



Roj: SAN 1145/2012
Id Cendoj: 28079230082012100131
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 118/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ANA ISABEL GOMEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de marzo de dos mil doce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº 118/10 , interpuesto ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de diciembre de 2009, recaída en expediente sancionador, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TESAU), contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de fecha 10 de diciembre de 2009, en la que se declara a la entidad recurrente responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones , por haber incumplido la resolución de la Comisión de 27 de marzo de 2008, sobre la revisión de la Oferta Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha (OIBA) de Telefónica España, SAU, y se le impone una sanción económica por importe de 11 millones de euros.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, declarando su disconformidad a Derecho, anule la resolución impugnada, con imposición de costas a la Administración demandada.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho. Con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la que de la propuesta fue declarada pertinente, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 7 de marzo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de diciembre de 2009, recaída en procedimiento sancionador RO 2009/644, en virtud de la cual se impone a Telefónica España una sanción por importe de 11 millones de euros, como responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la ley 32/2003 , por haber incumplido la resolución de la CMT de 27 de marzo de 2008, sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de Telefónica de España, SAU.

En la resolución impugnada se declara probado que Telefónica de España ha incumplido el plazo establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008, del siguiente tenor literal:

«Segundo.- Esta Resolución surtirá efectos desde el día siguiente al de su notificación a Telefónica de España, S.A.U.

La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las conexiones sin acceso telefónico, que deberán ofrecerse en el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.

Asimismo, los procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Telefónica de España, S.A.U., deberá comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas.»

Se afirma en la resolución que el plazo de cuatro meses para que Telefónica llevara a cabo la implementación de las obligaciones impuestas vencía el día 27 de julio de 2008, mientras que con fecha 27 de mayo del mismo año Telefónica debería haber comunicado los cambios en el SGO a los operadores alternativos para la realización de pruebas previas a la disponibilidad del servicio. Habiéndose constatado, por las actuaciones incorporadas al procedimiento sancionador, que el plazo para implantar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico (27 de julio de 2008) ha sido incumplido por Telefónica.

Los hechos se califican como constitutivos de infracción del artículo 53.r) LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se combate la anterior resolución, invocando los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Falta de pruebas de la conducta imputada: nulidad de la única prueba el cargo.
- 2.- Infracción del principio de tipicidad (artículos 25.1 CE y 129 LRJ-PAC).
- 3.- Inexistencia de antijuridicidad: Inexigibilidad a TESAU de otra conducta. Falta de proporcionalidad de las obligaciones impuestas.
- 4.- Inexistencia de culpabilidad.
- 5.- Graduación de la sanción.

Se hace en la demanda una amplia exposición sobre la génesis de la obligación impuesta a Telefónica en la resolución de la CMT de 27 de marzo de 2008, cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución sancionadora objeto de este recurso, para razonar que el plazo de cuatro meses allí establecido resultaba claramente insuficiente para la implantación del servicio mayorista de acceso indirecto a banda ancha, por la necesidad de realizar actuaciones técnicas complejas para poner en marcha el ADSL "NAKED". Razón por la cual TESAU interpuso recurso contencioso administrativo contra dicha resolución, ante esta Sala de la Audiencia Nacional, no obstante, la entidad desarrolló una actividad incesante dirigida a la implementación en el plazo más breve posible del ADSL "NAKED". TESAU dispuso del servicio siete meses antes de que el único de los operadores alternativos interesados pudiera hacer uso de él, pues VODAFONE tardó 16 meses en desarrollar sus sistemas de manera que pudieran hacer uso de la solución automatizada. En tanto se lograba el acceso automático al ADSL "NAKED", TESAU optó por la implantación de un sistema alternativo o de contingencia que, por una parte, permitía de manera inmediata el acceso al ADSL "NAKED", si bien de forma manual en lugar de automáticamente, y, por otra parte, las funcionalidad de este sistema manual permitía avanzar en la implantación del mecanismo automático exigido por la CMT, quedando implementada la solución de contingencia el 28 de julio de 2008. Esta solución de contingencia se actualizó el 9 de enero de 2009, dando lugar a la solución preautomatizada, en la cual la comunicación se seguía produciendo a través de correo electrónico, pero esta vez el formato del fichero adjunto era un fichero de texto en lugar de Excel. El 9 de marzo de 2009 se realizaron una serie de automatizaciones en el SGO y el 7 de abril de 2009 se automatizó el proceso completamente. Todo ello permitió a TESAU tener por finalizada la implantación del acceso indirecto el día 7 de mayo de 2009, si bien desde marzo de ese año la automatización era prácticamente total, pues cubría el 99,98% de la demanda prevista para el servicio. Y se analizan las consecuencias de la resolución

de la CMT del 2 de abril de 2009, dictada en el procedimiento incoado a raíz de la denuncia de VODAFONE de 7 de julio de 2008.

El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO: El expediente sancionador 2009/644, del que trae causa la resolución ahora impugnada, se incoó en virtud de lo acordado en resolución de la CMT de fecha 2 de abril de 2009, en relación con la denuncia de VODAFONE ESPAÑA contra TELEFÓNICA ESPAÑA por los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.

En el "Resuelve Cuarto" de dicha resolución se establece:

«Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) adoptada por esta Comisión. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado III, punto segundo de la presente resolución. (...)»

Tras la denuncia interpuesta por VODAFONE, que dio lugar a la incoación del procedimiento 2008/1184, la CMT se dirigió a Telefónica (7 julio 2008) requiriendo información sobre determinadas cuestiones referidas al cumplimiento de las obligaciones impuestas en la resolución de 27 de marzo de 2008. Requerimiento que fue complementado mediante escrito en el que se expone la imposibilidad de cumplimiento de la obligación impuesta en relación con el servicio de acceso indirecto sin STB o NACED ADSL, sobre las dificultades de implantación del servicio y la solución de contingencia para la provisión del servicio de acceso indirecto desnudo, solicitando la admisión de la solución de contingencia expuesta, ampliando el plazo de cumplimiento de la obligación de implantación del acceso indirecto de banda ancha sin acceso telefónico mediante la solución de contingencia propuesta hasta el 31 de agosto de 2008.

Telefónica presenta escrito de alegaciones en el procedimiento sancionador, en el que manifiesta, en esencia, haber realizado todas las actuaciones necesarias para la implantación del servicio, si bien, ante la imposibilidad de llegar en plazo a la solución impuesta por CMT, se decidió de manera consensuada con los operadores, la prestación del servicio mediante una solución de contingencia, por lo que no puede entenderse que su actuación haya imposibilitado la contratación del servicio indirecto sin STB al resto de operadores; que la obligación impuesta por la CMT tiene como objetivo la prestación del servicio los operadores, lo cual se ha realizado, pues los operadores han podido realizar las solicitudes que han estimado oportuno a través de una solución de contingencia que les ha sido comunicada para que pudieran aportar y proponer las posibles mejoras sobre dicha solución, por lo que el procedimiento sancionador debería ser archivado.

Con fecha 21 de agosto de 2009, la Instructora del expediente solicitó de la Dirección Técnica de la CMT la remisión del Acta de inspección realizada en las oficinas de VODAFONE España, en cumplimiento de la orden de inspección de fecha 30 de abril de 2009, realizada en el marco del procedimiento 2008/1184. Con fecha 24 de agosto de 2009, la Instructora notifica a Telefónica la incorporación al procedimiento sancionador de determinadas actuaciones pertenecientes a procedimientos seguidos por la Comisión, concretamente escritos de alegaciones de los diferentes interesados en el expediente 2008/1184, a los que TESAU había tenido acceso, y Acta de inspección -a la que se ha hecho referencia- la cual había sido notificada a TESAU en el marco del procedimiento 2009/1235.

En la Propuesta de Resolución formulada por la Instructora del expediente sancionador, se declara probado que TESAU ha incumplido el plazo establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 27 de marzo de 2008, hecho que se considera acreditado por la documentación obrante en el expediente y las actuaciones probatorias realizadas por el personal inspector designado por la Comisión posteriormente, citando el Acta de inspección realizada por los servicios de la Comisión el 7 de julio de 2009, acreditativo del incumplimiento del plazo concedido a Telefónica para implantar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, que vencía el 27 de julio de 2008. Dicha Acta se levanta en cumplimiento de orden de inspección del Secretario de la Comisión de 30 de abril de 2009, con el objeto de supervisar la disponibilidad y correcto funcionamiento de la solución automatizada operativa del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico de Telefónica, que permite proveer el servicio final al cliente según lo dispuesto en la OBA. Durante la inspección se verificó la información que Telefónica facilita a través de los servicios de información de la OBA y la gestión de las solicitudes de servicios, resultando que para las solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no estaba operativa la posibilidad de usar la interfaz web interactiva del SGO, que se

debe complementar de forma manual a través del oportuno formulario, por no incluirse en el mismo todos los campos de datos necesarios para acusar una solicitud de alta de forma válida; se analizaron los resultados obtenidos respecto de la gestión de las solicitudes hasta su proceso final de entrega, verificando un total de 27 solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico, que dieron como resultado una serie de irregularidades, como rechazos injustificados de la solicitud, bucles no compatibles, supuestas órdenes en vuelo sobre el mismo par, deficiencias en la mensajería del SGO, etc.

Se calificaban los hechos como constitutivos de infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003 y se proponía la imposición de una sanción económica por importe de «DIEZ MILLONES DE EUROS (15.000.000 #)». Con fecha 8 de octubre de 2009 se notificó la rectificación y corrección de la sanción propuesta, determinándose en 15 millones de euros.

TESAU presentó alegaciones a la anterior Propuesta de Resolución, oponiéndose a ella.

En el procedimiento 2009/1235, de ejecución forzosa de la Resolución del 2 de abril de 2009 relativa a los plazos de disponibilidad del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico, se dictó resolución, de fecha 15 de octubre de 2009, por la que se imponía a Telefónica una multa coercitiva.

CUARTO: Como primer motivo de impugnación, se invoca en la demanda "FALTA DE PRUEBA DE LA CONDUCTA IMPUTADA: NULIDAD DE LA ÚNICA PRUEBA DE CARGO". Motivo que se fundamenta en la consideración de que la CMT ha realizado una actividad probatoria insuficiente, habiendo incorporado al procedimiento sancionador actuaciones llevadas a cabo en el seno de otros procedimientos, en particular el incoado a raíz de la denuncia formulada por VODAFONE; no se especifica en la resolución qué medio de prueba ha sido empleado para la acreditación de cada uno de los hechos que se imputan a la recurrente, pero se infiere de la resolución que el soporte probatorio lo constituye únicamente el Acta de inspección practicada en el seno del procedimiento seguido para la imposición de multas coercitivas, la cual resulta inidónea como medio de prueba, así como el conjunto de actuaciones incluidas como documento número 13. En cuanto al Acta se señala que carece de la presunción de veracidad que le reconoce el artículo 137 de la Ley 30/92 cuando se trata de comprobación de hechos sin la presencia del presunto infractor, como es el caso que nos ocupa, por tanto, las actas y el resto de documentos incorporados al expediente carecen de valor probatorio, al haberse desarrollado sin observancia de las garantías típicas del procedimiento sancionador. La eliminación de la prueba afectada por las irregularidades denunciadas determina que los hechos que se imputan a la recurrente resulten carentes de prueba.

El Abogado del Estado se opone a tal argumento, en su escrito de contestación a la demanda, por considerar que carece de fundamento normativo, gozando las actas de la inspección de la presunción de certeza establecida en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992 y en el artículo 17.5 del Real Decreto 1398/1993. Sin que la normativa sectorial aplicable, concretamente el artículo 50 de la Ley 32/2003, exija en ningún caso que el acta se levante con intervención del sancionado.

Se ha de tener en cuenta, al respecto, que el artículo 16 del Real Decreto 1398/1993 por el cual se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece que el instructor del procedimiento debe realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

Las alegaciones que se hacen por la recurrente parecen prescindir del hecho constatado de que la documentación aportada al procedimiento sancionador no proviene de expedientes ajenos a él, en cuanto a su contenido y finalidad, sino que se trata de expedientes independientes pero íntimamente relacionados y cuyo origen fue la denuncia de VODAFONE, de 7 de julio de 2008, sobre el incumplimiento por parte de TESAU de los plazos establecidos en la resolución de 27 de marzo de 2008 para el servicio mayorista de acceso indirecto sin servicio telefónico. Dicha denuncia dio lugar a la incoación del procedimiento 2008/1184, que concluyó con la resolución del 2 de abril de 2009, en la que se RESUELVE:

«Primero.- Telefónica deberá disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión de dicho servicio mayorista, en el plazo de tres semanas desde la notificación de la presente resolución. Asimismo Telefónica facilitará a los operadores las necesarias pruebas a partir de dicho momento para permitirles validar la solución.

Segundo.- Telefónica deberá comunicar de forma inmediata a los operadores los correspondientes cambios en las interfaces de los sistemas automatizados de información y gestión.

Tercero.- Cuando transcurridos los plazos indicados en el resuelve primero, Telefónica no hubiese cumplido con lo allí dispuesto, se impondrá a Telefónica una multa coercitiva de 10.000 euros diarios, al objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho resuelve.

Cuarto.- Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento del resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019) adoptada por esta Comisión. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado III, punto segundo de la presente resolución.

El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, y todo ello con las garantías previstas, y en los plazos a que se refiere el artículo 58, en la Ley precitada y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador .»

Los "Resuelve" primero y tercero dieron lugar al procedimiento 2009/1235, en el cual se acordó realizar actuaciones inspectoras en los sistemas informáticos de VODAFONE a fin de comprobar el cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en el "resuelve primero", y se levanta el acta de inspección de 7 de julio de 2009, relativa a la verificación de los procesos de provisión, gestión y entrega de solicitudes de acceso indirecto sin servicio telefónico que ofrece TESAU a los operadores alternativos, en concreto a VODAFONE. Este procedimiento concluyó con la imposición a TESAU de una multa coercitiva por importe de 1 millón de euros.

El "Resuelve cuarto" dio lugar a la incoación del procedimiento sancionador que ahora nos ocupa.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 18/01/10 (rec. nº 1270/2007), en la que se dice:

«El carácter externo, previo e independiente de las informaciones previas con respecto al procedimiento que, en su caso, se abre a su consecuencia, deriva de lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Y así, en dicho precepto se dispone que "con anterioridad a la iniciación del procedimiento", esto es, antes y con carácter independiente, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación.

Tampoco existe obstáculo alguno para la incorporación de los expedientes, buena parte de ellos en resolución de conflictos de interconexión, que fueron añadidos al sancionador caducado 2003/1737 ya que con respecto a ellos cabe afirmar una evidente independencia y externalidad con respecto del procedimiento sancionador al que se incorporaron.

Consecuentemente no existe obstáculo para su adición y consideración en el seno de otro procedimiento distinto, como fue el 2006/12, que concluyó en la resolución que ahora se impugna. En consecuencia todos estos elementos de prueba deben ser añadidos, con idéntico valor de prueba y de desvirtuación de la presunción de inocencia que los producidos en el procedimiento 2006/12.

Ya dijimos más arriba, con ocasión de extractar los motivos de impugnación de la recurrente y sus alegaciones principales que la razón de oposición a la incorporación de estos expedientes externos parece residir en que las pruebas dirigidas a desvirtuar la presunción de inocencia tienen que ser practicadas, de forma específica, en el seno del procedimiento sancionador de que se trate, y sin que por ello resulte admisible la traslación o extrapolación de contenidos de otros procedimientos diferentes.

Sin embargo la posibilidad de incorporar documentos procedentes de otros expedientes lejos de comportar infracción de legalidad de clase alguna lo que implica, en su materialidad, es el respeto a la doctrina jurisprudencial indicada, que valida, según se ha visto, la incorporación de documentos independientes y que no fueron generados en el expediente caducado. Y no existe norma o principio jurídico del orden punitivo de clase alguna que vede la incorporación de documentos generados externamente al procedimiento sancionador de que se trate.

Pero otra bien distinta debe ser la solución que se dé a los a las actuaciones de inspección producidas durante el procedimiento caducado.»

En el caso de nos ocupa, es aún más clara la posibilidad de incorporar al expediente sancionador las diligencias practicadas en los otros dos procedimientos, siendo el origen de todos ellos, como hemos dicho, la denuncia de VODAFONE por incumplimiento por parte de TESAU de la obligación impuesta en el "Resuelve segundo" de la Resolución de la CMT de 27 de marzo de 2008. Viniendo la incoación del procedimiento sancionador precedida de la realización de diligencias de comprobación sobre el incumplimiento denunciado, siendo incorporadas también diligencias realizadas en el curso del procedimiento que dio lugar a la imposición de la multa coercitiva prevista en la resolución de 2 de abril de 2009 -la misma en la que se ordena la incoación del procedimiento sancionador- como es el caso del acta de inspección del 7 de julio de 2009, cuya nulidad pretende la parte actora. Acta en la que se constata que en esa fecha persistía la situación de incumplimiento de la obligación que dio lugar a la denuncia inicial.

Considera la recurrente que tal diligencia adolece de nulidad por haber sido realizada en la sede de VODAFONE sin la presencia de TESAU. Alegación ésta que no viene avalada por ninguna disposición legal o reglamentaria, no existiendo precepto alguno en la Ley General de Telecomunicaciones que imponga la presencia de los interesados en las actuaciones de inspección. En todo caso la no presencia de TESAU en esa actuación inspectora no le deriva indefensión, pues como se comprueba en el expediente administrativo le ha sido notificada la incorporación del acta, de la cual ya tenía conocimiento pues se realizó en otro procedimiento seguido frente a la misma entidad, y ha tenido la oportunidad, y así lo ha hecho, de combatir las actuaciones inspectoras tanto en lo formal como en lo sustantivo. También en el presente procedimiento contencioso administrativo la recurrente ha podido rebatir el contenido de las actuaciones inspectoras, y a su instancia se ha practicado prueba tendente a desvirtuar los presupuestos de la resolución sancionadora.

En consecuencia, se ha de concluir que todas las actuaciones realizadas desde la incoación del procedimiento 2008/1184 han ido dirigidas a comprobar el incumplimiento por parte de TESAU de las obligaciones impuestas en el "Resuelve segundo" de la Resolución de la CMT de 27/03/08, incumplimiento que ha quedado plenamente acreditado, y así se infiere de las distintas alegaciones realizadas por la entidad recurrente en todos los expedientes referidos a estos mismos hechos, en las que se ha insistido en las dificultades que conlleva la implementación del servicio en SGO en el que se elimina el número telefónico asociado al mismo, con la consecuencia de un fuerte impacto en los sistemas existentes, lo que justificaría un incremento del plazo establecido por la Comisión. Siendo especialmente reveladora el Acta de 7 de julio de 2009, casi un año posterior a la fecha máxima de cumplimiento de la obligación en cuestión (27 de julio de 2008), pues si en esa fecha no se había dado cumplimiento a la obligación de implementación en el SGO de los procedimientos administrativos de la oferta, es incontestable ese incumplimiento el 27 de julio del año anterior.

QUINTO: Se denuncia en la demanda *INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD* (artículos 25.1 CE y 129 LRJ-PAC).

En apoyo de este motivo de impugnación se hacen una serie de razonamientos que inciden, en síntesis, sobre cuatro cuestiones: **1.** Que la obligación cuyo incumplimiento da lugar a la sanción no le era jurídicamente exigible a TESAU, sino que, por el contrario, tal obligación no le fue exigible hasta junio de 2009, fecha en que se denegaron las medidas cautelares solicitadas respecto de la resolución de 27 de marzo de 2008, la cual permanecía en estado de latencia, sin generar una obligación de cumplimiento inmediata y directa. Consecuencia de ello es, a juicio de la recurrente, que la CMT no podía incoar procedimiento sancionador por tal causa. **2.** La nulidad de la resolución de 27 de marzo de 2008, por imposibilidad de implementar la solución automatizada en el plazo de cuatro meses, tal como viene avalado por el informe pericial que se aporta "*Informe PwC*". **3.** Ausencia del elemento objetivo del tipo, al no tener la conducta de TESAU encaje en el artículo 53.r) LGTel, pues TESAU ha desarrollado una conducta dirigida al cumplimiento de las obligaciones impuestas, implementando el plan de contingencia que permitirá a los operadores alternativos contratar el acceso indirecto sin conexión a la red telefónica y la baja del servicio telefónico sin interrupción de la conexión de banda ancha, todo ello con posibilidad de portabilidad; esa actuación eficiente se produjo también durante el proceso de implantación del acceso automatizado; en todo caso, la implantación del acceso indirecto en los términos en los que se ha llevado a cabo no ha producido incidencia negativa efectiva en el mercado o en la disponibilidad de servicio por otros operadores. **4.** Ausencia del elemento subjetivo de infracción, por inexistencia de dolo por parte de TESAU, siendo así que la infracción del artículo 53. r) sólo admite la comisión dolosa.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas conviene comenzar por la segunda de ellas, puesto que en buena parte los motivos en los que se fundamenta el presente recurso gravitan sobre la consideración de que la resolución de 27 de marzo de 2008 carecía de fundamento, era arbitraria y adolecía de nulidad, en cuanto imponía a TESAU la obligación de implementar el servicio de conexión sin acceso telefónico en el

plazo de cuatro meses. Pues bien, los amplios razonamientos realizados por la recurrente en apoyo de su tesis han sido ya examinados por la Sala, al resolver el recurso 497/2008 en el que se impugnaba precisamente aquella resolución, y en el que se sostenía, respecto a la obligación de puesta en funcionamiento del servicio mayorista de acceso indirecto sin acceso telefónico en el plazo de cuatro meses, la dificultad que entrañaba el cumplimiento de tal obligación por su enorme complejidad, lo que hacía que el plazo de cuatro meses resultase manifiestamente desproporcionado e insuficiente, lo que determinaba la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

No procede someter a juicio de legalidad aquella resolución en el presente recurso, pese al incesante empeño de Telefónica en tal sentido, baste decir que en la sentencia de fecha 27 de octubre de 2010 la Sala analizó las alegaciones de las partes, los informes obrantes en el expediente y la prueba practicada en autos, llegando a la conclusión de que no había quedado acreditada la pretendida insuficiencia del plazo de cuatro meses otorgado. Sin que quepa ahora someter de nuevo a enjuiciamiento la legalidad de aquella resolución, ni siquiera de manera indirecta, para obtener un pronunciamiento que no se logró en el procedimiento en el que se impugnaba dicha resolución. Y ello es relevante, porque, además del discurso argumental contenido en la demanda y en el escrito de conclusiones, la prueba pericial aportada -sometida a contradicción mediante acto de ratificación y aclaración- se dirige esencialmente a acreditar la imposibilidad del cumplimiento de la obligación en el plazo de cuatro meses establecido.

En todo caso, el *Informe PwC Forensic* aportado por la demanda (después complementado), realizado fundamentalmente, según se expone, sobre la información y documentación facilitada por TESAU, viene a concluir que TESAU ya había alegado en diciembre de 2007 que tardaría 12 meses en desarrollar el servicio desde la definición del producto, y que una vez publicada la resolución de la CMT de 27 de marzo de 2008 comenzó a especificar de forma concreta una solución automatizada, pero como no podía cumplir con el plazo exigido abandonó el proyecto y comenzó a desarrollar la solución de contingencia, que estuvo concluida el 28 julio 2008, la cual no cumplía estrictamente con las características técnicas impuestas por la CMT, siendo a partir de septiembre de 2008 cuando TESAU comenzó a desarrollar la solución automatizada, que estuvo operativa el 8 mayo 2009. Se hace en dicho informe un análisis sobre la razonabilidad del plazo cuatro meses impuesto por la CMT y de los trabajos de inspección realizados por la CMT, entre otras cuestiones.

Al margen de lo ya dicho sobre la improcedencia de revisar en este procedimiento la legalidad de la resolución de marzo de 2008, en cuanto a la obligación de la que deriva el expediente sancionador objeto de este pleito, que ya fue objeto de otro recurso, es importante señalar que el informe pericial aportado toma como fuentes de información, además de la documentación obrante los distintos procedimientos seguidos por la CMT, la documentación interna y la preparada por TESAU. Se hace en dicho informe un análisis crítico de la actuación inspectora realizada por el órgano de regulación, sin embargo no hay una especificación de la metodología empleada, desde el punto de vista tecnológico, ni consta una formación en tan específica materia de los peritos, ambos con una formación en materia eminentemente contable y económica.

Considera la Sala que dicho informe pericial no enerva la presunción de certeza de que gozan las actas de inspección levantadas por técnicos del órgano administrativo sancionador, conforme al artículo 137.3 de la Ley 30/1992, que establece que *"los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados."*

En cuanto a la inexigibilidad de la obligación por el hecho de haber solicitado en sede judicial la suspensión cautelar de la resolución de 27 de marzo de 2008, con la interposición del recurso 497/2008, entendiéndose la parte actora que hasta tanto se dictó la resolución denegatoria de la medida cautelar la obligación impuesta estaba latente, no siendo exigible su cumplimiento por parte de TESAU, razón por la cual no procedía la apertura del procedimiento sancionador, no cabe acoger tal tesis, en línea con lo ya dicho por esta Sala en ocasiones anteriores y lo confirmado por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, se declara en STS 25/02/09, en un supuesto en que se plantea la cuestión en términos similares al que ahora nos ocupa:

«Las citas de jurisprudencia aportadas no llegan en ningún caso a esa conclusión general. Tan sólo cuando se trate de resoluciones propiamente sancionadoras (y la orden de paralización dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tenía este carácter) el principio de ejecutividad sufre determinadas modulaciones que ahora no son del caso reflejar pues, repetimos, la decisión adoptada por el organismo regulador, en la que se exigía a "Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U." el cese o

paralización inmediata de su oferta de servicios para locutorios, desplegaba todos sus efectos de manera inmediata y a ello no obstaba la interposición del recurso jurisdiccional. En tanto no fuera suspendida por quien tuviera competencia para ello la referida decisión era, pues, plenamente ejecutiva.»

En el presente caso se solicitó en sede jurisdiccional la suspensión cautelar de la resolución de 27 de marzo de 2008, pero la Sala no accedió a tal suspensión, de manera que en ningún momento se han desplegado efectos suspensivos por la interposición del recurso y la solicitud de la medida cautelar, sin que sea aplicable la doctrina específica propia de la materia tributaria, porque así lo prevé su normativa, y en determinados supuestos de resoluciones sancionadoras.

En este sentido, resulta clarificadora la STS de 29/04/08, en la que se dice:

<<El primer motivo de casación, que denuncia que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede ser acogido, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 13 de marzo de 2007 (RC 4901/2004), que resulta plenamente aplicable para rechazar la tesis que postula el letrado defensor de la entidad mercantil recurrente de que la Administración no puede imponer una sanción por la no ejecución de resoluciones administrativas, respecto de las cuales, tanto en el momento del supuesto incumplimiento como en el de la incoación del expediente sancionador, se hallaba pendiente de resolución la petición de suspensión cautelar formalizada en vía jurisdiccional.

En efecto, en dicha sentencia sostuvimos, respondiendo a un motivo amparado en idénticos argumentos, que la Sala de instancia no incurre en ningún error de interpretación en la aplicación del artículo 24 de la Constitución, porque en la fundamentación jurídica de la sentencia se expone con convincente rigor jurídico el significado y el alcance constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho derivado a la justicia cautelar en relación con el principio de ejecutividad de los actos administrativos, que se revela acorde con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta Sala del Tribunal Supremo, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

«Cabe rechazar que el Tribunal sentenciador realice una interpretación inadecuada, irrazonable o restrictiva del contenido constitucional de estos derechos fundamentales de carácter procesal, porque el derecho de tutela y el derecho a la justicia cautelar no se ven comprometidos lesivamente por la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, que acuerda iniciar un expediente sancionador que tiene como finalidad el esclarecimiento de hechos que puedan ser constitutivos de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, con el objeto de reprimir conductas ilícitas y garantizar, en consecuencia, el sometimiento al principio de legalidad de los operadores que desarrollan su actividad en el mercado de las telecomunicaciones.

En efecto, resulta adecuado recordar que, según es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, que se refiere en la sentencia de 13 de octubre de 1998 (R.A. 486/1997), cuya interpretación es vinculante para los tribunales de justicia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 de la Constitución y en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que encaja con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE (SSTC 22/1984, 238/1992, 148/1993 y 78/1996, y que la ejecutividad de sus "actos" en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 CE (SSTC 66/1984, 341/1993, 78/1996; AATC 265/1985, 458/1988, 930/1988, 1095/1988, 220/1991 y 116/1995), pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984 y 171/1997). Ahora bien, del artículo 106.1 CE se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el artículo 117.3 atribuye a éstos no sólo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante éstos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión. Por lo que se refiere a la ejecutividad o suspensión de los actos, ya en la STC 66/1984 se declaró que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre la suspensión, declaración ésta reiterada en posteriores resoluciones (SSTC 76/1992 y 238/1992, 148/1993 y 341/1993 y 78/1996; AATC 265/1985, 604/1986, 458/1988, 930/1988, 1095/1988, 116/1995). Y en sentido similar se afirmó que la protección de los Tribunales del orden contencioso-administrativo incluye la facultad de suspender

cautelamente los actos de ejecución en los términos que resulten precisos para garantizar la tutela judicial de los derechos implicados (AATC 371/1991 , 85/1992)».

Según hemos declarado reiteradamente, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no es incompatible con el principio de ejecutividad de los actos administrativos (artículos 56 , 57 y 94 de la Ley 30/1992 , de 26 de diciembre) y la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos no impide su ejecución (artículo 111.1 de la Ley 30/1992 y 129.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), salvo que se decrete la suspensión.

El derecho a la justicia cautelar no produce, como mantiene la Entidad recurrente, el efecto jurídico de impedir que el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde la incoación de un procedimiento sancionador para esclarecer las circunstancias concurrentes en relación con el incumplimiento de determinadas resoluciones adoptadas por la misma Comisión hasta que los tribunales de lo contencioso-administrativo puedan pronunciarse sobre la procedencia de decretar las medidas cautelares solicitadas, porque esta interpretación expansiva del contenido garantista tutelado por el artículo 24 de la Constitución , que erosionaría, en este supuesto, sin justificación alguna, el principio de ejecutividad de los actos administrativos, no ha sido objeto de validación por el Tribunal Constitucional.

La potestad jurisdiccional de suspensión, según se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994 , como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican"), que no se lesionan por el pronunciamiento de la Sala de instancia que resuelve, conforme a los cánones constitucionales expuestos, la legitimidad de la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 impugnada en el proceso de instancia, al estimar que no vulnera el artículo 24 de la Constitución .

El pronunciamiento que efectúa la Sala de instancia sobre que la Administración no podrá realizar actuaciones materiales de ejecución de un acto administrativo sometido a enjuiciamiento ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuando de la ejecución se deriven efectos irreversibles que hagan superflua o ineficaz la decisión judicial cautelar, debe necesariamente contextualizarse, en atención a la naturaleza de los intereses públicos afectados en cada supuesto, para poder determinar si se ha producido o no lesión del derecho fundamental a la justicia cautelar, sin que en este caso se aprecie que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, haya desprotegido o comprometido desfavorablemente intereses vinculados al derecho a la tutela judicial efectiva por la necesidad de defenderse en un procedimiento administrativo tendente a depurar responsabilidades dimanantes del incumplimiento de resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al no haberse lesionado el derecho de protección jurídica, al poder ejercer plenamente el derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador y en el proceso jurisdiccional que derive de la impugnación de dichas actuaciones.

En razón de los intereses en conflicto, que conciernen a la incoación de un procedimiento sancionador para depurar responsabilidades por el presunto incumplimiento por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de obligaciones que impone el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija y la implantación del modelo de interconexión por capacidad, para que la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por parte de los operadores se pueda realizar en condiciones de verdadera competencia frente a la oferta minorista equivalente de Telefónica, no se deriva que las solicitudes de suspensión de la ejecutividad de los precedentes acuerdos del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, produzcan el efecto de impedir que la citada Comisión ejerza las facultades inherentes al ejercicio de la potestad sancionadora hasta tanto se resuelvan por el Tribunal Contencioso-Administrativo los incidentes de medidas cautelares, ya que dichas resoluciones son inmediatamente ejecutivas. (...)>>

SEXTO: Se alega también, en apoyo del mismo motivo de impugnación, que la conducta de TESAU no tiene encaje en el precepto del artículo 53. r) LGTel, con invocación de determinadas sentencias del Tribunal Supremo, razonando que la obligación impuesta a TESAU por la CMT es "la implementación del servicio

de acceso indirecto sin servicio telefónico de forma automatizada en el plazo de cuatro meses desde su aprobación" y TESAU ha desarrollado una cuidadosa conducta dirigida al cumplimiento de esa obligación, como lo demuestra la implementación del plan de contingencia, que permitía a los operadores alternativos contratar el acceso indirecto sin conexión a la red telefónica y la baja del servicio telefónico sin interrupción de la conexión de banda ancha, todo ello con posibilidad de portabilidad, y posteriormente actuó de forma eficiente durante el proceso de implantación del acceso automatizado, tal como se acredita en el informe pericial aportado, y ello, a juicio de la actora, evidenciaría un cumplimiento de las obligaciones establecidas en la resolución de 27 marzo 2008, teniendo en cuenta que los fines que se perseguían era la salvaguarda de la pluralidad de ofertas y el fomento de la competencia. A fecha 28 de julio de 2008 TESAU había puesto en marcha una solución de contingencia que funcionaba y era empleada por los operadores alternativos, no pudiendo merecer la consideración de incumplimiento, a los efectos del tipo sancionador aplicado, el mero retraso en la puesta en marcha de la solución automatizada de acceso indirecto, pues no es equiparable el cumplimiento puntual inexacto o el cumplimiento tardío exacto con el incumplimiento total. Se alega que no estamos ante un incumplimiento esencial, con invocación del principio de intervención mínima derivado del Derecho Penal y de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, así como la falta de incidencia del incumplimiento en el mercado o en los demás operadores.

Opone el Abogado del Estado a tal argumento que no cabe aplicar la teoría general de los contratos, como se hace al hablar de incumplimiento no esencial de la obligación, pues el tipo infringido consiste en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, sin que el legislador haya introducido distinción alguna en cuanto al tipo de incumplimiento.

El precitado artículo 53.r) de la LGTel, califica como infracción muy grave *"el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes"*.

La obligación impuesta a TESAU, cuyo incumplimiento da lugar a la sanción impugnada era el siguiente tenor:

"La definición de los servicios, incluidos los servicios de información, serán de aplicación una vez transcurrido un mes desde la fecha de aprobación de la presente Resolución, con la excepción de las conexiones sin acceso telefónico, que deberán ofrecerse en el plazo de cuatro meses desde dicha fecha.

Asimismo, los procedimientos administrativos de la oferta deberán estar implementados en el SGO a los cuatro meses de la fecha de aprobación de la presente Resolución, manteniéndose hasta ese momento los actualmente vigentes. Telefónica de España, S.A.U. deberá comunicar a los operadores los cambios en el SGO con al menos dos meses de antelación a la implementación de dichos procedimientos, periodo que incluirá un mes de pruebas conjuntas."

Pues bien, además de las diligencias y actuaciones incorporadas al expediente sancionador, procedentes de los otros dos expedientes ya citados, y de las realizadas en el expediente sancionador, de los propios escritos presentados por Telefónica y de la propia prueba pericial incorporada a las actuaciones, resulta plenamente acreditado que la obligación impuesta en él resuelve segundo de la resolución de 27 de marzo de 2008 no fue cumplida, pues ni en el plazo de cuatro meses ni en los meses posteriores telefónica tuvo disponible el sistema automatizado de acceso indirecto al servicio de banda ancha sin servicio telefónico.

En consecuencia, el elemento objetivo del tipo está colmado.

SÉPTIMO: Por lo que respecta al elemento subjetivo del tipo, razona la actora que la CMT le imputa la infracción consistente en no implantar el acceso automatizado al ADSL "NAKED" en el plazo de cuatro meses previsto en la Resolución de 27 de marzo de 2008 a título de dolo y, simultáneamente, a título de culpa, cuando la infracción por la que se le sanciona sólo admite la comisión dolosa, no habiendo concurrido dolo en la conducta de TESAU. Razona, por una parte, que Telefónica no tuvo intención de incumplir la obligación impuesta, razón por la que desarrolló una actividad incesante en pos de su cumplimiento, y por otra parte alega que, consciente de la imposibilidad de cumplir la obligación impuesta en el plazo de cuatro meses, desarrolló con urgencia una solución temporal que no perjudicará a los alternativos, pero añade que la resolución incumplida sólo desplegaba efectos desde que se produjo la denegación de la medida cautelar de suspensión interesada en su día.

Los razonamientos en que se fundamenta tal alegación vienen vinculados a los dos siguientes motivos de impugnación: (3) *INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: INEXIGIBILIDAD A TESAU DE OTRA CONDUCTA. FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS.* (4) *INEXISTENCIA DE CULPABILIDAD*. Ambos motivos giran en torno a la inexistencia de elemento culpabilístico en la conducta de la entidad recurrente, por no serle exigible otra conducta y no serle atribuible la supuesta actuación infractora a título de dolo ni a título de culpa, negando de manera expresa una actuación negligente por parte de TESAU, e invocando incluso una interpretación razonable de la obligación impuesta, error de prohibición y confianza legítima.

En cuanto al primer reproche, no puede ser acogido, pues la amplia fundamentación de la resolución sancionadora no permite, en una lectura integral de la misma, apreciar tal contradicción o doble imputación a título de "dolo" y "culpa", encontrando tal reproche explicación únicamente en una indebida identificación entre la "culpa", como concreto título de imputación, con el más amplio concepto de "culpabilidad", como elemento integrante del tipo, que viene referido a ambos títulos o modalidades de imputación (dolo y culpa).

En la resolución de la CMT impugnada se analiza el elemento "culpabilidad", como posibilidad de atribuir la conducta tipificada a un sujeto, haciendo hincapié en que cabe esa atribución a título de dolo o de culpa (falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable). Se razona que *"en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel., donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma (LGTel), cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto".* Y se añade: *"Pues bien, en el presente caso, Telefónica era absolutamente consciente de que el incumplimiento de la obligación impuesta implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica y, aún así, quiso realizar el hecho ilícito."*

Dispone el art. 130.1 de la Ley 30/1992 :

"Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia."

Esta Sala ya ha dicho, en sentencia de fecha 18/01/10 (rec. 1270/07), que el precepto del art. 53. r) LGTel no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención. En ese caso podrá apreciarse la concurrencia de la circunstancia de agravación de la intencionalidad.

En el presente caso, es relevante tener en cuenta que el cumplimiento de la obligación en cuestión no recaía sobre una empresa de segundo orden o novel en el sector de las telecomunicaciones, sino, precisamente, sobre la empresa que es el operador con peso significativo en el mercado, a la que corresponde con carácter principal la prestación de los servicios de acceso e interconexión en los mercados mayoristas de las telecomunicaciones, y a la cual se viene imponiendo sucesivamente obligaciones de prestación de servicios por parte del órgano regulador, que conoce sobradamente el carácter vinculante de dichas obligaciones. Y, por la naturaleza y trascendencia de las mismas, conoce la relevancia del cumplimiento en los plazos establecidos. Tal era el conocimiento de la obligación impuesta, en cuanto a su contenido, tiempo de cumplimiento y carácter vinculante, que Telefónica interpuso puntualmente recurso contencioso administrativo contra la resolución de la CMT en la que se le imponía la referida obligación, impugnando de forma muy contundente la misma, concretamente en cuanto al plazo de cuatro meses que se establecía para su cumplimiento, y solicitando al propio tiempo la suspensión cautelar de la referida obligación. Es decir, resulta absolutamente contradictorio con su propia conducta, con las alegaciones efectuadas en el recurso 497/2008 y con algunas de las alegaciones que en este propio recurso se hacen, el negar que TESAU conociera el carácter vinculante en la obligación y la relevancia del cumplimiento del plazo establecido por la CMT para el desarrollo de la actividad comercial por parte de sus competidores. Desde luego, no puede justificarse tal incumplimiento por el hecho de que Telefónica abordase la implantación de un sistema alternativo al impuesto, adoptando unilateralmente una suerte de novación de la obligación impuesta por la autoridad de regulación, que tiene atribuida la competencia en la materia. Y ello con la evidente consecuencia de situarse en una posición de

privilegio en el mercado minorista respecto del resto de operadores, al ralentizar o dificultar el acceso de dichos operadores alternativos al servicio mayorista de acceso indirecto a banda ancha.

Por ello, resulta razonable y justificada la imputación que se hace a la entidad recurrente en la resolución recurrida, que se hace a título de dolo, pues se dice textualmente: *"Pues bien, en el presente caso, Telefónica era absolutamente consciente de que el incumplimiento de la obligación impuesta implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica y, aún así, quiso realizar el hecho ilícito." (...)* *"Pues bien, tal y como hemos señalado, en el caso en el que nos encontramos concurren los requisitos que requieren la figura del dolo." (...)* *"Por todo lo anterior, concurre el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probada a título doloso su voluntad de no implantar el servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico como debía de forma automatizada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento y conociendo además los perjuicios e inconvenientes que podía causar su actitud a los operadores alternativos que solicitaran servicios de acceso indirecto sin servicio telefónico (elemento intelectual)."*

Por lo que respecta al contenido de la obligación en sí y a su plazo de cumplimiento, en relación con la inexistencia de antijuridicidad que se alega, pese a los enormes esfuerzos argumentales que se hacen en la demanda y en el escrito de conclusiones, y a la actividad probatoria desplegada a tal fin, como ya se ha dicho, no procede entrar a revisar en este procedimiento una obligación que ha sido sometida a juicio de legalidad en otro procedimiento, en el que ha recaído sentencia de esta misma Sala y Sección, siendo dicha sentencia desestimatoria del recurso en lo que respecta a esta concreta obligación, cuyo incumplimiento ha dado lugar a la sanción aquí impugnada.

Por tanto, concurren los elementos objetivo y subjetivo integrantes del tipo de infracción por el que se sanciona a la entidad recurrente, la conducta resulta antijurídica y está acreditada la concurrencia del elemento culpabilístico, siéndole atribuible tal conducta antijurídica a TESAU a título de dolo. Pero, en cualquier caso, si algún reparo se pudiera hacer a la existencia de una palmaria intencionalidad en la conducta incumplidora de la obligación impuesta por la CMT, ninguna duda cabe de la imputabilidad de la conducta a título de culpa, pues está acreditado que ni en el plazo de cuatro meses establecido por el regulador ni en un amplio plazo posterior se había dado cumplimiento a la obligación de implementación del acceso automatizado al servicio, sino que se había desarrollado un sistema alternativo que, además de no ser el que venía obligado a implantar Telefónica, no satisfacía los fines y objetivos del sistema que debía implantar, tal como consta en el Acta de inspección de 7 de julio de 2009. No siendo hasta septiembre de 2009 cuando resulta operativo el sistema de acceso automatizado.

No cabe como excusa exculpatoria la alegación de que Telefónica creyó erróneamente que la obligación impuesta en la Resolución de la CMT de 27 de marzo de 2008 no era exigible hasta tanto se resolviese la medida cautelar de suspensión instalada con la interposición del recurso 497/2008, pues a tal cuestión había dado respuesta esta Sala en recursos anteriores, en sentido contrario al mantenido por la interesada, criterio que ya había sido confirmado por el Tribunal Supremo con anterioridad a los hechos de los que deriva el expediente sancionador que da lugar al presente recurso, entre otras en la citada STS de 29/04/08 . La entidad actora podrá no compartir tal criterio y utilizar todos los elementos defensivos a su alcance para obtener respuestas en sentido contrario, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, pero lo que no puede es sostener que actuó en la creencia errónea de que por la mera solicitud de la medida cautelar quedó en suspenso la obligatoriedad de cumplimiento que de la obligación, cuando, además, en la correspondiente pieza separada de medidas cautelares no obtuvo un pronunciamiento favorable a su petición de suspensión.

Por otra parte, descartado el imposible cumplimiento de la obligación y el carácter desproporcionado de ésta, por haberlo declarado así el Tribunal en su sentencia de 27 de octubre de 2010 , no cabe considerar que, como sostiene Telefónica, no le fuera exigible otra conducta o que actuara bajo error de prohibición. Y ello al margen de la cumplida explicación que se da en la resolución ahora impugnada sobre las razones técnicas por las que se estableció el referido plazo de cuatro meses para el cumplimiento de la obligación, tomando como referencia el plazo en su día establecido para el desarrollo del alta conjunta de AMLT con servicios de banda ancha (cinco meses, incluyendo uno de pruebas) y la consideración de los perjuicios que la falta de disponibilidad de un mecanismo eficiente de provisión del servicio indirecto sin servicio telefónico, en un plazo lo suficientemente razonable, ocasionaría a los operadores alternativos, y muy especialmente para los no coubicados en centrales que, al no disponer de esta herramienta comercial, no serían capaces de replicar las ofertas minoristas de Telefónica de voz y datos en banda ancha (ofertas del tipo Dúo) en condiciones equivalentes.

En este sentido, se dice en STS de 29/04/08 :

«La tesis que propugna la defensa letrada de la entidad mercantil recurrente sobre que la Sala de instancia ha vulnerado el principio de culpabilidad por no haber tomado en consideración la incidencia en el plano subjetivo de la conducta reprendida de creer que actuaba de buena fe, por no poder la Administración ejecutar sus propios actos mientras el órgano judicial competente decide sobre la suspensión cautelar, y no haber tenido en cuenta la existencia del riesgo de colapso de la red pública de telefonía si se llevaba a cabo la implantación del modelo de interconexión, de donde se infiere que su conducta no puede ser calificada de dolosa o culposa, no puede compartirse, ateniendo a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 129/2003, de 30 de junio y 243/2007, de 10 de diciembre, al derivarse de la valoración de la conducta imputada que la infracción de la norma le era reprochable, de modo que se constata que la sanción impuesta se ha fundamentado en un juicio razonable de culpabilidad.

En efecto, la Entidad Mercantil recurrente no puede eludir su responsabilidad directa en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, oponiendo la excepción de su convencimiento de estar actuando dentro de la legalidad, que se contradice con la apreciación de la Sala de instancia del elemento de culpabilidad, que se sustenta en la declaración que se expresa en el fundamento jurídico noveno de la sentencia recurrida, de que Telefónica ha mantenido «una conducta clara, persistente y contumaz de no cumplir con la implantación oportuna del modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada», incumpliendo la obligación que dimana de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de agosto de 2001, reiterada en la resolución de 21 de febrero de 2002, y confirmada en la resolución de 28 de febrero de 2002.

Procede, asimismo, rechazar el séptimo motivo de casación, que descansa en el argumento de que carece de relevancia sancionadora el incumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 y 28 de febrero de 2002, ya que se consumaría en el incumplimiento de la primera resolución de la Comisión, a los efectos de apreciar la ausencia del elemento subjetivo de culpabilidad e intencionalidad, porque dicho alegato se revela intrascendente, en la medida en que se ha impuesto una única sanción y a que el carácter intencional del incumplimiento deriva del conocimiento del contenido obligacional de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con el expediente sancionador incoado con base en la denuncia del operador LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., como por la actuación obstaculizadora dirigida a diferir la implantación del modelo de interconexión. »

OCTAVO: El último de los motivos de impugnación esgrimidos en la demanda hace referencia a la **GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN**.

En la resolución sancionadora, con invocación de los artículos 56.2 LGTel y 131.3 LRJPAC, se expone que concurren en el presente caso, como circunstancias agravantes, las siguientes: 1. Importancia del daño causado, prevista en el artículo 131.3 LRJPAC en relación con el artículo 56.2 LGTel, por cuanto que el retraso en la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico tiene un claro efecto en el mercado, pues imposibilita a los operadores alternativos prestar, a nivel nacional, los productos que están ofreciendo en las zonas donde existe cobertura de bucle. Los operadores alternativos están ofreciendo paquetes que incluyen el acceso con banda ancha y la telefonía, con importante éxito, estando la prestación de estos servicios combinada, en algunos casos, con diferentes tecnologías como la voz sobre IP o la telefonía móvil, alternativas que se ven encarecidas en la ausencia del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico. La evolución de los servicios mayoristas demuestra que las modalidades que permiten prestar al operador alternativo el servicio de acceso sin servicio telefónico son las que experimentan un mayor avance. Los servicios de acceso indirecto observan una tendencia decreciente en su número de contrataciones desde un periodo anterior a las prácticas objeto de análisis, evolución que podría deberse a otros factores de mercado tales como los precios y márgenes disponibles, las características de los servicios mayoristas, etc. Sin embargo, como ha sucedido en las zonas de acceso completamente desagregado, la provisión del acceso indirecto "naked" en condiciones apropiadas podría revertir la tendencia incrementando el número de contrataciones en las zonas de acceso sin cobertura de desagregación. Así, al contrario de lo alegado por Telefónica, no es posible inferir que la evolución del acceso indirecto implique la ausencia de impacto en el mercado de las restricciones en la prestación del servicio "naked".

En cuanto a la situación económica del infractor, factor a tener en cuenta conforme al artículo 56.2 LGTel, en la resolución impugnada se razona que el grupo Telefónica es una de las entidades más importantes a nivel mundial en el ámbito de las telecomunicaciones. Tomando como referencia el Informe Anual correspondiente a 2008 del grupo Telefónica, en el que se consigna el resultado operativo antes de amortizaciones (OIBDA) de Telefónica de España (...), con un crecimiento anual del 8,9%; el margen sobre ingresos de Telefónica de España, de casi 4 puntos porcentuales superior al registrado en el ejercicio 2007; el crecimiento experimentado

por TESAU en su resultado operativo con respecto a 2007, y la capitalización bursátil de la operadora a cierre de 2008, que le sitúa como una de las operadoras integradas de telecomunicaciones líder a nivel mundial. Se concluye que la experiencia y el papel de Telefónica en el desarrollo de la banda ancha en España son de gran magnitud, uniéndose a ello la disposición con que cuenta dicho operador de conocimientos tanto jurídicos como económicos y que le han permitido saber de la ilegalidad de la infracción cometida.

No apreciándose en la resolución sancionadora la concurrencia de circunstancia atenuante alguna, y acudiendo a las reglas para fijar la cuantía máxima de la sanción a imponer, teniendo en cuenta que sólo se establece la cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor, así como los criterios establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC, se fija la sanción partiendo de la consideración de que el retraso en la implementación del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico le ha permitido a telefónica mantener determinados ingresos que no hubiera tenido en caso de que el operador alternativo hubiera podido contratar, en el tiempo estipulado por la Comisión, ese servicio -beneficio directo- y, adicionalmente, en la medida en que Telefónica ha limitado la capacidad de competir en los operadores alternativos, ha obtenido un beneficio indirecto, derivado de una menor presión competitiva en las zonas en las que sus competidores no han accedido todavía a los servicios mayoristas de acceso desagregado, beneficio que no resulta posible cuantificar. Tomando los datos del Informe Anual 2008, así como los precios mayoristas y minoristas regulados por la Comisión, se realizan diversos cálculos para obtener el beneficio bruto obtenido con la infracción en cada uno de los escenarios identificados, y se analizan los criterios recogidos en la LGTel para determinar el importe de la sanción. Resultando que el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada habrían ascendido a 42.448.921 €. Por otra parte, no resulta posible determinar la cuantía aplicando el criterio del 5% de los fondos propios totales utilizados en la comisión de la infracción que se imputa a Telefónica, porque el incumplimiento de la obligación impuesta se traduce en una falta de acción al respecto, por lo que no son necesarios fondos para cometer la infracción, sino al contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.

En consecuencia, establecido el límite máximo de la sanción a imponer en 42.448.921 €, que se considera de relevancia la infracción cometida, y aplicando el principio de proporcionalidad enunciado en artículo 131.2 de la LRJPAC, y los criterios de graduación establecidos en el apartado 3 de dicho precepto y en artículo 56 de la LGTel, se considera procedente la imposición de la sanción de 11 millones de euros.

Se alega en la demanda que la sanción impuesta es manifiestamente desproporcionada teniendo en cuenta los criterios de la graduación empleados por la resolución sancionadora objeto de impugnación. Concretamente se denuncia error en la determinación de los elementos utilizados por la CMT para graduar la sanción y establecer su límite superior; la circunstancia agravante de "daño al mercado" se ha apreciado de modo incorrecto, y no se ha tenido en cuenta ninguna de las circunstancias que afectan a la reprochabilidad que afectan a la conducta de TESAU. Con base en el Informe PwC aportado se razona en la demanda que la cantidad considerada por la CMT como cantidades obtenidas en la rama de actividad afectada, 42,45 millones de euros, debería reducirse hasta los 21,96 millones considerando la rama de actividad desde la perspectiva de los servicios donde la conducta de TESAU era susceptible de producir un beneficio ilícito. Se añade que no concurren circunstancias agravantes dado que no existen daños al mercado o a los competidores. Concluyendo de todo el desarrollo argumental la absoluta desproporción de la sanción impuesta.

El art. 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece:

"1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones:

a. Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el 1 % de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el 5 % de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

2. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a. La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- b. La repercusión social de las infracciones.
- c. El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d. El daño causado.

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

(...)"

La primera objeción que se hace por la recurrente se refiere al cálculo de los ingresos brutos por rama de actividad, entendiéndose que debe concretarse esta a los servicios afectados por la conducta infractora, susceptibles de producir un beneficio ilícito. Alegación que no encuentra, a juicio de la Sala, apoyo legal pues, el criterio del 1% es aplicable a los ingresos brutos obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada, sin distinguir grados o modalidades de afectación. Debiendo tenerse en cuenta que este criterio es subsidiario del que se establece como general en el mismo precepto "*multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción*".

Esta concreta cuestión ha sido abordada en la citada sentencia de 18/01/10, cuyos argumentos no cabe sino dar por reproducidos, puesto que recogen el criterio del Tribunal al respecto. Se dice en esa sentencia:

"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 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."

En la resolución sancionadora se justifica el cálculo realizado de manera minuciosa, consignando los datos y elementos de cálculo tenidos en cuenta y dando clara y precisa explicación de los criterios, datos económicos, normas aplicables y método de cálculo empleados, de manera que sólo una actividad probatoria que pusiera en evidencia que el criterio de la Administración resulta irrazonable o arbitrario justificaría que tal criterio, adoptado por un organismo administrativo independiente, que goza de notable cualificación técnica y jurídica en la materia, fuese sustituido por el que propone la parte recurrente, en la legítima defensa de sus intereses, con apoyo en una prueba pericial de parte, y que, como se reitera en el informe, se plantea desde el punto de vista económico, tanto lo que se refiere a la rama de actividad tenida en consideración como, en consecuencia, a los cálculos económicos de beneficios obtenidos que resultan de ello. Y se trata de desvirtuar el análisis que se realiza sobre la penetración en el mercado del servicio de acceso a banda ancha sin servicio telefónico, en base a criterios que, sin cuestionar que puedan ser razonables, no desvirtúan los mantenidos por el organismo regulador, cuyo conocimiento de los mercados de telecomunicaciones y de la actividad tanto de Telefónica como del resto de operadores es indiscutible.

Es por ello que no cabe acoger las alegaciones de la actora en las que se fundamenta el motivo de impugnación referida a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Sanción que es sin duda de cuantía muy notable, pero que viene a ser el resultado de la aplicación de la normativa vigente, sobre la base de unos criterios que se exponen y justifican debidamente en la resolución impugnada.

NOVENO: Procede, en consecuencia con lo expuesto, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

Sin que la Sala, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , aprecie la concurrencia de méritos que justifiquen la condena a costas

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de diciembre de 2009, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Sin hacer condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.