

Id. Cendoj: 28079130032010100142
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/04/2010
Nº de Recurso: 3337/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción. Defensa de la competencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil diez.

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 3337/2007 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 31 de enero de 2007 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 162/2004, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

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 162/2004 contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 2004, recaída en el expediente 557/2003 Astel/Telefónica, que acordó:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la realización por parte de Telefónica de España SAU de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia y por el Artículo 82 del Tratado C.E., consistente 'en un abuso de posición dominante, al vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores'.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España SAU, como autora de esta conducta

prohibida la multa de euros cincuenta y siete millones.

TERCERO.- Intimar a Telefónica de España SAU para que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar tales prácticas y conductas prohibidas, que ha mantenido a lo largo de todo este tiempo y no han cesado, durante la instrucción de este expediente.

CUARTO.- Ordenar a Telefónica de España SAU a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo, indicando que la preasignación de operador no supone ninguna implicación negativa en términos de calidad de servicio telefónico básico, mantenimiento de la línea, recepción o precio de los servicios suplementarios.

QUINTO.- Ordenar a Telefónica de España SAU la publicación, a su costa y en el plazo subsiguiente de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento de ello se le impondrá una multa coercitiva de euros tres mil por cada día de retraso e incumplimiento de los acuerdos.

SEXTO.- En todo caso, Telefónica de España SAU justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado en los anteriores apartados segundo, cuarto y quinto."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 8 de junio de 2004, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se declare no ser conforme a Derecho y, en consecuencia, se anule y deje sin efecto la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 1 de abril de 2004 recaída en el expediente nº 459/99 (asunto Astel/Tesau) o, subsidiariamente, reduzca sustancialmente la cuantía de la multa impuesta a mi representada, en los términos indicados en la presente demanda". Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de noviembre de 2004, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "que desestime el recurso por ser conforme a Derecho la resolución impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- La Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contestó a la demanda el 17 de diciembre de 2004 y suplicó sentencia que "desestime el recurso interpuesto contra la resolución del TDC de 1 de abril de 2004 , con expresa imposición de costas a la recurrente". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 23 de diciembre de 2004 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U., contra la Resolución del Tribunal de Defensa

de la Competencia de fecha 1 de abril de 2004, que anulamos por ser contraria a Derecho. Sin expresa imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 18 de julio de 2007 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3337/2007 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional : Único: por infracción "del artículo 6 en relación con el artículo 7, ambos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, según la redacción dada tras la reforma introducida en los mismos por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre ; así como del artículo 82 del Tratado CE y de la Jurisprudencia del TPI que lo interpreta y se cita en el desarrollo del motivo".

Séptimo.- "Telefónica de España, S.A.U." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de costas a la Administración.

Octavo.- Por providencia de 3 de febrero de 2010 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de abril 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 con fecha 31 de enero de 2007, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." y anuló la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 2004, recaída en el expediente 557/2003 (Astel/Telefónica), en la que se le había impuesto una multa de cincuenta y siete millones de euros al considerarla incurso en una conducta restrictiva de la competencia.

El recurso de casación es mantenido tan sólo por el Abogado del Estado, sin que lo haya hecho la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones que fue denunciante en su día de la conducta sancionada y que compareció como codemandada en la instancia para sostener la validez del acto sancionador.

Segundo.- La mejor comprensión del litigio y el ulterior examen del recurso de casación hacen oportuno transcribir, en los términos que se dirán, los fundamentos jurídicos sexto a octavo de la sentencia impugnada, en los que se basó propiamente el fallo. En ellos hay referencias a la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto "Planes Claros") mediante la cual estimamos el recurso de casación número 9174/2003. En la transcripción de la sentencia de instancia suprimiremos gran parte de las citas literales que hace de la nuestra de 20 de junio de 2006, a fin de no recargar excesivamente ésta.

El contenido de los fundamentos jurídicos sexto a octavo de la sentencia impugnada, con la reducción ya dicha, es el siguiente:

"La conducta empresarial que sanciona el TDC es la vulneración por Telefónica S.A. del

artículo 7 LDC 'por subsunción en el anterior artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante' (F.D. 2º). En concreto, en la parte dispositiva, apartado primero, se dice que la conducta de abuso de posición dominante que se sanciona consistió en vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y a realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores.

Debe hacerse un primer comentario respecto de la descripción de las conductas infractoras que contiene en la parte dispositiva, pues su lectura plantea la duda a la Sala si la vinculación por Telefónica S.A. de la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos hace referencia a una conducta autónoma y distinta de las campañas desleales de publicidad llevadas a cabo por Telefónica S.A. o, por el contrario, forma parte de la misma, esto es, si lo que sanciona el TDC es la realización por Telefónica S.A. de actos efectivos de vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones o, por el contrario, lo que se sanciona es la conducta de Telefónica S.A. que, a través de sus campañas de publicidad, pretende hacer creer a los usuarios la vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignación.

La Sala entiende, a la vista de los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que lo que sanciona el TDC es la conducta engañosa de pretender hacer creer la vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignación, lo que se deduce del relato de hechos probados, así cuando el TDC transcribe el texto de los anuncios denominados 'Oficina' y 'Parking', los incluye en un apartado que se refiere a anuncios que 'dan a entender' que para beneficiarse de la oferta del servicio suplementario de identificación de llamadas gratuitas es necesario no estar preasignado, esto es, se trata de anuncios que, en las propias palabras del TDC 'inducen a pensar' que para beneficiarse de esta oferta el abonado no debe estar preasignado a ningún operador alternativo. La conclusión del TDC, después de la transcripción del texto de los anuncios y tras reconocer, por cierto, que en puridad no existe discriminación entre los usuarios preasignados y el resto, es que el slogan 'ahora gratis por ser cliente de Telefónica', debido a la circunstancia de que la legislación es desconocida por la mayoría de los abonados, 'da a entender' que la oferta está dirigida a los clientes exclusivos de Telefónica, S.A., 'generando confusión en los usuarios sobre las implicaciones de la preasignación'. Igualmente resulta del apartado de los hechos probados relacionados con los argumentarios, que la conducta que se sanciona no consistió en vincular en la realidad la prestación de unos servicio con la falta de preasignación, sino -en palabras del TDC- 'dar a entender al usuario' que con motivo de la preselección puede dejar de prestar los servicios suplementarios o variar su precio.

En suma, la conducta de Telefónica S.A. que se sanciona en la Resolución impugnada bajo la expresión de 'vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos', consistió en difundir a través de anuncios en TV y argumentarios la creencia de que determinados servicios estaban vinculados a la falta de preasignación, de forma que es una manifestación más de una conducta de competencia desleal, junto con los actos que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores. Por el contrario, la idea de que se sanciona una conducta distinta, como sería la realización por Telefónica S.A. de actos efectivos y concretos de vinculación de servicios a la inexistencia de preasignación debe rechazarse, porque carece de cualquier conexión con la narración de hechos probados de la propia Resolución impugnada. O en otro caso, la sanción de actos efectivos de

vinculación debería anularse por no resultar en absoluto probada la conducta a que se refiere.

[...] Decíamos que la conducta empresarial que sanciona el TDC es la vulneración por Telefónica S.A. del artículo 7 LDC 'por subsunción en el anterior artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante' (F.D. 2º). Sobre este punto de la conexión entre la conducta de abuso de posición dominante y los actos de competencia desleal, la sentencia del Tribunal Supremo que hemos citado, de 20 de junio de 2006 , acepta en abstracto que el uso de publicidad por parte de una empresa en posición de dominio pueda constituir una conducta abusiva del artículo 6 LDC , bien por constituir una barrera de entrada a nuevos operadores, bien por el contenido desleal de la campaña publicitaria.

En este caso no se imputa a Telefónica S.A. que haya creado, mediante su campaña publicitaria, una barrera de entrada a nuevos competidores, por razón de los elevados gastos invertidos en la misma que sus competidores no podrían contrarrestar, ni se cuantifican dichos gastos, ni se examina la capacidad de respuesta comercial de los competidores, sino que la infracción del artículo 6 LDC sancionada consistió en dificultar la preasignación de los operadores alternativos mediante una campaña publicitaria de contenido desleal.

La conducta abusiva que el TDC imputa a Telefónica S.A. resulta de la suma de dos factores, su posición de dominio en el mercado de la telefonía fija y el contenido desleal de su campaña. No se discute por nadie, ni siquiera por la recurrente, que Telefónica S.A. tenía en el periodo de tiempo en el que se desarrolló la conducta a que se refiere este expediente -los años 1999 a 2002- una posición de dominio en el mercado de la telefonía fija. Ahora bien, teniendo presente esa posición dominante, no cabe subsumir los actos desleales del artículo 7 LDC en la conducta abusiva de posición dominante del artículo 6 LDC , de forma que cualquier acto de competencia desleal llevado a cabo por una empresa en posición de dominio conlleve un abuso de posición de dominio. Así lo indica claramente la STS de 20 de junio de 2006 en su Fundamento Jurídico Décimo [...]

[...] Siguiendo, por tanto, la doctrina jurisprudencial del TS que acabamos de citar, debemos comprobar si concurre en este caso el requisito de que la conducta que la recurrente llevó a cabo mediante la campaña de publicidad de anuncios en TV, argumentarios y mailings, haya distorsionado o falseado gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

Por otro lado, la exigencia de un efecto o resultado de grave daño sobre las condiciones de la competencia para la aplicación del artículo 7 LDC no es ninguna novedad jurisprudencial, sino que viene siendo exigida de forma reiterada por el propio TDC, así en Resoluciones de 12 de junio de 2002 (AC 2002446), 12 de noviembre de 2002 (AC 200355), 4 de julio de 2003 (AC 2003 108), 21 de noviembre de 2003 (AC 200304), 5 de diciembre de 2005 (AC 20064), 10 de marzo de 2006 (AC 200684) y 7 de junio de 2006 (200679).

La Resolución impugnada dedica gran parte de sus hechos probados (páginas 10 a 28 en la copia acompañada al escrito de interposición de recurso) a la descripción de las acciones de la campaña de publicidad de Telefónica, S.A., mediante la transcripción del texto de los diálogos en los anuncios de TV, argumentarios y mailings, pero en cambio

muy poco dice acerca de los efectos de tales acciones sobre la competencia en el mercado de la telefonía fija. No se trata de tal cuestión al examinar los requisitos para la aplicación del artículo 7 LDC en el Fundamento Jurídico Segundo, sino en el Fundamento Jurídico Tercero, al examinar la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 10 LDC para individualizar la cuantía de la sanción, al indicar el TDC que tras un primer periodo anual en el que Telefónica S.A. bajó el porcentaje de clientes usuarios, tras las prácticas restrictivas de la competencia 'ha recuperado una parte muy significativa del mismo, llegando casi a los iniciales niveles...'.

Tal referencia a los daños causados por la campaña publicitaria desleal, sin embargo, no tiene apoyo probatorio ni en la propia Resolución impugnada ni en el expediente administrativo. No conocemos, porque no se indica por el TDC, en que períodos se aprecia esa pérdida de clientes y su posterior recuperación por Telefónica S.A., como consecuencia de los actos de competencia desleal, pues lo cierto es que nada se precisa al respecto en la declaración de hechos probados de la Resolución impugnada y el examen del expediente tampoco permite sostener que la distorsión grave sobre las condiciones de la competencia causada por las prácticas anticompetitivas haya consistido en una recuperación -muy significativa o no- de la clientela perdida.

Es más, de lo actuado en el expediente administrativo lo que resulta es que esa recuperación por Telefónica de parte significativa de los clientes, que cabría considerar como un efecto o consecuencia de la práctica de actos desleales, en realidad no se ha producido, al menos en el período durante el que se aprecia por el TDC la conducta infractora de los artículos 6 y 7 LDC, entre los años 1999 y 2002. En efecto, obra en el expediente de las actuaciones ante el TDC (folios 363 a 366) que las líneas preasignadas evolucionaron de 412 (enero de 2000) a 835.058 (enero de 2001), a 1.448.699 (en enero de 2002) y a 1.823.433 (diciembre de 2002), por lo que, en rigor, no se aprecia una recuperación de clientela en el período examinado.

Las pruebas practicadas en este recurso contencioso administrativo llevan a la misma conclusión de que en el período durante el que se extendieron las prácticas desleales, entre 1999 y 2002, no puede apreciarse un efecto o consecuencia de recuperación de clientes significativa que pueda relacionarse a tales prácticas, porque sencillamente esa recuperación no ha llegado a producirse en el indicado período, de acuerdo con los datos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Así, la Resolución impugnada inicia su relato de hechos probados con la cita del Informe Anual de la CMT, correspondiente al año 2000, que expresa que en el mercado de telefonía fija en España, Telefónica S.A. tenía una cuota del 91,57 por ingresos totales. La parte recurrente ha aportado los datos de la misma fuente correspondientes a sus informes anuales de 2001 y 2002 (documentos 14 y 15 acompañados con la demanda), de los que resulta que la cuota de mercado por facturación de Telefónica S.A. en telefonía fija pasó del 91,5% en 2000 a 87,53% en 2001 y a 83% en 2002, lo que contradice la existencia de recuperación en el período que estamos examinando. Es más, en el Informe anual de 2002 indica la CMT que en ese año el mercado de la telefonía fija estaba estancado (crecimiento vegetativo), pero que no obstante, a pesar de dicho estancamiento, los operadores alternativos 'han mejorado sensiblemente su cuota de mercado por ingresos'.

También resulta de interés a los efectos de apreciar los daños sobre la competencia en el mercado de líneas telefónicas fijas, que la cuota de penetración de preselección es similar en España y en países de nuestro entorno, con fechas de inicio efectivo de

preselección similares (entre enero de 1998 y junio de 2000), según datos de la CMT acompañados con la demanda (documento 14), así las cuotas de penetración de preselección, a fechas entre junio de 2003 y enero de 2004, eran en Alemania del 12,40%, España del 12,80%, Francia del 12,40%, Irlanda del 12% y Italia del 14%.

[...] Todos los datos anteriores abundan en la idea antes apuntada de la inexistencia de prueba de una distorsión o daño grave de las condiciones de competencia en el mercado, producida por efecto de los actos desleales, consistente en la recuperación de cuota de mercado de la telefonía fija por Telefónica, S.A., y pérdida correlativa de cuota de mercado de sus competidores, como indica la Resolución impugnada. Y tampoco en el expediente administrativo existe base suficiente para considerar probado que la campaña publicitaria de Telefónica S.A. enjuiciada haya ocasionado otra distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado, en los términos exigidos por el artículo 7 LDC

La codemandada dice sobre este punto en su contestación a la demanda -apartado 9.2, letra c)- , que el hecho de que la preasignación haya seguido un ritmo creciente y que la cuota de Telefónica S.A. se haya ido reduciendo, no puede desvirtuar el hecho de que la conducta de Telefónica S.A. haya afectado al mecanismo de preasignación, impidiendo la acción de sus competidores, ya que al igual que consideró el TDC en su resolución de McLane/Tabacalera, 'nunca se sabrá cuáles serían hoy las cuotas de mercado de otros competidores si Telefónica no hubiera obstruido pertinazmente su entrada'. Pero el término de comparación no se considera correcto, porque la conducta de la empresa dominante en el caso citado (Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, AC 200338) fue de la abuso de su posición mediante una conducta de negativa de suministro a un competidor, que aparece explícitamente prohibida, como ejemplo de conducta abusiva, en el apartado c) del propio artículo 6 LDC , que se refiere a la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos practicada desde una posición de dominio, conducta por tanto muy diferente del abuso de posición dominante mediante una campaña de publicidad considerada desleal que ahora examinamos, que resulta sancionada por aplicación del artículo 6 LDC en conexión con el artículo 7 LDC , y este último precepto, como ya hemos reiterado, no sanciona cualquier acto desleal, sino únicamente aquellos especialmente cualificados por el resultado, al exigir que hayan producido un grave deterioro en las condiciones de competencia del mercado.

En definitiva, la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 7 LDC no puede presumirse, sino que deben acreditarse de las conclusiones obtenidas tras el estudio y análisis de la conducta denunciada y del mercado o mercados en los que ésta haya podido producir sus efectos (Resolución del TDC de 14 de octubre de 2005, AC 2005697), de forma que en el presente caso, debemos estimar que los anuncios en TV, argumentarios y mailings examinados no son susceptibles de ser sancionados a título de la LDC, pues como subraya la citada STS de 20 de junio de 2006 , 'sólo si los actos desleales distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público pueden recibir aquella incriminación'. Y al faltar la acreditación de tal requisito, resulta ya innecesario examinar si los anuncios de la campaña publicitaria, argumentarios y mailings inciden o no en competencia desleal."

Tercero.- El Abogado del Estado considera que la Sala de instancia ha infringido los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en la redacción dada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) así como el artículo

82 del Tratado CE
y se cita en el desarrollo del motivo".

y "la jurisprudencia del TPI que lo interpreta

Bajo esta formulación en realidad lo que desarrolla es una crítica general y de principio a la doctrina contenida en nuestra sentencia de 20 de junio de 2006 . Frente a ella el Abogado del Estado afirma, en síntesis: a) que todo acto de competencia desleal cometido por un operador con posición de dominio en el mercado constituye por sí mismo un abuso de dicha posición de dominio; y b) que "la aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989 queda reservada a las conductas desleales, unilaterales, de empresas que no se encuentren en posición de dominio".

De estas premisas deriva su conclusión final en los siguientes términos:

"En consecuencia, desde el momento en que la Sala sentenciadora estima el recurso por considerar que no concurren en los actos de competencia desleal llevados a cabo por Telefónica mediante campañas publicitarias engañosas vinculadas a la preasignación en la telefonía básica los requisitos que establece el artículo 7 de la LDC , a pesar de que dicha Compañía se encuentra en posición de dominio del mercado, está incurriendo en la infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia en el motivo".

Es importante reseñar la conclusión que acabamos de transcribir porque en ella aparece con mayor claridad, si cabe, lo que constituye el núcleo del recurso del recurso de casación hasta el punto de que la parte recurrida lo califica como "[...] basado en una sola idea que se repite de manera circular: que las prácticas competitivas desleales llevadas a cabo desde una posición de dominio en el mercado constituyen siempre en sí mismas un abuso de tal posición".

Cuarto.- Antes de abordar el referido núcleo del planteamiento argumental del motivo de casación debemos hacer una serie de precisiones.

La primera es que -como también subraya la sociedad recurrida en su oposición al recurso- no se discute ya en casación la parte de la sentencia en la que la Sala de la Audiencia Nacional negó que existieran actos constitutivos de abuso de posición de dominio en su modalidad de vinculación de determinados servicios a la existencia o inexistencia de preasignaciones.

Frente a lo mantenido en términos no demasiado precisos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (lo que obligó al tribunal de instancia a hacer las afirmaciones ya transcritas del fundamento jurídico sexto de su sentencia), la Sala de la Audiencia Nacional rechazó que hubieran existido "actos efectivos y concretos de vinculación de servicios a la inexistencia de preasignación", afirmando que ello carecía "de cualquier conexión con la narración de hechos probados de la propia Resolución impugnada" o que, en otro caso, la sanción de actos efectivos de vinculación "debería anularse por no resultar en absoluto probada la conducta a que se refiere".

Ha de considerarse, pues, firme esta parte de la sentencia que el recurso del Abogado del Estado no cuestiona y, en consecuencia, inexistente la supuesta modalidad de abuso de posición dominante relativa a los actos específicos de vinculación, modalidad de abuso que parecía constituir, desde el punto de vista formal, uno de los dos epígrafes de la imputación hecha por la resolución sancionadora.

Quinto.- La segunda precisión, más relevante porque afecta a la conducta sobre la que propiamente ha girado el recurso de casación, concierne a lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró como "campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores". En relación con ellas importa destacar tres circunstancias:

A) La primera es que la campaña publicitaria supuestamente desleal no supuso ninguna barrera de entrada a los nuevos competidores en el sector de la telefonía, según oportunamente subrayó la Sala sentenciadora al afirmar que la Administración sancionante no llegó a formular esta imputación.

B) La segunda es que, como cuestión de hecho y de apreciación de las pruebas, la Sala de la Audiencia Nacional, tras valorar razonada y detalladamente todos los elementos probatorios existentes en el proceso, concluyó que no se había acreditado "una distorsión o daño grave de las condiciones de competencia en el mercado", premisa de la que dedujo acto seguido la imposibilidad de sostener la imputación a título del artículo 7 de la Ley 16/1989

La apreciación de la prueba así realizada debe quedar incólume en casación y, en cuanto tal, no es objeto propiamente del recurso del Abogado del Estado. Según ya hemos apuntado, el recurso tiene un alcance más general y en él se afirma que no era necesaria prueba alguna acreditativa de la grave distorsión de la competencia.

C) La tercera circunstancia relevante, en fin, es que quedó sin analizar por la Sala de instancia -pues lo consideró ya innecesario, a la vista de la falta de pruebas sobre la existencia del resultado dañoso- si la "campaña" divulgativa de "Telefónica de España, S.A.U." podía calificarse propiamente de desleal frente a sus competidores, en cuanto engañosa y denigratoria para éstos. La campaña estaba compuesta de anuncios en televisión, documentos de uso interno ("argumentarios") para que el personal de "Telefónica de España, S.A.U." respondiese a los clientes y cartas remitidas a las empresas.

Sexto.- Hechas estas precisiones, podemos acometer el examen del motivo único de casación en cuanto gira, básicamente, sobre la interpretación del artículo 7 de la Ley 16/1989. El motivo será desestimado pues no compartimos los dos argumentos esenciales sobre los que descansa la tesis del Abogado del Estado.

Como ya manifestamos en nuestra sentencia de 20 de junio de 2006, no hay base jurídica para sostener que cualquier acto de competencia desleal cometido por un operador con posición de dominio en el mercado constituya por sí mismo, al margen de sus perfiles singulares y sea cual sea su alcance real en la práctica, una "explotación abusiva" de dicha posición de dominio. Ni el artículo 6 de la Ley 16/1989, no obstante su formulación abierta, ni el artículo 7 del mismo texto legal auspician esta interpretación. Y menos razón aún hay para entender que la interpretación del artículo 7 de la Ley 16/1989 deba hacerse en términos tales que la aplicación del tipo sancionador quede reservada en exclusiva a las conductas desleales de los operadores económicos que no ostenten una posición de dominio.

Recordaremos a estos efectos lo que ya afirmamos en nuestra sentencia de 8 de marzo de 2002 y reiteramos en la de 20 de junio de 2006. Mediante el artículo 7 de la Ley 16/1989, y sobre

la base de su antecedente inmediato, el artículo 3 de la derogada Ley 110 de 1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, el legislador español dispuso que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales pudieran, en lo sucesivo, ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa como tales.

Con esta importante ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7, comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas, cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991).

Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, a fortiori, por la propia Ley 3/1991 (y en este mismo sentido, por la más reciente Ley 29/2009, de reforma de la Ley 6/1989, de Competencia Desleal, ley inaplicable al caso de autos por obvias razones temporales) una dimensión pública relevante. La tutela de los intereses públicos en juego legitima, según el legislador español, la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia para reprimir conductas desleales de los empresarios que, además de serlo, afecten a aquellos intereses públicos por falsear de manera sensible la competencia en el mercado.

Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conducen a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión "actos de competencia desleal" utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes. Tras la aprobación de la Ley 3/1991, dichas conductas eran las plasmadas en la "generosa" cláusula general de su artículo 5 y en los artículos 6 a 17.

Inevitablemente la catalogación normativa de tales conductas, a efectos meramente civiles y mercantiles, ha de incorporar tipos abiertos, esto es, cláusulas generales, dada "la cambiante fenomenología de la competencia desleal", por emplear de nuevo los términos de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991. Así, por ejemplo, el artículo 5 de ésta reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y el artículo 15.2 considera desleal la "simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

Ahora bien, la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 sólo alcanzaba a aquellas modalidades de ilícitos desleales que se vieran cualificadas por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público. El tipo específico (*lex specialis*) del artículo 7 de la Ley 16/1989 era tajante en este sentido. Ulteriormente el nuevo artículo 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, vendría a sustituirlo por otro cuyo contenido permite a las autoridades administrativas castigar "los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público", nueva redacción que resulta inaplicable, también por motivos temporales, a los hechos de autos y que no es sino vuelta, en lo sustancial, a la vigente antes de la reforma de 1999.

La reforma de la Ley 16/1989 que llevó a cabo la Ley 52/1999 trató de deslindar "claramente" el ámbito de la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 : debían dichos órganos "limitarse [sic] a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo".

A partir de estas premisas, no consideramos acertada la tesis de que cualquier acto de competencia desleal en que incurra una empresa con posición de dominio signifique eo ipso, de modo automático, la "explotación abusiva" de esa misma posición. Admitir dicha tesis sólo sería posible desde una lectura del precepto correspondiente (artículo 6) que deja en la total indeterminación su contenido. Por lo demás, significaría, entre otros resultados paradójicos, tanto como sujetar al control y represión de la Ley 16/1989 conductas aisladas u ocasionales de cualquier empresa con posición de dominio que hubiera procedido, por ejemplo, a la "contratación de extranjeros sin autorización para trabajar" (ilícito desleal a tenor del artículo 15.3 de la Ley 3/1991) o a la "adquisición de secretos por medio de espionaje" (conducta asimismo desleal a tenor del artículo 14.3 de la Ley 3/1991), aun cuando tales actuaciones no hubieran ocasionado distorsión alguna de las condiciones de mercado.

No era este el designio del legislador al tipificar, tras la reforma de 1999, los hechos susceptibles de represión administrativa en el artículo 7 de la Ley 16/1989, tipificación que, insistimos, sólo se producía cuando los ilícitos de deslealtad quedaran cualificados por la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público.

Séptimo.- Hemos de examinar acto seguido las alegaciones del recurso más específicamente dirigidas a analizar la relación entre el artículo 7 y el 6 de la Ley 16/1989

Partiremos a estos efectos de lo que ya afirmamos en la sentencia de 20 de junio de 2006 . Expresamos, una vez más, que la existencia en la Ley 16/1989 de un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no permite prescindir de los requerimientos materiales del artículo 7 de dicha Ley para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable, incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

Pero añadíamos acto seguido que "la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el artículo 6 de la Ley 16/1989 , cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra".

El empleo de los términos "no necesariamente" significaba tanto como admitir, en sentido inverso, la represión autónoma, a título del artículo 6 de la Ley 16/1989 , de conductas en él tipificadas que, por supuesto, pudieran incluir en sí mismas componentes de deslealtad. Nunca hemos negado la posibilidad de considerar y reprimir como explotación abusiva de la posición de dominio actuaciones de las empresas correspondientes que "respondan a los perfiles propios del tipo sancionador" del artículo 6 (por ejemplo, la negativa injustificada a satisfacer demandas de productos o servicios, o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias) por más que, de modo simultáneo, pudieran revestir caracteres de deslealtad comercial.

Sucede, sin embargo, que la interpretación del artículo 6 de la Ley 16/1989 no puede desligarse de las exigencias inherentes al principio de tipicidad, como sucede con todo precepto de naturaleza sancionadora. En caso contrario padecería la inexcusable predeterminación normativa de los ilícitos sancionables, predeterminación que si bien es compatible con los tipos infractores abiertos no lo es con los "ilimitados". Y, en todo caso, no cabe auspiciar interpretaciones extensivas o analógicas de dichos tipos, que atentarían contra las garantías de certeza y predecibilidad de las conductas sancionables.

Desde esta perspectiva - y con tanta más razón ante la presencia del artículo 7 de la Ley 16/1989 - las conductas prohibidas por el artículo 6 de ésta no incluyen, necesariamente y per se, cualquier modalidad de actos desleales, según hemos desarrollado en el fundamento jurídico precedente. Lo cual no obsta, repetimos, a que puedan ser sancionables como explotación abusiva de posición de dominio actuaciones que, respondiendo a los requerimientos de esta figura según el artículo 6 de la Ley 16/1989 , simultáneamente tengan naturaleza de ilícitos desleales. En tales casos el tipo sancionador del artículo 6 absorbe, por así decir, todo el contenido antijurídico de la conducta.

Octavo.- Con las consideraciones precedentes respondemos a las tesis generales mantenidas por la Administración recurrente. Destacamos en su momento (fundamento jurídico tercero in fine de esta sentencia) cómo el Abogado del Estado centraba y concluía su censura al tribunal de instancia afirmando que los hechos impugnados, esto es, las campañas publicitarias a su juicio engañosas, vinculadas a la preasignación, reunían los requisitos que establece el artículo 7 de la Ley 16/1989, cuya indebida aplicación denunciaba. Dado que en este género de recursos extraordinarios no se trata de evaluar la conformidad a derecho del acto administrativo enjuiciado en la instancia, sino únicamente analizar la crítica que el recurrente haga de la sentencia que sobre aquél se dictó y dar respuesta -favorable o desfavorable- a los argumentos en que se base tal censura, el recurso de casación debe ser desestimado.

En efecto, dada la valoración por la Sala de instancia de los elementos de prueba que obraban en el expediente administrativo y en los autos, dicho tribunal interpretó y aplicó en debida forma aquel precepto para descartar que pudiera mantenerse en este caso la imputación a título del tan citado artículo 7 de la Ley 16/1989. La imputación decae desde el momento en que la Sala de la Audiencia Nacional rechaza, como cuestión de hecho, al menos uno de los presupuestos en que se basa (el relativo a los daños) y deja imprejuizado el otro (la eventual deslealtad de la conducta).

Siendo ello así, el resto de alegaciones del motivo de casación o bien ya han sido rechazadas o bien resultan desenfocadas. En concreto, no cabe, aducir el artículo 82 del Tratado CE o sentencias del Tribunal de Justicia cuando en el ordenamiento comunitario no hay una disposición análoga al artículo 7 de la Ley 16/1989, esto es, no existe una tipificación autónoma de las conductas desleales, siendo aquél -repetimos- el tipo infractor sobre el que en realidad gira el recurso. Por lo demás, las dos sentencias que cita el Abogado del Estado en su escrito, de 17 de diciembre de 2003 y 30 de enero de 2007, fueron dictadas por el (según la denominación entonces vigente) Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. No pueden, pues, constituir "jurisprudencia" apta para fundar, como tal, un recurso de naturaleza casacional.

Sólo queda por añadir que tampoco podría darse por sentada, sin más, la premisa de la que parte el Abogado del Estado sobre el carácter desleal de la campaña informativa o publicitaria, respecto del cual ya subrayamos cómo no llegó a pronunciarse el tribunal de instancia. Afirma a este respecto el Abogado del Estado -sin desarrollar en su recurso esta parte de las cuestiones objeto de debate- que se trataba de "una campaña publicitaria plenamente acreditada en sus contenidos desleales" por lo que, al margen de cuáles fueran sus efectos dañosos, constituía una práctica restrictiva de la competencia al provenir de una empresa con posición de dominio en el mercado de telefonía.

El carácter desleal, sin embargo, era negado por "Telefónica de España, S.A.U." aduciendo, entre otros argumentos y elementos de juicio (dictámenes periciales sobre el contenido publicitario) que el órgano administrativo precisamente encargado de controlar la regularidad en la implantación de los mecanismos de preselección -esto es, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones- había corroborado la validez de las conductas de "Telefónica de España, S.A.U." denunciadas por ASTEL y, más en concreto, rechazado en algunas de sus resoluciones que se tratara de prácticas denigratorias de los competidores.

Noveno.- Procede, en suma, 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 .

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 3337/2007 interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia con fecha 31 de enero de 2007 en el recurso contencioso-administrativo número 162 de 2004. Imponemos a la recurrente las costas de su recurso.

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.