



Roj: STS 5435/2013
Id Cendoj: 28079130032013100309
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4037/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **4037/2010** interpuesto por "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada con fecha 7 de mayo de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 46/2007, sobre sanción en materia de telecomunicaciones; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 46/2007 contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006, recaída en el expediente sancionador RO 2004/1811, que acordó:

"Primero. Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. 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 el apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica.

Segundo. Imponer una sanción económica a Telefónica de España, S.A.U. por importe de veinte millones (20.000.000) de euros."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 15 de enero de 2008, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase 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 16 de noviembre de 2006 (Expte. RO 2004/1811), por la que se impone a mi representada una multa de 20 millones de euros.

2º) Con carácter estrictamente subsidiario, anule parcialmente la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006 (Expte. RO 2004/1811) y acuerde reducir el importe de la sanción de multa impuesta de conformidad con los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos de esta demanda".

Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 20 de mayo de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia

"en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 4 de junio de 2008 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad 'Telefónica de España, S.A.U.', contra la resolución del Ministerio de Fomento de fecha 16 de noviembre de 2006 a que las presentes actuaciones se contraen. Segundo.- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas."

Quinto.- Con fecha 1 de septiembre de 2010 "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **4037/2010** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 42.6 y 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y de la jurisprudencia de esa Excm. Sala contenida en las sentencias de 29 de enero de 1994 (RJ 348) y de 5 de octubre de 1998 (RJ 7649), todo ello en relación con el instituto de la caducidad de los procedimientos sancionadores".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y 222.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , y la jurisprudencia de esta Excm. Sala que los interpreta en relación con el carácter positivo o prejudicial de la cosa juzgada".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y el artículo 348 de la LEC por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba practicada en la instancia".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la LRJPAC, en relación con el principio de presunción de inocencia".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA , 24.1 y 120.3 de la Constitución , por un defecto de motivación, en relación con la causa de anulación invocada en la instancia sobre la ausencia de tipicidad de la conducta imputada a TESAU".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 53.r) de la LGTEL ; del artículo 3.1 del Reglamento (CE) 2887/2000 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre, sobre acceso desagregado al bucle local; de los artículos 3.3 , 3.4 y 11 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes; y del artículo 25.1 de la Constitución , en relación con la alegada falta de tipicidad de la conducta imputada en la resolución sancionadora".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 53.r) de la LGTEL en la interpretación dada por esta Excm. Sala al no apreciar la sentencia recurrida el dolo como uno de los elementos del tipo infractor aplicado".

Octavo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 130.1 de la LRJPAC en relación con la inexistencia en todo caso del elemento subjetivo de culpa".

Noveno: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 56.1.a) de la LGTEL, del artículo 25.1 de la Constitución y del artículo 129.1 de la LRJPAC con relación a la aplicación del concepto de 'rama de actividad afectada' para la cuantificación de la sanción".

Décimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la LRJPAC en relación con el principio de presunción de inocencia en lo relativo a las agravantes apreciadas de intencionalidad e importancia del daño causado".

Undécimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 56.2 de la LGTEL con respecto a la agravante de situación económica del infractor".

Sexto.- Por escrito de 27 de enero de 2011 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó "sentencia por la que se declaren inadmisibles los motivos del recurso o, subsidiariamente, se desestimen, confirmando íntegramente la sentencia impugnada, con la imposición de las costas a la actora".

Séptimo.- Por providencia de 11 de junio de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 29 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 7 de mayo de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo número 46/2007 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U" contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006, recaída en el expediente sancionador RO 2004/1811, que le impuso una sanción económica de veinte millones (20.000.000) de euros tras declararla autora de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones .

"Telefónica de España, S.A.U.", en cuanto operador con poder significativo en el mercado, estaba obligada a formular la denominada "oferta de acceso al bucle de abonado" (en lo sucesivo, OBA) con el fin de permitir que otros operadores tuvieran acceso, tras la formalización de los oportunos contratos entre ambas partes, a una de las instalaciones esenciales de la red de la que era titular, en concreto al tramo final de la línea telefónica hasta el domicilio de los abonados. La sanción que le impone la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se refiere al (in)cumplimiento de las resoluciones administrativas que fijaban los términos de aquella oferta, habiendo estimado la citada Comisión que "Telefónica de España, S.A.U." no los respetó, de manera "continuada y generalizada", durante un determinado período de tiempo.

Segundo.- La Sala de la Audiencia Nacional transcribe en el primer fundamento jurídico de la sentencia impugnada lo que denomina "base fáctica de la sanción", a cuyo efecto reproduce parte del primero de los "hechos probados" que contiene la resolución administrativa sancionadora:

"[...] Telefónica de España, S.A.U. ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005.

Tal hecho probado resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado. Está claro que en los años 2004 y 2005 ha habido incumplimientos que han afectado a una pluralidad de operadores y centrales en relación con la práctica totalidad de los servicios OBA, y que los retrasos de los diversos servicios se prolongan en el tiempo en una proporción significativa. De todo ello resulta que TESAU ha mostrado una actitud pasiva cuando los operadores le han solicitado servicios de acceso al bucle para poder competir con ella.

Esta actuación de TESAU no sólo se ha referido a Jazztel sino que ha afectado a una pluralidad de operadores, tal y como queda reflejado en los expedientes que se han acumulado al presente procedimiento sancionador, especialmente el expediente relativo a la solicitud de Telefónica para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511), en el que constan acreditados (reconocidos por la propia TESAU) retrasos generalizados relativos a los diversos servicios OBA, y todos ellos referidos a la totalidad de los operadores del mercado."

Tercero.- Esta "base fáctica" resulta aceptada, en definitiva, por la Sala en otros pasajes de su sentencia (de modo especial en los fundamentos jurídicos cuarto y octavo) hasta el punto de corroborar que se produjeron unos "incumplimientos que no es exagerado afirmar afectaban a una parte sustancial del sector en cuestión". Da validez, pues, a la síntesis o resumen de los hechos efectuado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando concluía que "[...] TESAU ha incumplido los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos enero de 2004 y abril de 2005, como ha resultado acreditado en el Hecho Probado primero."

La conclusión final viene precedida de un extenso relato o descripción de hechos singulares (páginas 24 a 56 de la resolución sancionadora) en el que se recogen los sucesivos incumplimientos detectados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el examen de no menos de doce de los conflictos planteados por los "operadores alternativos" frente a "Telefónica de España, S.A.U." respecto del cumplimiento por ésta de sus obligaciones derivadas de la OBA. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

subrayaba en su resolución el "alto grado de conflictividad" respecto al cumplimiento por "Telefónica de España, S.A.U." de dichas obligaciones, desde 2002 hasta 2006, pues los operadores se quejaban una y otra vez de las trabas que aquella empresa -el único operador con quien podían negociar el acceso- les imponía.

Es importante precisar, a estos mismos efectos, cómo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones distinguió desde un principio entre la resolución (previa) de los conflictos de acceso y la (actual) decisión sancionadora. Afirmaba en esta última que "el objeto del presente procedimiento no es volver a enjuiciar los hechos en relación con expedientes cerrados y conflictos resueltos; no se plantea la resolución de ningún conflicto de acceso. Los hechos acreditados durante la tramitación de dichos conflictos son los que serán tenidos en cuenta en este apartado, pero no desde el punto de vista del posible perjuicio para el operador implicado por la ausencia de provisión de un servicio OBA, sino del incumplimiento generalizado de obligaciones OBA por parte de Telefónica que conducirían, inevitablemente, al incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la OBA publicada por Telefónica en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la OBA de Telefónica."

Se trataba, pues, en palabras de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de determinar "si el conjunto de hechos y circunstancias concurrentes en todos los expedientes que se analizan pueden ser considerados como incumplimientos de las obligaciones que la OBA impone sobre Telefónica y, por ende, del incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión ya mencionadas".

Cuarto.- La Sala sentenciadora hace suyas en la sentencia ahora recurrida, antes de acometer el análisis pormenorizado de las alegaciones de la demanda, parte de las consideraciones que el mismo tribunal había expuesto en una sentencia precedente (de fecha 18 de enero de 2010, recurso número 1270/2007) para confirmar la validez de otra resolución análoga de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fechada el 19 de mayo de 2007 y recaída en el expediente sancionador RO 2006/12, en cuya virtud se había impuesto a "Telefónica de España, S.A.U" una nueva sanción pecuniaria de trece millones de euros (13.000.000 euros) por conductas igualmente relacionadas con las previas decisiones administrativa de 29 de abril de 2002 y de 31 de marzo de 2004, ambas sobre modificación de la OBA.

Como quiera que la sentencia de 18 de enero de 2010 fue igualmente recurrida por "Telefónica de España, S.A.U." en casación (recurso número 1465/2010) esta Sala ha deliberado y falla conjuntamente dicho recurso con el que ahora nos ocupa (4037/2010), vista su innegable conexión. En buena lógica, dada la secuencia cronológica de fechas, hubiese sido preferible enjuiciar primero en la instancia la resolución administrativa de 16 de diciembre de 2006 (recurso número 46/2007) y después la resolución ulterior de 10 de mayo de 2007 (recurso número 1270/2007), tanto más cuanto que la demanda frente a ésta última invocaba precisamente que su contenido estaba anticipado en la primera resolución. El hecho de que no haya sido así, sin duda por las vicisitudes de tramitación de ambos procesos, no tiene mayor trascendencia y, en todo caso, repetimos, la deliberación simultánea por nuestra parte de los dos recursos de casación suple cualquier eventual desajuste en el examen temporal de las cuestiones controvertidas.

Quinto.- Con la excepción del quinto, el resto de los once motivos casacionales (la propia recurrente admite que "su número puede parecer elevado", como así es) han sido deducidos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional. En el primero de ellos denuncia la infracción de los artículos 42.6 y 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 29 de enero de 1994 [...] y de 5 de octubre de 1998 [...] todo ello en relación con el instituto de la caducidad de los procedimientos sancionadores".

El argumento central del motivo es que aquellos preceptos de la Ley 30/1992 no permiten la ampliación de los plazos máximos de resolución cuando la imposibilidad de respetarlos se haya debido a los retrasos de la Administración durante la tramitación del procedimiento por causas imputables a su propia inactividad. A juicio de "Telefónica de España, S.A.U." esto es lo sucedido en el supuesto de autos, a cuyo efecto interesa que se integren ciertos hechos "en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida para enjuiciar el presente motivo casacional".

El tribunal de instancia, ante quien se suscitó la misma alegación, la rechazó por las siguientes consideraciones (fundamento jurídico tercero de la sentencia) que transcribimos omitiendo la reproducción de los textos legales:

"[...] Sobre caducidad, TESAU expone que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se produjo el 9 de junio de 2005 y que la notificación de la resolución impugnada data del 23 de noviembre de

2006, es decir, un año y cinco meses después de la incoación, excediendo el plazo de duración máxima, un año. Cuestiona la prórroga del plazo máximo acordado por la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones en fecha 25 de mayo de 2006 (documento 37) por término de seis meses, aduciendo que la verdadera razón de la superación del plazo máximo fue la inactividad de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones durante ocho meses.

El art. 42.6 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que [...] Esa ampliación de plazos, a la vista del precepto, puede producirse legítimamente tanto en casos de elevado número de afectados como, según razona la Administración, en los de simple complejidad objetiva de la tramitación. La interpretación contraria privaría de sentido y eficacia a la norma y carecería de lógica, pues el recurso a la ampliación de plazos podía producirse en procedimientos de tramitación sencilla siempre y cuando hubiera un relativo número de solicitudes o de afectados, y no al revés, esto es, en todos aquellos otros en los que existiera una gran complejidad de tramitación.

Precisamente, esa dificultad o complejidad ha quedado suficientemente acreditada y justificada en el presente procedimiento en el acuerdo de ampliación, y además resulta notorio, dadas las características del procedimiento administrativo, de naturaleza indudablemente complicada o compleja, que ni siquiera una ampliación de medios personales y materiales hubiese sido suficiente para el efectivo cumplimiento del plazo originario de un año cuando la adecuada tramitación exigió adjuntar documentación de diferente sesgo. En definitiva, podrá compartirse o no por la actora la motivación esgrimida al efecto por la Administración, pero es incuestionable que ésta existe y resulta coherente con las previsiones del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

Sexto.- La integración de hechos a la que se refiere el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional permite añadir a los admitidos como probados por el tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, resulten suficientemente justificados según las actuaciones. No es posible tal integración, sin embargo, cuando se trata de hechos respecto de los cuales no existe propiamente una "omisión" del tribunal de instancia sino un juicio negativo al respecto. Otra interpretación del precepto legal significaría tanto como abrir la puerta a la revisión plena de las apreciaciones de hecho que hayan efectuado las Salas de instancia.

En el supuesto de autos la Sala de la Audiencia Nacional rechaza de modo singular la alegación de la demandante para quien "la inactividad de la CMT durante ocho meses" impedía dotar de efectos jurídicos a la ulterior ampliación del plazo. Y añade que, en cualquier caso, dada la complejidad del expediente sancionador, ni siquiera una actividad regular y diligente de la Administración podría haber respetado el plazo de un año para resolver, razón por la cual el tiempo de tramitación de un año y poco más de cinco meses (desde la incoación de 9 de junio de 2005 a la resolución final de 23 de noviembre de 2006) estaba suficientemente justificado, como lo estaba la prórroga de seis meses.

Siendo ello así, el tribunal de instancia no vulnera los preceptos legales ni la jurisprudencia que en este primer motivo casacional se citan cuando admite la concurrencia de circunstancias excepcionales, derivadas del propio expediente sancionador, que habilitaban a la Administración para acordar la ampliación del plazo máximo de resolución por un período adicional de seis meses.

Séptimo. - En los motivos casacionales segundo, tercero y cuarto "Telefónica de España, S.A.U." censura el juicio de instancia en cuanto refrenda la imputación de "incumplimiento continuado y generalizado" que constituía la base fáctica del acuerdo sancionador. Sostiene, sucesivamente, que la Sala ha vulnerado "las normas sobre cosa juzgada", ha incurrido en "arbitrariedad en la valoración de la prueba" e infringido "el principio de presunción de inocencia".

El primero de dichos reproches (segundo motivo casacional) apela a "los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y 222.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia de esta Excma. Sala que los interpreta en relación con el carácter positivo o prejudicial de la cosa juzgada". A juicio de "Telefónica de España, S.A.U.", dichos preceptos y doctrina jurisprudencial no se respetan por el tribunal de instancia pues "[...] desconoce indebidamente el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada que se derivaba de las sentencias de la misma Sala y Sección citadas en el Antecedente Segundo de este recurso (sentencia de 5 de septiembre de 2008, rec. nº 779/05 y las que a ella siguieron), así como de la sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 54 de Madrid de 17 de julio de 2006."

En el fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada la Sala se refirió a esta cuestión con los siguientes razonamientos:

"[...] La demandante otorga valor decisivo, a favor de su tesis, a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid, de 17 de julio de 2006 (que consta adquirió firmeza) y a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CMT) de 22 de octubre de 2007, entendiéndose que los incumplimientos estarían justificados en razón a las circunstancias que hubo de hacer frente en el periodo considerado por la CMT.

Tales aseveraciones no pueden ser compartidas, pues la sentencia se refiere a una controversia de naturaleza civil, sujeta al Derecho privado y, por tanto, ajena a incumplimientos derivados de la OBA, esto es, a la dilucidación de si TESAU otorgó a las alternativas el 'acceso desagregado e indirecto al Bucle de Abonado en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes'. De otro lado, lo deducido por la CNC está abordando, en la resolución que se invoca, la posible existencia de prácticas anticompetitivas o un abuso de posición de dominio, cuestiones distintas a las que atiende la CMT (existencia de infracciones de las obligaciones impuestas por la OBA). En uno y otro caso nos encontramos ante esferas o ámbitos distintos al que resulta propio de la CMT.

[...] Finalmente, en relación con la Sentencia de esta Sala y Sección de 5 de septiembre de 2008 (recurso 779/2005) y las que a su socaire ulteriormente se han dictado, conviene expresar que lo que en ella se sostiene es distinto a la controversia que ahora se atiende, concretamente porque en ella se trataba un conflicto de acceso entre dos operadores, aquí una sanción que trae causa de unos incumplimientos que no es exagerado afirmar afectaban a una parte sustancial del sector en cuestión, con efectos trascendentes en una consideración global de éste. Como bien afirma el demandado, en el supuesto atendido no se trata de determinar si un operador alternativo tiene o no derecho a recibir el importe de una penalización, sino de si procede o no sancionar al dominante por haber incumplido reiteradamente con el conjunto de operadores las obligaciones consignadas en la OBA".

Octavo.- El segundo motivo de casación no podrá ser estimado pues la apelación a la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias precedentes exigirá la concurrencia de la triple identidad (subjética, objetiva y de causa de pedir) entre los respectivos procesos y el ahora enjuiciado, identidad que en este supuesto no existe. Pero es que, además, los pronunciamientos firmes de las sentencias a las que apela "Telefónica de España, S.A.U." en ningún momento descartan la existencia del presupuesto de hecho (el incumplimiento generalizado y continuado de las obligaciones) sobre el que se basa la resolución sancionadora.

En efecto, mediante aquellas sentencias previas la Sala de la Audiencia Nacional (en sintonía con la de la jurisdicción civil también invocada) reconoció para ciertos casos -y a los meros efectos de validar o no la procedencia de las indemnizaciones y la aplicación de cláusulas penales dentro de las relaciones de los operadores entre sí- que se había producido una "concurrencia de culpas" entre "Telefónica de España, S.A.U." y alguno de los operadores que pretendía el acceso al bucle. La conclusión de la Sala de instancia en aquellos litigios no fue la de negar la existencia de los incumplimientos de las obligaciones de "Telefónica de España, S.A.U.", sino exclusivamente la de atemperar las consecuencias económicas de tales incumplimientos, desde el punto de vista resarcitorio para el operador que había planteado el conflicto, especialmente en función de la conducta de la otra parte.

Por lo demás, la extensión de los incumplimientos que la Sala tiene por acreditado en el supuesto de autos -sobre la base de los que con este carácter figuran en la resolución sancionadora- es muy superior a la que derivaría de la suma de cada una de las situaciones conflictuales entre operadores que fueron zanjadas por las sentencias precedentes de la Audiencia Nacional.

Noveno.- En el tercer motivo de casación denuncia "Telefónica de España, S.A.U." la infracción de los artículos 93 y 24.1 de la Constitución y el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba practicada en la instancia". Tras afirmar por anticipado que "es consciente de que el recurso de casación no permite revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora", acto seguido propugna precisamente que esta Sala efectúe dicha revisión.

El argumento utilizado para sortear los límites de la revisión casacional en materia de prueba consiste en afirmar -como en tantos otros casos- que la valoración realizada por el tribunal de instancia (en particular, del informe pericial aportado como documento número cuatro de la demanda) resulta "arbitraria". Junto a esta aseveración alega la sociedad recurrente que la Sala de instancia ha efectuado también una valoración arbitraria de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de octubre de 2007, y de las "sentencias de la Audiencia Nacional encabezadas por la sentencia de 5 de septiembre de 2008 (rec. nº 779/05) y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid de 17 de julio de 2006 [...]".

Para contrastar estas afirmaciones con el contenido de la sentencia impugnada es conveniente reproducir las referencias a los hechos y a la prueba pericial que se encuentran en sus fundamentos jurídicos cuarto y octavo.

A) En el primero de ellos puede leerse lo que sigue:

"En este motivo residen en realidad dos argumentos. El primero consistiría en la contravención del principio de tipicidad, en su componente de adecuada subsunción, porque no se habría integrado el precepto sancionador, pues, siendo éste el incumplimiento de los mandatos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las meras deficiencias no deberían ser calificadas de aquella manera, esto es, como incumplimientos ni merecer una respuesta punitiva.

Este argumento sin embargo parte de una premisa que en buena medida encontramos a lo largo del procedimiento, cual es que, en realidad, no han existido efectivos incumplimientos.

Pero la Sala no comparte esta afirmación ya que el amplio conjunto de funcionalidades que no fueron puestas en funcionamiento por la recurrente, y su consideración, en ocasiones, por las operadoras alternativas, como de grave o muy grave importancia (de lo que vimos cuenta más arriba) impiden su efectiva calificación como meras deficiencias. Tampoco el informe pericial aportado por la actora justifica adecuadamente -por referencia a los precisos incumplimientos- sus afirmaciones de escasa entidad de los incumplimientos.

Y si no estamos ante sencillas deficiencias sino, en efecto, ante incumplimientos, este primer enfoque alegatorio no puede sino ser desestimado".

B) En el fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada, por su parte, el tribunal de instancia afirma lo siguiente:

"Tampoco avala la pretensión deducida la pericial ratificada en el ramo de prueba, que, con independencia de ser de parte - circunstancia que por sí sola no empañaría su fiabilidad- lo cierto y verdad es que no ha desvirtuado la decisión impugnada, ni, el soporte técnico que la avala. Particularmente significativas fueron al respecto las contestaciones del perito a las preguntas del demandado, siendo así que reconoció utilizar datos de 2007 en su estudio, cuando el periodo considerado es el 2004-2005, derivándose de la densa ratificación, que ahora no es momento de reproducir, que TESAU tenía capacidad para cumplir lo que le incumbía (los incumplimientos se produjeron en un contexto en el que España en aquel periodo era el decimocuarto país de la Unión Europea en acceso directo), sin que se diera cabal explicación de que un 'cambio estructural en la demanda' hiciera imposible el cumplimiento de lo previsto en la OBA, cuestión que puede considerarse el caballo de batalla al que la promovente pretende otorgar el peso relevante en la 'litis' y respecto de la que el perito, en cuanto se descendió a detalles concretos, no mostró un grado de contundencia y conocimiento suficientes en relación precisamente, con los procedimientos internos utilizados por TESAU".

Décimo.- La discrepancia de la parte recurrente con la apreciación de la prueba pericial que ha hecho el tribunal de instancia es legítima, sin duda, pero no le autoriza a descalificarla como "arbitraria". La valoración de los informes o explicaciones de los peritos con arreglo a criterios inspirados en la sana crítica no necesariamente aboca a una solución única y, por el contrario, permite al juez de instancia moverse dentro de ciertos límites que en este caso no han sido sobrepasados. La Sala de la Audiencia Nacional ha expuesto razonadamente por qué en este supuesto no asume en su integridad las conclusiones periciales y tal apreciación -aun en la hipótesis de que presentara flancos abiertos a la discrepancia- no puede ser tachada de arbitraria, esto es, de caprichosa.

La recurrente no comparte la valoración del tribunal e insiste en que, a su entender, el perito habría justificado suficientemente cómo el "cambio estructural de la demanda hacía imposible el cumplimiento de lo previsto en los contratos celebrados a partir de la OBA", argumento básico que trata de reforzar afirmando que la explicación había sido admitida en sentencias precedentes "sobre la base de informes del mismo perito". Pero ya hemos expuesto que incluso aquellas sentencias confirmaron el incumplimiento de las obligaciones a cargo de "Telefónica de España, S.A.U.", aunque redujeran por las razones que en ellas constan sus consecuencias resarcitorias dentro del ámbito estrictamente privado.

En suma, el motivo cuarto se desenvuelve dentro de lo que podría ser una controversia adecuada para un proceso de instancia en el curso del cual se somete a escrutinio del juez el conjunto de la prueba practicada (mucho más amplio que el dictamen del perito pues engloba, entre otro material probatorio, el que consta en el voluminoso expediente tramitado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones). No es posible trasladar al proceso de casación esa misma controversia cuando, como ya hemos advertido, la valoración de

aquel conjunto probatorio, incluido el informe pericial, arroja un resultado que, aun en la hipótesis de que fuera discutible, sin duda no es arbitrario ni irrazonable.

Undécimo. - En el cuarto motivo de casación se reprocha a la Sala la "infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la LRJPAC, en relación con el principio de presunción de inocencia". El motivo parte como premisa de que "la sentencia recurrida incurre en las dos infracciones del ordenamiento ya desarrolladas (vulneración del principio de cosa juzgada y arbitraria valoración de la prueba)" para acto seguido mantener que "de no haberse cometido esas infracciones [...] habría debido estimar [...] que los restantes elementos probatorios mencionados en la Resolución sancionadora no reunían los requisitos necesarios para constituir una prueba de cargo válida contra TESAU".

Formulado en estos términos el motivo resulta en realidad tributario de los dos precedentes. Rechazados como han sido ambos, la misma suerte ha de correr éste.

Duodécimo. - El quinto y sexto motivos casacionales se refieren a lo que "Telefónica de España, S.A.U." considera "incorrecta subsunción en el artículo 53.r) de la LGTEL de incumplimientos de contratos privados". El quinto tiene la particularidad de que se plantea por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional y en él se denuncia un supuesto quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, en su modalidad de infracción de las normas reguladoras de la sentencia, "por un defecto de motivación, en relación con la causa de anulación invocada en la instancia sobre la ausencia de tipicidad de la conducta imputada a TESAU".

A juicio de la sociedad recurrente, en síntesis, la Sala de instancia no habría dado respuesta a su alegación -reiterada en la demanda- de que los incumplimientos sancionados no podían serlo de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004 (resoluciones que, afirma, ella misma cumplió) sino, en su caso, de las cláusulas contenidas en los contratos privados celebrados por "Telefónica de España, S.A.U." con el resto de operadores.

El tribunal de instancia, sin embargo, ni fue ajeno a este planteamiento de la demanda ni dejó de darle respuesta (desestimatoria) en la sentencia. Basta leer el resumen que de la tesis actora, sobre este punto, hace la Sala al comienzo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia para advertir cómo se hacía eco de la correlativa alegación de la demanda.

Afirmaba la Sala, en concreto, que el primer argumento de "Telefónica de España, S.A.U." sobre la "invocada falta de tipicidad" consistía precisamente en defender que "no se habría integrado el precepto sancionador, pues, siendo éste el incumplimiento de los mandatos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las meras deficiencias no deberían ser calificadas de aquella manera, esto es, como incumplimientos ni merecer una respuesta punitiva". El resto del fundamento jurídico cuarto se contrae a explicar por qué, según el parecer de la Sala, tal argumento debía ser rechazado.

"Telefónica de España, S.A.U." podrá disentir, como en efecto hará en el siguiente motivo casacional, de la tesis de la Sala de instancia sobre la tipicidad de su conducta, y podrá asimismo criticar que la sentencia recurrida se remita en este punto a la suya precedente de 18 de enero de 2010. Pero ello no puede confundirse con la ausencia de motivación denunciada, incluso en la hipótesis de que el contenido de la respuesta dada por el juzgador no hubiera sido acertada o pudiera haber sido más amplia.

Decimotercero.- El sexto de los motivos casacionales es quizás el que tiene mayor densidad argumental. "Telefónica de España, S.A.U." afirma que la Sala infringe el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones ; el artículo 3.1 del Reglamento (CE) 2887/2000 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre, sobre acceso desagregado al bucle local; los artículos 3.3 , 3.4 y 11 del Real Decreto 3454/2000, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes; y, en fin, el artículo 25.1 de la Constitución .

La premisa de la que parte el motivo es la naturaleza jurídica de la OBA. A su entender, no es sino "una actuación privada del operador con poder significativo de mercado que debe poner a disposición de otros operadores una oferta contractual de referencia que sirva de base para la celebración de posteriores contratos con los operadores sobre el acceso al bucle desagregado". Para "Telefónica de España, S.A.U." las condiciones de acceso al bucle "surgen de esos contratos y no de una resolución de la CMT", cuya competencia se limitaría a ordenarle que modifique el contenido de su oferta de referencia.

En esta misma línea sostiene que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (esto es, las que después se considerarían incumplidas) no alteran "la naturaleza jurídica

de los contratos celebrados con los operadores que serán los que constituyan la fuente de obligaciones para TESAU y no las resoluciones de la CMT" y que el incumplimiento de las condiciones y plazos para facilitar el acceso "no es algo que traiga causa de las resoluciones de la CMT, sino de los contratos celebrados con los operadores". De todo ello infiere que "la conducta imputada no era subsumible en el artículo 53.r) de la LGTEL" y que ella misma "cumplió aquello a lo que le obligaban las Resoluciones de modificación de la OBA".

El motivo no podrá ser estimado pues, pese a los notables esfuerzos dialécticos de la parte recurrente, se infringe el tipo infractor contenido en el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones cuando el operador obligado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a incluir en la OBA determinadas obligaciones se desentiende después de éstas y las incumple, vulnerando con ello el mandato de hacer que contiene la decisión previa de aquella Comisión. Es cierto que la OBA no constituye en sí misma un acto administrativo, como bien afirma la recurrente. Pero si el organismo habilitado para ello por la Ley -cuya competencia no se discute en este caso- obliga a "Telefónica de España, S.A.U." a que efectúe su oferta en unos determinados términos y le impone, en su resolución, el deber de respetar ciertas obligaciones de hacer en sus relaciones con los operadores alternativos, el incumplimiento de éstas por parte de "Telefónica de España, S.A.U." lo es también, repetimos, del mandato administrativo que le exigía atenerse a ellas.

Las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004 establecían, además de la obligación general de ofrecer el acceso, las condiciones específicas relativas a los plazos, precios y demás elementos de obligado cumplimiento que necesariamente formaban parte del contenido indisponible de la oferta, según la conformación de ésta que imponía al organismo regulador. Precisamente porque la actuación de dicha Comisión responde al interés público en facilitar el tránsito desde la posición anterior a otra que permitiera la competencia efectiva entre operadores, el contenido de la oferta impuesto a "Telefónica de España, S.A.U.", en lo que suponía de obligaciones y deberes indeclinables, exigía que la operadora se atuviera al mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la hora de respetar aquellas obligaciones. "Telefónica de España, S.A.U." no da cumplimiento a las citadas resoluciones si se limita a redactar la oferta conforme a ellas para acto seguido desentenderse de lo que en las mismas se le impone.

Decimocuarto.- La apelación al artículo 3.1 del Reglamento (CE) 2887/2000 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre, sobre acceso desagregado al bucle local no cambia la conclusión anterior, como no la cambian las referencias a los artículos 33, 3.4 y 11 del Real Decreto 3454/2000, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes.

A) En cuanto a la disposición comunitaria, el artículo 3.1 del Reglamento (CE) 2887/2000 se limita a exigir que los operadores dominantes publiquen y mantengan actualizada una oferta de referencia relativa al acceso desagregado al bucle local y a los recursos asociados, con un determinado contenido mínimo. Pero ese mismo Reglamento en su artículo 4 permite -en realidad exige- que la autoridad nacional de reglamentación garantice que a través de las tarifas de acceso desagregado al bucle local se fomente una competencia equitativa y sostenible, habilitando a aquella autoridad para que imponga "modificaciones de la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local y a los recursos asociados, incluidas las tarifas, cuando dichas modificaciones estén justificadas".

En el caso de autos la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto autoridad nacional de reglamentación, impuso las modificaciones de la OBA a las que preceptivamente tenía que atenerse "Telefónica de España, S.A.U.", en los términos que ya hemos expuesto en el fundamento jurídico precedente. El incumplimiento por dicha compañía del mandato de respetar en sus relaciones con los demás operadores el contenido vinculante de la OBA, una vez particularizado con carácter preceptivo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es lo que justifica la sanción impuesta a título del artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones .

B) En la medida en que los preceptos reglamentarios nacionales invocados en el motivo (del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes) permiten, en sintonía con las disposiciones de rango superior, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptar resoluciones - como las de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004- que configuran preceptivamente las condiciones específicas del acceso, el incumplimiento generalizado y continuado de éstas por el operador dominante no es sólo una cuestión bilateral, privada, entre operadores, sino una conducta subsumible en el tan citado artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones . Se trata, en efecto, de una infracción que tiene relevancia pública (afecta a los intereses de los consumidores, últimos destinatarios del proceso de apertura del mercado), en cuanto implica incumplir dos de las resoluciones

adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones. Y, repetimos ya por última vez, el cumplimiento del mandato administrativo no se agota en el "aparente" efecto de redactar la OBA para acto seguido incumplirla sino en ejecutar su contenido conforme a lo prescrito por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

C) En fin, no es atendible la queja de vulneración del artículo 25.1 de la Constitución que "Telefónica de España, S.A.U." imputa a la Sala de instancia por "considerar subsumible en dicho tipo infractor [el artículo 53.r de la Ley General de Telecomunicaciones] el incumplimiento de obligaciones que no traen causa de las resoluciones de la CMT". No es atendible la queja, decimos, porque conforme ya hemos examinado las obligaciones que "Telefónica de España, S.A.U." incumplió son precisamente aquellas que "traen causa" de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 y 31 de marzo de 2004.

No es que, como afirma "Telefónica de España, S.A.U.", esta conclusión suponga hacer una "interpretación extensiva" de las tan repetidas resoluciones ni una "absoluta deslegalización del tipo". Este último castiga el incumplimiento de las decisiones singularmente adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, del mismo modo que no existe un déficit de tipicidad por el hecho de que se contemplen como delitos la resistencia o la desobediencia grave a los mandatos de la autoridad (obviamente, en función del contenido singular de estos mandatos, no predeterminado por el tipo) tampoco existe aquel déficit por el hecho de que un precepto de la Ley General de Telecomunicaciones sancione en vía administrativa el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, tipo infractor que necesariamente ha de integrarse a la vista del contenido de aquéllos. Así lo hemos mantenido de modo constante en nuestra jurisprudencia (entre otras, en la sentencia de 6 de junio de 2007, recurso de casación número 8217/2004 a propósito de la infracción administrativa prevista en el artículo 79.15 de la Ley 11/1988, coincidente con el posterior 53.r).

Decimoquinto.- Los dos siguientes motivos de casación (séptimo y octavo) plantean, con carácter subsidiario a los anteriores, otras tantas censuras contra la sentencia de instancia referidas "a los elementos subjetivos que han de concurrir para poder aplicar la infracción administrativa imputada en la resolución sancionadora".

En el séptimo "Telefónica de España, S.A.U." denuncia, en concreto, "la vulneración del artículo 53.r) de la LGTEL [...] al no apreciar la sentencia recurrida el dolo como uno de los elementos del tipo infractor aplicado". Reitera las alegaciones de la demanda según las cuales el tipo infractor aplicado exige necesariamente la concurrencia de dolo por parte de quien incumple una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no bastando con una conducta meramente negligente, y critica la sentencia impugnada por entender que en ella la Sala habría admitido la comisión culposa, y no dolosa, de la infracción.

Esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 2007 (recurso número 1341/2005) interpretó el tipo de "incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones" en el sentido que "se trata 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." Ciertamente afirmamos, al analizar los elementos objetivos y subjetivos definitorios de la infracción, que debía existir una "intención deliberada y cierta de no cumplir el mandato de la autoridad", expresión que aísla la defensa de la sociedad recurrente no teniendo debidamente en cuenta que, acto seguido, la completábamos con la adición de que la intención se exteriorizaba "por sus actos de resistencia u omisiones dejando transcurrir los plazos legales sin demostrar un deseo de acatamiento del mandato contenido en el acto".

Pues bien, la Sala de instancia no vulnera el artículo 53.r) de la Ley General de Telecomunicaciones ya que en su sentencia da como probados hechos inequívocos de incumplimiento voluntario -y reiterado- de las obligaciones impuestas y sostiene que "en el caso se infiere o bien la concurrencia de dolo, entendido como la voluntaria realización del hecho típico, o bien, cuanto menos, de culpa, concebida como falta de diligencia en el cumplimiento cabal de los mandatos de la CMT". La Sala no excluye, pues, la realización "intencionada" de los actos de incumplimiento, antes la da por sentada, dato que basta para rechazar el motivo sin perjuicio de reconocer que la referencia ulterior a la negligencia era probablemente innecesaria. Es más, la propia recurrente admitirá en otro motivo casacional (el décimo) que "la sentencia recurrida está considerando que esa intencionalidad estaría debidamente acreditada a partir de los indicios que utilizó la resolución sancionadora". Con ello reconoce que la imputación admitida por el tribunal lo era precisa y realmente a título intencional (dolo) y no meramente culposo.

En todo caso, si hubiésemos de casar la sentencia por esta sola razón y, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, resolver el debate en los términos planteados en la instancia, los hechos probados acreditaban efectivamente que existió una conducta de resistencia intencionada por parte de "Telefónica de España, S.A.U." para no cumplir las obligaciones derivadas de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Decimosexto.- En el octavo motivo de casación la sociedad recurrente denuncia la infracción del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "en relación con la inexistencia en todo caso del elemento subjetivo de culpa". Vuelve a censurar que el tribunal de instancia admitiese la posible comisión de la infracción a título de negligencia y añade, como reproche adicional, que la sentencia recurrida no debió considerar "como argumento decisivo para evaluar la responsabilidad de TESAU el hecho de que TESAU supuestamente no impugnara en la vía contencioso-administrativa las resoluciones de modificación de la OBA (cosa que no es cierta) o que participara en su proceso de aprobación".

El primero de los dos reproches ya ha sido desestimado y la misma suerte debe correr el segundo. Las afirmaciones de la Sala de la Audiencia Nacional que critica la recurrente se hicieron para salir al paso de las correlativas de la demanda en que "Telefónica de España, S.A.U." calificaba las obligaciones -por ella después incumplidas- de "desmesuradas, inasumibles o descompensadas a sus capacidades", según refleja el quinto de los fundamentos jurídicos de la sentencia. La Sala de instancia manifiesta en él que "no puede acoger" estos calificativos y como argumento adicional (esto es, no principal sino secundario) añade que "además" la sociedad operadora "no impugnó (o al menos no se expresa en el recurso presente que tal cosa se realizara) el conjunto de obligaciones que le fueron impuestas. Y si tal cosa no realizó la recurrente, es porque, con el oportuno conocimiento de los gravámenes impuestos, estimó que podía hacerles frente".

Sostiene "Telefónica de España, S.A.U." que con ese razonamiento "la sentencia recurrida confunde la legalidad de la obligación impuesta al interesado con el elemento subjetivo de culpabilidad que debe existir en cualquier incumplimiento para poder ser sancionado". No existe tal confusión. La Sala de instancia ha apreciado simplemente que la operadora incurrió en una infracción continuada al incumplir, de modo voluntario, las obligaciones que le eran exigibles y es ahí donde radica el juicio de culpabilidad, respetuoso del artículo 130 de la Ley 30/1992. La negativa de la Sala a considerar que tales obligaciones fuesen "inasumibles" es irreprochable a la vista de su contenido sustantivo, y esta es la razón o argumento clave expuesto en el fundamento jurídico quinto, al que se une el añadido de que se trató de obligaciones "asumidas" por "Telefónica de España, S.A.U." al no impugnar -o al menos, al no haber constancia en la instancia de que se produjera la impugnación- los actos administrativos que las establecían.

El resto de argumentos del motivo son, en realidad, reiteración de otros ya expuestos acerca de la apreciación de la prueba o la incidencia de sentencias precedentes, de los cuales infiere "Telefónica de España, S.A.U." que sus incumplimientos o demoras obedecieron a causas ajenas a su voluntad, como serían las situaciones de exceso de pedidos o el "cambio estructural de la demanda", lo que demostraría su falta de culpabilidad. Argumentos que ya hemos rechazado en los fundamentos de Derecho precedentes.

Decimoséptimo.- También con carácter subsidiario de los anteriores, el último bloque de motivos casacionales se refiere a "la cuantificación de la sanción". En el noveno "Telefónica de España, S.A.U." denuncia "la infracción del artículo 56.1.a) de la LGTEL, del artículo 25.1 de la Constitución y del artículo 129.2 de la LRJPAC con relación a la aplicación del concepto de 'rama de actividad afectada' para la cuantificación de la sanción".

A su entender, la Sala de instancia interpreta erróneamente uno de los criterios que para graduar las sanciones establece el artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones y hace "una interpretación extensiva del concepto rama de actividad afectada de ese artículo". Critica esta parte de la sentencia porque, sostiene, para cuantificar el límite máximo de la sanción "sólo debían computarse los ingresos obtenidos por TESAU en el segmento de actividad del mercado de las telecomunicaciones donde se habría producido la infracción; esto es, los ingresos obtenidos por la prestación de servicios mayoristas de acceso al bucle de abonado".

Dada la complejidad de la cuestión suscitada en este motivo resulta conveniente transcribir las consideraciones del tribunal de instancia al respecto, que fueron las siguientes:

"[...] La sociedad recurrente alega que, ante la imposibilidad de computar el beneficio económico obtenido, o los fondos propios destinados a la comisión de la infracción, y al emplear por ello la Administración, como procedimiento alternativo de cuantificación de la sanción, los ingresos brutos anuales obtenidos en

la «rama de actividad», deben excluirse de esa 'rama' los servicios de banda ancha a nivel minorista y los servicios de acceso a la red telefónica pública conmutada. Y mantenerse, por el contrario, únicamente la rama de actividad directamente afectada.

Con carácter subsidiario afirmaba que, en todo caso, el importe máximo de la sanción no puede suponer en ningún caso una cifra superior a los 20 millones de euros pues nos dice que no se puede obligar a prestar un servicio (el servicio universal) y a renglón seguido tener en cuenta los ingresos derivados de éste para cuantificar el importe de la sanción.

La resolución de esta última controversia requiere precisar que, según el precepto aplicado, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en el que se realizó la acción u omisión sino la rama de «actividad afectada». Y que además el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente.

El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad.

Serán, pues, la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como «rama de actividad afectada».

La conjugación de los ingresos obtenidos en las ramas afectadas y su relación de causalidad con las afectaciones en ellas nos llevan a la misma conclusión. Y es que sería contrario al valor superior de justicia que una determinada operadora obtuviese beneficios en una determinada rama de actividad por su conducta en otra, y ello no recibiera la oportuna respuesta desde la perspectiva de la cuantificación de la sanción. Tal conclusión no contraviene ni la prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas de preceptos sancionadores ni comporta alteración del estricto tenor de los preceptos legales.

Sentado lo anterior no existe razón alguna para excluir de las ramas «afectadas» las que resultaron afectadas, en grado más o menos indirecto. De hecho la propia recurrente, en su demanda, dice no negar que la desagregación del bucle tenga relevancia con respecto a los servicios de acceso a la red pública conmutada, pero indica que esa relevancia no es de la intensidad exigida por la resolución por no resultar esencial. No compartimos sin embargo semejante planteamiento.

Pretende excluir también la recurrente el cómputo de los rendimientos en la red telefónica pública conmutada en razón de que los ingresos de esa actividad resultan de sus obligaciones de servicio universal, de modo que, en sus tesis, deberían excluirse los ingresos prestados en él. No existe sin embargo razón alguna para considerar que porque una determinada actividad haya sido calificada como de servicio universal y asignada a una concreta operadora los rendimientos obtenidos en dicha actividad queden exentos de cómputo en caso de infracción administrativa. Estamos ante planos distintos y que en modo alguno son excluyentes.

Con relación a la exclusión de los servicios de acceso de banda ancha minorista tampoco existe razón alguna para ello, dado que el mercado minorista de banda ancha se vio afectado, aunque acaso en un modo indirecto, por la conducta sancionada. Asimismo la actora percibió, en términos de rendimientos en esta rama de actividad, las consecuencias beneficiosas de su acción directa en la anterior."

Decimoctavo.- En el fragmento de la sentencia que acabamos de transcribir el tribunal de instancia acepta, pues, como "ramas de actividad afectadas" las que había precisado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para calcular los ingresos brutos de la entidad infractora, factor subsidiario determinante del tope máximo de la multa cuando no hay constancia del importe exacto de los beneficios empresariales derivados de la infracción.

El juicio de la Sala en este sentido tiene una doble vertiente. Por un lado, supone una apreciación fáctica no revisable en casación en cuanto se limita a fijar cuál de las diversas "ramas" de una actividad empresarial se ha visto beneficiada, de hecho, por la conducta ilícita de la propia empresa. Por otro lado, descansa sobre una interpretación jurídica del adjetivo "afectada" que permite a la Sala integrar en dicho término tanto las afectaciones directas como las indirectas.

A nuestro juicio esta última interpretación -que es la verdadera clave del motivo casacional- puede reputarse correcta si, como en el supuesto de autos ocurre, las "afectaciones indirectas" admitidas por el tribunal de instancia se han traducido, según él mismo expone, en "consecuencias beneficiosas" en términos de rendimientos económicos para la rama de actividad correspondiente y existe una cierta conexión entre ésta

y la rama principal, a resultas de la cual la conducta infractora en la segunda provoca simultáneamente un impacto positivo en la primera.

Desde esta perspectiva, junto a la "rama" de servicios mayoristas de acceso al bucle de abonados (que la actora no discutía) la Sala podía válidamente tomar en consideración las otras dos que admite pues, al dificultar que los operadores alternativos dispusieran de banda ancha, "Telefónica de España, S.A.U." simultáneamente conseguía que no pudiesen ofrecer a los usuarios los servicios telefónicos correspondientes a las demás ramas que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones identificaba en su resolución. Ello redundaba -simétricamente- en el mantenimiento de la posición ventajosa de "Telefónica de España, S.A.U." en esas otras "ramas" o, lo que es igual, en la salvaguardia de sus ingresos procedentes de ellas frente a las eventuales ofertas de otros operadores alternativos. Como bien explicaba la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de no adoptarse este enfoque la operadora dominante podría verse tentada ("incentivada", dice) a realizar conductas obstativas de la competencia en una rama menor con el fin de propiciar el mantenimiento de sus ingresos en otras conexas de mayor relevancia económica. De hecho, la facturación de "Telefónica de España, S.A.U." en la actividad de acceso mayorista a banda ancha era, aproximadamente, sólo el diez por ciento de la facturación sumada de las actividades de acceso a la red telefónica y a la banda ancha minorista.

Más en concreto, era legítimo utilizar, para la fijación del tope de sanción, los rendimientos procedentes de los servicios de acceso de banda ancha a nivel minorista si, como cuestión de hecho, el propio tribunal afirma que los ingresos de "Telefónica de España, S.A.U." procedentes de ella se vieron beneficiados a consecuencia de su conducta infractora. Y era igualmente legítimo incluir -a esos mismos efectos- los rendimientos procedentes del servicio de acceso a la red telefónica cuando es la propia "Telefónica de España, S.A.U." la que reconoce que la desagregación del bucle era "relevante" respecto de dichos servicios, lo que significa en realidad tanto como admitir que las trabas puestas a los operadores alternativos para la desagregación del bucle tenían incidencia -negativa para ellos, positiva para "Telefónica de España, S.A.U."- en los servicios de acceso a la red telefónica. Aunque acto seguido afirme que "esa relevancia no es de la intensidad exigida" para incluir los servicios de acceso en la categoría de "rama de actividad afectada", lo cierto es que la conexión en términos económicos positivos existe, como existe la "afectación" que reconoce, acertadamente, la Sala de instancia.

Decimonoveno. - En el décimo motivo de casación se denuncia "la infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la LRJPAC en relación con el principio de presunción de inocencia en lo relativo a las agravantes apreciadas de intencionalidad e importancia del daño causado".

El reproche que "Telefónica de España, S.A.U." hace a la sentencia se basa, en síntesis, en que al apreciar las dos citadas agravantes -a los efectos de validar la cuantía de la sanción impuesta- la Sala "confirmó su aplicabilidad pese a que no venían sustentadas en pruebas los requisitos para ser aceptadas como pruebas de cargo. La agravante de la intencionalidad se basaba en conjeturas de la CMT que no cumplían las exigencias de la prueba de presunciones. La agravante de la importancia del daño causado se basaba en un simple razonamiento teórico, no sustentado en ninguna prueba y que estaba desvirtuado por pruebas directas".

De nuevo el motivo se adentra en un terreno muy vinculado a consideraciones de hecho, en principio excluidas de la revisión casacional. Ello es particularmente apreciable en lo que se refiere a la apreciación de los daños causados, respecto de los cuales la Sala de instancia acepta, al asumirlas de modo expreso, las apreciaciones que contenía "la resolución, en forma detallada (folios 114 a 138)". En ellas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones va dando cuenta pormenorizada de la incidencia negativa que la conducta de "Telefónica de España, S.A.U." había supuesto, vista la relevancia que el acceso al bucle de abonado presentaba para el fomento de la competencia en el sector. El análisis del impacto de esta conducta revela, según los exhaustivos datos de precios, cuotas de mercado y demás factores analizados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cómo los usuarios finales sufrieron, a la postre, las consecuencias perjudiciales inherentes a los obstáculos puestos por el operador dominante para frenar la entrada de los alternativos en el mercado. El tribunal de instancia, ya lo hemos dicho, comparte la apreciación de hechos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones -sobre los que descansa la agravante- en este punto y por nuestra parte no consideramos en modo alguno, una vez leída con detenimiento la correlativa parte de la resolución sancionadora a la que aquél se remite, que su apreciación de la prueba sea irrazonable, antes al contrario, fundada en sólidos y detallados elementos de convicción.

En lo que se refiere a la estimación de un componente intencional de especial intensidad, añadido al que en sí mismo exige la comisión del tipo, la generalización y la continuidad de la conducta infractora

permiten, como hace la Sala de instancia, considerar que concurría aquél, conclusión que no se basa en una mera "prueba de presunciones" según alega la recurrente sino en el propio relato de hechos admitidos como probados. El tribunal de instancia añade, por otra parte, en la misma línea que lo había hecho la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cómo "Telefónica de España, S.A.U.", precisamente por su condición de operadora dominante y sus circunstancias empresariales "estaba en situación de contar con los recursos económicos y jurídicos para conocer la ilegalidad de su comportamiento y de las consecuencias dañosas para la competencia que del mismo podían derivarse".

Vigésimo.- En el último (undécimo) de los motivos casacionales "Telefónica de España, S.A.U." denuncia "la infracción del artículo 56.2 de la LGTEL con respecto a la agravante de situación económica del infractor". El desarrollo argumental del motivo (más breve que los anteriores, quizá porque se trata ya de las páginas 100 y 101 del escrito mediante el que se interpone el recurso de casación) comienza por afirmar que la Sala "no ha dado una respuesta expresa" a la correlativa alegación de la demanda. Pero si ello es así, conforme sostiene la recurrente, mal podrá censurar -por la vía del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional - un inexistente contenido de la sentencia, ni criticar en cuanto al fondo algo que la Sala no ha estimado o desestimado.

Por lo demás, de nuevo una lectura detenida de las consideraciones de la resolución sancionadora sobre esta circunstancia (páginas 139 y 140 de las 184 que contiene) pone de manifiesto que, más que reputarla propia y estrictamente circunstancia específica de agravación de la responsabilidad, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se había referido a la positiva evolución de los ingresos de "Telefónica de España, S.A.U." en el período temporal objeto del expediente para apreciar, "dentro de los límites marcados por la normativa sectorial" y según los datos tomados de los informes anuales del Grupo Telefónica, la cuantía final de la sanción de modo que no pudiera tildarse de desproporcionada en relación con sus beneficios durante aquel período. Y en todo caso no está de más subrayar que esta apreciación es coherente con el designio que inspira -y con el mandato normativo que contiene- el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, a tenor del cual el establecimiento de sanciones pecuniarias debe evitar que la comisión de las infracciones tipificadas resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Vigesimoprimer.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de diez mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número **4037/2010** interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 7 de mayo de 2010 en el recurso número 46 de 2007.

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.