmediato, con independencia de cual sea el Acuerdo General de Interconexión (AGI) celebrado con cada uno de los otros operadores, que, en cualquier caso deberá ser modificado para adaptarlo a la nueva OIR si resultare afectado por la misma. Por ello, lo único que se hizo en la resolución de 14 de junio de 2001 no fue otra cosa que dar cumplimiento a estas *disposiciones, dejando abierta la posibilidad de recoger la cláusula de reciprocidad del inicial AGI de 8 de junio de 1999*, en una posterior modificación del mismo, como así se hizo posteriormente. No hay por ello infracción de los *artículos 1.100, 1.124 y 1.256 del Código Civil* pues el acuerdo mencionado respeta los mismos al deferir a otro procedimiento la modificación de los precios de terminación en la red de COLT para asimilarlos a los del OIR 2000.

El carácter intencional del incumplimiento deriva de su propio conocimiento que hay que suponerle de la normativa que regula la interconexión, y de su actuación dirigida a evitarla haciendo unos ofrecimientos a COLT que no iban en la línea que le marcaba la resolución de 14 de junio de 2001, por lo que era previsible, con un margen casi total de probabilidad, que este operador no los iba a aceptar. Estos ofrecimientos irregulares permiten también aseverar que el retraso en el cumplimiento fue deliberadamente buscado, no

siendo una simple demora, sino un retraso culpable, que no precisaba una nueva intervención de la CMT, cuando ya en la propia resolución se conminaba a cumplirla en un plazo con los apercibimientos de infracción en caso contrario. Su cumplimiento posterior podrá determinar otras consecuencias pero no eludir la concurrencia del elemento culpabilístico, ya que el menoscabo de la "auctoritas" de la CMT se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros, máxime cuando en el *art. 79.15 de la LGT* no se establecen, como pretende el recurrente, la distinción entre incumplimiento y demora, pues el retraso por sí mismo ya la supone.

Tampoco tiene relevancia el que la resolución se haya cumplido antes de que se iniciaran las actuaciones de la CMT dirigidas a corregir la infracción, pues la consumación de la misma tiene lugar cuando transcurre el plazo previsto para ello. Ese cumplimiento anterior podrá operar en su caso como arrepentimiento espontáneo a los efectos de atenuar la sanción pero nunca como elemento excluyente del injusto.

En supuestos de infracciones como la que aquí se corrigen los elementos probatorios vienen determinados por aquellos que acreditan el cumplimiento de los requisitos que, como antes se dijo, configuraban la infracción. Ya se examinaron los mismos y se concluyó que concurrían en el presente supuesto. Por otra parte la resolución recurrida es lo suficientemente expresiva de los documentos que ponían de manifiesto la conducta deliberada de TESAU, documentos que obran en el expediente y cuyo valor probatorio ha sido aceptado por la sentencia recurrida y, por tanto, no susceptibles de valorarse en forma distinta en casación, si no se aprecia error o arbitrariedad. Ha quedado destruida, por tanto, la presunción de inocencia que invoca la recurrente, por lo que debió por contra realizar una prueba dirigida a justificar su ausencia de culpabilidad, y esta prueba no se propuso en el expediente, y en fase judicial únicamente se dirige a acreditar la existencia de un pacto de simetría de precios y las soluciones adoptadas en otros conflictos en que tal simetría existía, pero que en nada inciden en su culpabilidad en la comisión de la infracción.

Por último, en relación con la proporcionalidad, ya el Tribunal de instancia tuvo en cuenta este principio al rebajar sustancialmente la multa impuesta, sin que puedan tomarse en consideración los argumentos esgrimidos en el motivo pues el daño patrimonial para COLT no sólo deriva de las cantidades dejadas de percibir sino de no poder hacer efectiva la disminución de precios en la interconexión con las líneas de TESAU. Por otra parte, no puede aplicarse al campo de las telecomunicaciones normas procedentes del campo tributario, al tener un significado distinto que excluyen la analogía, y, en último término, la referencia al límite máximo que no puede exceder del quíntuple, hay que aplicarlo sobre los ingresos brutos, cuando el beneficio sea inferior al tope mínimo señalado en el *artículo 82.1.A. LGT*.

CUARTO.- El recurso del Abogado del Estado debe también ser desestimado, porque, aunque el *art. 82.1.C* de IGT se remita al *artículo 131.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común*, ello no permite tomar en consideración la intencionalidad de la infracción, cuando ya se tuvo en cuenta como elemento constitutivo del tipo, si no se da un plus del elemento cognoscitivo que permita apreciar un grado superior de dolo o peligrosidad, que exigiría un mayor reproche, que en el presente caso no se aprecia, pues las circunstancias que menciona, de erosionar la libre competencia, de haber sido apercibida de incumplimiento en la propia resolución, de impedir conscientemente su cumplimiento, son elementos que delimitan la infracción y son precisamente los que hacen que ésta sea cometida, pero no generan un aumento en el dolo que permitan una agravación. Por otra parte, no puede considerarse que el daño experimentado por COLT fuere tan relevante como para permitir una agravación de la infracción, si se tiene en cuenta que el efectivo ajuste del AGI a la nueva OIR tuvo lugar unos meses más tarde.

QUINTO.- De conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional*, procede la condena en costas del recurso a cada parte recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 1341/2005, interpuesto por la Entidad **TELFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U. y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de diciembre de 2004, recaída en el recurso nº 1239/2002; con condena en costas a cada parte de las causadas en sus recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.