

Id Cendoj: 28079130032005100095
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 4777/2002
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- TELECOMUNICACIONES
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA **COMPETENCIA**
- ABUSO DE POSICION DOMINANTE
- SANCION ADMINISTRATIVA
- REINCIDENCIA
- ANALOGIA
- CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD
- INTERPRETACION DE LAS NORMAS
- APLICACION DEL DERECHO COMUNITARIO

Resumen:

Telefónica. Abuso de posición de dominio. Defensa de la competencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil cinco.

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 4777/2002 interpuesto por "TELEFÓNICA, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 8 de mayo de 2002 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 193/1999 , sobre sanción del Tribunal de Defensa de la **Competencia** ; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado, "BT TELECOMUNICACIONES, S.A.", representada por la Procurador D^a. María Isabel Campillo García, y "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 193/1999 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de 21 de enero de 1999, recaída en el expediente 412/97, que acordó:

"Primero.- Declarar acreditada la existencia de dos conductas prohibidas por el *art. 6 de la Ley 16/1989* : Por una parte, un abuso de posición de dominio consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba a los miembros de la AMMI (potenciales clientes propios o de sus competidores) condiciones económicas más ventajosas, lo que infringe el apartado 2.d) de dicho artículo y, por otra, una infracción del *art. 6.2.e) de dicha Ley* , pues en el contrato con la AMMI condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios donde podía existir **competencia** (voz internacional) con otros donde la **competencia** era mucho más difícil (servicios de voz nacional). Dichas prácticas, de las que es autora Telefónica de España, S.A.,

infringen, además, el *art. 86, apartados c) y d), del Tratado de la Comunidad Europea* .

Segundo.- Intimar a Telefónica de España, S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar dicha práctica prohibida.

Tercero.- Imponer a Telefónica de España, S.A. una multa de quinientos ochenta millones de pesetas.

Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la presente resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional, a costa de Telefónica de España, S.A., la cual deberá comunicar al Servicio dicha publicación".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 12 de junio de 1999, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que, estimando el recurso, anule y deje sin efecto íntegramente la Resolución de 21-1-1999 del Tribunal de Defensa de la **Competencia**". Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de noviembre de 1999, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "desestimando la misma y declarando la validez de la resolución impugnada. Con imposición de costas".

Cuarto.- "BT Telecomunicaciones, S.A." contestó a la demanda con fecha 10 de enero de 2000 y suplicó sentencia "que la desestime íntegramente".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 28 de enero de 2000 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 8 de mayo de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica, S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 21 de enero de 1999, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la resolución impugnada en cuanto se aprecia para la graduación de la sanción la reiteración en conductas prohibidas y, en consecuencia, debemos anularla y la anulamos en tal extremo, ordenando a la Administración que proceda a graduar la sanción sin consideración a la reiteración como criterio, confirmándola en sus restantes pronunciamientos, sin imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 3 de septiembre de 2002 "Telefónica, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4777/2002 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del *artículo 6.2.d) y e) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* , así como del *artículo 86 del Tratado de la CEE* y normativa concordante".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción del *artículo 10.1 y 2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* , así como de la jurisprudencia aplicable al Derecho administrativo sancionador".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por "infracción de los *artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución* , así como de la jurisprudencia concordante."

Séptimo.- El Abogado del Estado interpuso igualmente recurso de casación al amparo del siguiente motivo de casación fundado en el *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* : Único: por infracción del *artículo 10.2.f) de la Ley 16/1989, de 17 de julio* .

Octavo.- El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación deducido de contrario y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Noveno.- "BT Telecomunicaciones, S.A." presentó escrito de oposición al recurso interpuesto por "Telefónica, S.A." y suplicó su desestimación íntegra y la confirmación de la sentencia recurrida con las preceptivas costas. Y con fecha 17 de marzo de 2004 presentó escrito en el que hizo la siguiente alegación: "Hago propias, íntegramente, las acertadas consideraciones contenidas en el escrito de recurso del

Abogado del Estado".

Décimo.- "Telefónica de España, S.A.U." se opuso al recurso seguido a instancia del Abogado del Estado y suplicó la confirmación en su integridad de la sentencia impugnada con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Decimoprimer.- Por providencia de 29 de noviembre de 2004 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 9 de marzo de 2005, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-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 8 de mayo de 2002, estimó parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por "Telefónica, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de 21 de enero de 1999, recaída en el expediente 412/97. La Sala de instancia confirmó la existencia de las infracciones en él sancionadas así como la validez de las demás medidas acordadas por el Tribunal de Defensa de la **Competencia**, si bien anuló la multa impuesta a fin de que fuera sustituida por otra "sin consideración a la reiteración como criterio [agravador]".

Contra la sentencia han interpuesto sendos recursos de casación tanto el Abogado del Estado como la sociedad sancionada. Uno y otro son admisibles sin que pueda prosperar la objeción formulada por el Abogado del Estado respecto del escrito por el que "Telefónica S.A." preparó su recurso de casación. Objeción que se basa en que dicha sociedad no habría cumplido la obligación de justificar en aquel escrito que la violación de norma estatal o comunitaria haya sido relevante en el fallo.

La imputación -que podría volverse contra el defensor de la Administración ya que en su propio escrito de preparación del recurso comete el mismo "defecto" que paradójicamente imputa a la contraparte, esto es, no expone aquella justificación- resulta infundada pues, como ya hemos repetido una y otra vez a estos efectos, la exigencia prevista en los *artículos 89.2 y 86.4 de la Ley Jurisdiccional* afecta tan sólo a los recursos de casación preparados contra sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso- Administrativo Tribunales Superiores de Justicias, no a las dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional.

Segundo.- La sentencia de instancia contiene una inicial declaración de hechos probados en los siguientes términos:

"A) La codemandada, y antes que ella BT Worldwide Ltd. sucursal en España, durante el año 1993 y posteriormente, ofertaron la prestación de servicios IDL+, denominado también servicio añadido para brokers o Primex, y que consistía en esencia, en comunicación internacional a través de líneas digitales privadas alquiladas y mediante un equipo multiplexor, desde las oficinas del cliente hasta otro punto de la red situado en Londres. El tráfico de llamada directa internacional desde España se realiza por medio de la red privada a Londres y se canaliza a través de la red pública conmutada del Reino Unido a las distintas partes del mundo, aplicando en tal tramo las tarifas británicas y en el tramo español, la tarifa local. El servicio consiste en telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios y comprendía elementos adicionales tales como mantenimiento durante 24 horas al día 365 días al año, sistema de información de fallos centralizado, diseño modular, programación personalizada, registro de llamadas y análisis de tráfico, y otros.

B) Telefónica suministraba a la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional hasta 1993, los servicios de telecomunicaciones relativos a datos, redes privadas nacionales en internacionales para voz y datos y servicio de telefonía vocal.

Esta Asociación se integra por 19 sociedades que actúan como mediadores en el mercado monetario y requieren para el desarrollo de sus actividades la conexión, mediante servicios de telecomunicaciones, a las salas de operaciones de sus clientes.

Tanto la recurrente, como la codemandada, como otras dos entidades operadoras, ofertaron a la Asociación los servicios de telecomunicaciones necesarios para el desarrollo de su actividad, y concretamente la codemandada, el anteriormente descrito.

C) El 28 de diciembre de 1993, se acordó entre la recurrente y AMMI la prestación de servicios para

el mercado nacional e internacional, operando desde el 1 de enero de 1994, con diversa duración para los servicios nacionales e internacionales. Las condiciones establecidas que merecen ser destacadas son: 1) se establece una cuota de conexión inferior a las tarifas aplicables, 2) se posibilita la denuncia del acuerdo por la recurrente si el número de los circuitos contratados fuese inferior a los instalados con anterioridad, 3) se prevé la cancelación del acuerdo si se contrata un servicio equivalente con otra operadora.

D) La codemandada alquiló circuitos a la actora con aplicación de las tarifas establecidas, siendo tal alquiler necesario para la prestación del servicio que antes hemos descrito y ofertó a AMMI."

Tercero.- En los sucesivos fundamentos jurídicos de la sentencia la Sala de instancia expuso su argumentación que, en síntesis, podríamos resumir del modo que sigue:

Analizó en primer lugar los artículos que contienen los tipos de las infracciones aplicadas y los criterios de graduación de las sanciones (fundamento jurídico segundo). Es oportuno reiterarlos ahora para la mejor comprensión del litigio.

Sobre la base de que la propia compañía actora admitía "su posición de dominio respecto del mercado de servicio de alquiler de circuitos de telecomunicaciones y en el espacio geográfico del territorio nacional", la Sala examinó diversos preceptos de la *Ley 31/1987, de 18 de diciembre*, de Ordenación de las Telecomunicaciones, para llegar a la conclusión de que los servicios de valor añadido previstos en su artículo 20 estaban ya liberalizados en la fecha de autos; y acto seguido sostuvo que era irrelevante, a los efectos de la comisión de las conductas sancionadas, el hecho de que la empresa denunciante y "víctima" del abuso de posición de dominio por parte de "Telefónica, S.A." (esto es, BT) estuviese o no autorizada a prestar los servicios correspondientes, pues lo decisivo resultaba ser que competía de hecho en el mercado a ellos relativo (fundamento jurídico tercero).

Entendió que la conducta sancionada efectivamente era subsumible en el *artículo 6.2, letras d) y e), de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, pues "Telefónica, S.A.", por un lado, había aplicado en sus relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a su competidora en situación desventajosa, y por otro, había subordinado los contratos con la Asociación a cláusulas como las de exclusividad y vinculación de la voz nacional e internacional que no guardaban relación con el contenido de aquéllos (fundamento jurídico quinto).

Finalmente, sostuvo que el elemento subjetivo de culpabilidad no quedaba desvirtuado por las alegaciones de la compañía recurrente relativas a la complejidad de los hechos, para terminar aceptando la tesis de aquélla en orden a la no concurrencia de la reiteración como circunstancia agravante de su conducta (fundamento jurídico sexto y último).

Cuarto.- Dado que el motivo único del recurso de casación que formula el Abogado del Estado se refiere precisamente a la última parte de la sentencia, por él comenzaremos el análisis de las infracciones de ley imputadas a la Sala de instancia. El motivo, al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, sostiene que dicha Sala vulneró el *artículo 10.2.f) de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, al anular la parte de la resolución sancionadora en que el Tribunal de Defensa de la **Competencia** había apreciado la comisión reiterada por "Telefónica, S.A." de este género de conductas infractoras.

Es oportuno transcribir, en este punto, tanto las afirmaciones del Tribunal de Defensa de la **Competencia** como las de la Sala de instancia en sentido contrario. El organismo administrativo sostuvo lo siguiente:

"En lo referente a la reiteración de las conductas, no es la primera vez que Telefónica, amparándose en su posición de dominio, ha abusado de la misma. En particular, este Tribunal la ha declarado responsable de infracciones contrarias a la legislación de la **competencia** en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público y en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos) en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España S.A., y se impone a Telefónica una multa de 124 millones de pesetas. Esta Resolución ha sido confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional."

Por su parte, la Sala de instancia se basó para anular parcialmente la sanción en el siguiente razonamiento jurídico:

"Hemos de señalar que la reiteración viene referida a conductas prohibidas por la *Ley 16/1989* - pueden ser las comprendidas en el artículo 1, 6 o 7-, y que se trata de "reiteración" no de reincidencia y por ello no es procedente la aplicación de la doctrina sobre la reincidencia. Ahora bien, el requisito de la firmeza de las resoluciones administrativas no aparece recogido en el artículo 10, pero resulta del propio término de "reiteración" utilizado, pues para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme, y en este caso, la conducta objeto del expediente de 1994 no es firme, y la anterior -expediente de 1980-, es muy anterior en el tiempo como para apreciar la reiteración, al no guardar un margen temporal tal, con la conducta sancionada, del que derivar la conexión que justifica la reiteración."

Incidentalmente añadiremos, aunque ninguna relevancia pueda ya tener en casación ya que tampoco la tuvo en la instancia, que en la resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** se hace referencia tan sólo a dos "antecedentes" infractores cuando lo cierto es que, a su vez, la resolución mediante la cual impuso la segunda de las sanciones antes referidas -esto es, la resolución de 1 de febrero de 1995 que sancionó a "Telefónica, S.A." por abuso de posición de dominio al negarse a suministrar líneas telefónicas a "3C Communications de España S.A."- ya apreció también la circunstancia agravante de reiteración. Pues, según consta en la citada resolución de 1 de febrero de 1995 (de la que tuvimos conocimiento en el recurso de casación número 9710/1997) recaída en el expediente número 328/93, incoado contra "Telefónica, S.A.", el Pleno del Tribunal, por resolución de 1 de octubre de 1993, ya había declarado la existencia de otro previo abuso de posición de dominio y multado a aquella compañía con 45 millones de pesetas. Habría, pues, en realidad tres antecedentes infractores y no dos. No es posible ahora, sin embargo, estimar el tercero como elemento adicional para apreciar la reiteración de la conducta pues no figuró como tal en la resolución administrativa.

Sí debemos añadir que la sanción administrativa de 1 de febrero de 1995, incluido su componente agravatorio basado, entre otros, en la reiteración de conductas prohibidas, fue finalmente confirmada por la Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de septiembre de 1997, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 155/1995. Y por nuestra parte, según acabamos de exponer, rechazamos en la de 6 de marzo de 2003 el recurso de casación número 9710 de 1997 entablado por "Telefónica, S.A." contra aquélla. Cierto es que entonces no se planteó frontalmente, como aquí ocurre, la cuestión ahora en debate.

Quinto.- La argumentación del tribunal sentenciador para excluir en este caso el efecto agravante de la reiteración de conductas infractoras previas tiene, junto a elementos sólidos, otros más débiles y alguno paradójico.

En primer lugar, si por reincidencia se entiende en derecho sancionador la comisión repetida y sucesiva en el tiempo de hechos de la misma naturaleza, en el caso de autos constaba que las dos sanciones anteriores lo habían sido precisamente por la comisión de infracciones idénticas, esto es, por abuso de posición de dominio a cargo de "Telefónica, S.A.". Nada impide que el factor agravante empleado por el artículo 10.2.f) de la *Ley 16/1989*, es decir, la "reiteración en las conductas prohibidas", participe, a la vez, de la naturaleza jurídica de la "reincidencia" si se dan las circunstancias para ello. Y así será cuando, tras la sanción inicial, la reiteración en la conducta corresponda precisamente al mismo tipo infractor previsto en la norma aplicable a ambas. Quizá fuese más claro utilizar la expresión que después emplearía el Legislador de 2003 (artículo 187 de la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*) en el sector tributario, esto es, referirse a la "comisión repetida de infracciones" como rúbrica o categoría general, pero incluso en los términos de la *Ley 16/1989* cabe sostener que la expresión de su artículo 10.2.f) permite incluir en él supuestos de reincidencia.

En segundo lugar, no es convincente descartar la eficacia agravante de la conducta que dio lugar a la resolución de 1981 sólo porque "es muy anterior en el tiempo" si no se precisa, a continuación, cuál es el horizonte temporal apto para tomarla en consideración, y a tenor de qué norma precisa - o, al menos, de aplicación analógica- se adopta esta tesis. Ciertamente el paso del tiempo podrá enervar la capacidad agravatoria de la infracción primitiva cuando así se disponga legalmente. De hecho, para el caso de la reincidencia, el artículo 131.3.c) de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, afirma que procede apreciarla cuando la comisión de la (segunda o sucesivas) infracción se produce en "el término de un año".

Eventualmente podría pensarse en la aplicación analógica in melius de otros criterios normativos que, sobre la base de la existencia de antecedentes ya cancelados -o cancelables a causa de la prescripción de las correlativas penas o de otras circunstancias-, impidan apreciar este género de circunstancias agravantes. Pero, insistimos, la mera referencia al "paso del tiempo" sin ulteriores precisiones no es un argumento válido para prescindir de la eficacia agravatoria de una conducta infractora previa.

Por último, no deja de ser paradójico que las sanciones más "recientes" (en este caso, la de 1995) no sean tomadas en consideración a causa de su falta de firmeza, derivada de la interposición de sucesivos recursos cuya tramitación se alarga durante años, y las más "antiguas" tampoco puedan serlo precisamente por su distancia en el tiempo. La segunda de las conductas infractoras apreciadas por el Tribunal de Defensa de la **Competencia** para agravar la sanción objeto de este litigio se remontaba a 1991; la resolución que la sancionó en el expediente correspondiente (350/1994) fue dictada por aquel tribunal el 1 de febrero de 1995; la sentencia de la Audiencia Nacional que la confirmó (recurso contencioso administrativo 155/1995), a la que en el apartado anterior nos hemos referido, se dictó el 24 de septiembre de 1997; y el fallo de esta Sala del Tribunal Supremo desestimando finalmente el recurso de casación número 9710/1997 interpuesto por "Telefónica, S.A." frente a aquélla fue pronunciado el 6 de marzo de 2003. Quiérese decir, pues, que han transcurrido once años entre los hechos sancionados y la "firmeza" -entendida en el sentido de la Sala de instancia- de la sanción y ocho años entre la resolución inicial y la sentencia de esta Sala. Cualquier conducta semejante realizada en este lapso de tiempo queda, en la tesis de la sentencia, sin agravación posible por este título.

Sexto.- Y es que la tesis de la sentencia en relación con la aplicación de la circunstancia agravante no sólo a la resolución administrativa precedente de 1981 -cuya crítica acabamos de exponer- sino a la de 1995 no se compadece con la doctrina jurisprudencial que esta Sala ha fijado finalmente sobre el concepto de "firmeza" de los actos administrativos sancionadores, superando vacilaciones anteriores. Doctrina que, para dotar de certeza y seguridad jurídica al ordenamiento y por mor de la función unificadora en la aplicación de las normas, que corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo, debemos seguir manteniendo.

No es, pues, que la tesis mantenida por el tribunal de instancia deje de tener también un fundamento sólido: de hecho coincide en parte con la sentada por este mismo Tribunal Supremo en una serie de sentencias a las que se refiere la que a continuación transcribiremos. Pero incluso en la fecha en que se dicta el fallo ahora impugnado (8 de mayo de 2002) aquella tesis debía considerarse superada.

En efecto, la doctrina expuesta en la sentencia de 24 de octubre de 2000 al resolver el recurso de casación número 4553/1996 (sentencia citada, en apoyo de la tesis del Abogado del Estado, por la representación de BT en este recurso de casación) y confirmada en la de 11 de marzo de 2003 al resolver el recurso de casación número 541/2001, se pronuncia en estos términos:

"La agravación por reincidencia al castigar una conducta en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no puede apoyarse en hechos sometidos al mismo expediente sancionador sin haber sido objeto de sanción previa, sino que debe referirse a hechos que hayan sido ya sancionados en un procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta, pues sólo cuando el infractor ha visto concretado el reproche de la sanción 'en el caso enjuiciado, mediante la apreciación de dos infracciones anteriores cometidas en el plazo de un año' puede explicarse de modo satisfactorio la agravación impuesta por una posterior reincidencia en la misma conducta, cualquiera que sea el fundamento que se acepte de los propuestos doctrinalmente para dicha agravación (la mayor peligrosidad del autor; la mayor culpabilidad; el fracaso de la prevención singular; la habitualidad o el desprecio del ordenamiento).

[...] Por ello, el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, invocado como infringido, dispone que 'En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: [...] La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme'.

El artículo 131.3.c) de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común se refiere directamente a la graduación de la sanción prevista en la norma con carácter general, pero no cabe duda de que el principio recogido en él, aun cuando no resulta igualmente aplicable cuando la agravación por reincidencia está expresamente prevista en aquélla, tiene, también en estos supuestos, un valor interpretativo innegable.

Pues bien, su aplicación exige determinar si cuando dicho precepto legal utiliza la expresión 'resolución firme' se refiere a la firmeza en vía administrativa o jurisdiccional. La primera concurre cuando el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el potestativo de reposición; la segunda, cuando el acto administrativo ha sido consentido o ha sido confirmado por sentencia judicial firme.

[...] En la jurisprudencia existen vacilaciones en este punto. Algunas sentencias, como las de 12 de marzo de 1990 y 22 de abril de 1992, recurso núm. 5385/1990, declaran que, dejando a un lado el debate doctrinal acerca de la significación de la reincidencia, en nuestro ordenamiento jurídico se configura como una agravante para cuya virtualidad es necesaria, en Derecho Penal, condena anterior por sentencia firme y, en el ámbito jurídico-administrativo, resolución sancionadora firme de la Administración 'parece sobreentenderse que esta firmeza se refiere a la vía jurisdiccional'. Una doctrina similar se refleja en las sentencias de esta Sala de 7 de abril de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 649/1994, 5 de septiembre de 1995, recurso núm. 10023/1991 y 20 de julio de 1993, recurso núm. 8138/1990, las cuales aluden al requisito de la firmeza sin precisar si se trata de firmeza administrativa o jurisdiccional. La primera de ellas, de modo inequívoco, considera que el requisito de la firmeza no concurre por hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora (firme en vía administrativa). Separándose del criterio implícito o explícito en las sentencias citadas, otras sentencias, como las de 13 de julio de 1992, recurso núm. 2654/1989, 2 de junio de 1989 y 23 de junio de 1987, refieren expresa y precisamente el requisito de la firmeza a la vía administrativa.

La aplicación analógica de lo dispuesto respecto de esta agravante en el *artículo 10.15 del Código Penal vigente* en el momento de la comisión de los hechos, y en el artículo 22.8 del vigente en la actualidad, lleva a considerar como presupuesto para la aplicación de la reincidencia el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador (*artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*).

Por otra parte, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común emplea la expresión «firme» refiriéndose preferentemente, cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional (v. gr., artículos 102.4, 108, 115.1 III y 118.1) y sólo en algún caso resulta dudoso este sentido de la expresión (v. gr., art. 132.3).

En el mismo sentido, la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves - como lo es, a estos efectos, el plazo de un año fijado en el citado *artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, pues durante su transcurso resulta difícil que haya podido terminarse el expediente sancionador, agotarse la vía administrativa y tramitarse el recurso contencioso-administrativo en su totalidad, incluidos los recursos de apelación o de casación, en su caso- o cuando se exige la reiteración de más de una de ellas, como ocurre cabalmente en el caso resuelto.

Por ello parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del *artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, y en el que corresponde al caso enjuiciado en este proceso. En estos supuestos bastará, por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio."

Séptimo.- Si este es el criterio aplicable en la interpretación de un precepto como el *artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992*, que exige de modo expreso la previa "firmeza" de las resoluciones sancionadoras como

requisito necesario para que se aprecie la reincidencia, con tanto más motivo ha de servir para la interpretación de otro precepto del mismo rango legal (el tan citado *artículo 10.2.f) de la Ley 16/1989*) que se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la mera "reiteración en las conductas prohibidas" sin mayores precisiones.

La Sala de instancia no interpreta, pues, de modo adecuado este último artículo cuando, tras reconocer que "el requisito de la firmeza de las resoluciones administrativas no aparece recogido en el artículo 10", y afirmar que "para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme", niega esta cualidad a una decisión dictada por el Tribunal de Defensa de la **Competencia** que había puesto fin a la vía administrativa sólo por el hecho de que "la conducta objeto del expediente de 1994 no es firme" (frase que debe entender en el sentido de que la resolución por la que se sanciona la conducta no es firme), esto es, porque se encontraba impugnada jurisdiccionalmente.

Las dos primeras premisas son acertadas pues, en efecto, sólo los hechos que hayan sido sancionados -lógicamente, con anterioridad a la comisión de la nueva infracción- en un procedimiento administrativo resuelto de manera definitiva y ya inobjetable en la propia vía administrativa, pueden servir para apreciar la reiteración como agravante. Pero no lo es la conclusión a la que llega el tribunal de instancia pues basta, a estos efectos, la "firmeza" de aquellas resoluciones en la propia vía administrativa.

La sentencia, pues, ha de ser casada en este punto acogiendo el motivo aducido por el Abogado del Estado.

Octavo.- Por lo que respecta al recurso de casación interpuesto por "Telefónica, S.A.", de sus tres motivos, todos ellos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, el segundo y el tercero se formulan en términos infundados.

En cuanto al segundo, mediante el cual se imputa a la Sala de instancia la "infracción del *artículo 10.1 y 2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*", así como de la jurisprudencia aplicable al Derecho administrativo sancionador", todo su desarrollo argumental se limita a dos frases, amén de la referencia a diversas sentencias. La fundamentación del motivo es la siguiente:

"La sentencia recurrida, dedica el fundamento jurídico sexto a justificar la imposición de la sanción, pero en el mismo no se razona siquiera indiciariamente la menor imputación de culpa o dolo en la actuación de mi representada. Por lo tanto no justificándose, ni razonándose, ni acreditándose la existencia de culpabilidad en la conducta de mi representada, la confirmación de la sanción resulta contraria a lo dispuesto tanto en el *artículo 10.1 y 2 de la LDC*, como en la jurisprudencia aplicable al derecho administrativo sancionador [...]"

La censura es injustificada y sólo se explica por una lectura fragmentada del fundamento jurídico sexto de la sentencia de instancia. En él, y con no poca extensión, la Sala sentenciadora rechaza el alegato de la parte recurrente sobre la inexistencia de culpa o dolo. Los argumentos que le conducen a afirmar la culpabilidad de la acción se reflejan en los siguientes términos:

"En relación a la imposición de la sanción, alega la actora que la misma requiere junto al elemento objetivo el elemento subjetivo, sea dolo o culpa. Ello es cierto, y así ha sido declarado por esta Sala, en cuanto se requiere que en la actuación de la entidad se aprecie esa intencionalidad o negligencia. Así, se razona, que dada la complejidad de la cuestión -en cuanto se niega la existencia de un mercado en concurrencia y la presencia de un competidor-, la conducta no puede ser sancionada. Sería imposible sancionar la conducta si efectivamente la cuestión fuese compleja, pero ocurre, como hemos visto, que las cuestiones jurídicas relativas al mercado en nada afectan a la recurrente, pues no ostenta **competencia** para determinar tales cuestiones y es respecto a ellas a las que viene referida la complejidad. Y tales aspectos de su incapacidad para actuar directamente frente al competidor que se considera ilegítimo -sin perjuicio de utilizar las vías legales-, no podía ser desconocido para la actora pues es algo de público conocimiento. En cuanto que estaba vinculada por unas tarifas que debía aplicar a todos, tampoco podía serle desconocido, y que la aplicación de los precios en la forma en que lo hizo podía causar un perjuicio a su competidor, tampoco podía serle desconocido. La vinculación y la exclusiva pactada, no pudieron serlo de manera casual, ni es admisible la ignorancia de los efectos de tales cláusulas en un mercado en el que se opera de manera permanente".

Podrá discreparse de estas afirmaciones, pero de lo que no cabe duda es que con ellas la Sala "razona" sobre la culpabilidad de la sancionada, en contra de lo que, infundadamente, sostiene ésta en su

segundo motivo de casación.

Noveno.- En el tercer motivo de casación se critica no ya a la Sala de instancia (con la salvedad que a continuación diremos) sino a la propia *Ley 16/1989*, a la que se acusa de no estar "adaptada a los principios constitucionales". La infracción denunciada -"de los *artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución*, así como de la jurisprudencia concordante"- se refiere al *artículo 10 de aquella Ley*, que regula las sanciones en materia de defensa de la **competencia**. Al tribunal sentenciador se le censura haber "confirmado la legalidad del régimen sancionador", esto es, aplicar en realidad la *Ley 16/1989*. Añade la recurrente -que en ningún momento llega a proponer el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad- que la Sala de instancia debía haber inaplicado la referida Ley pues, a su juicio, a ello le obliga el *artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, cuando dispone que los tribunales "no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa".

No son precisas demasiadas consideraciones para afirmar que este desarrollo argumental resulta erróneo. Obviamente el *artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* no permite a los tribunales inaplicar las Leyes, ni siquiera cuando las consideren contrarias a la Constitución, sino meramente las disposiciones sin fuerza de ley. Si aquéllos tienen dudas sobre la adecuación de las Leyes a la Constitución han de plantear la oportuna cuestión al Tribunal Constitucional, planteamiento que, por lo demás, puede ser instado por las partes del proceso.

A partir de esta premisa decae todo el motivo tercero. En otros recursos de casación análogos, planteados por la misma compañía recurrente, la imputación de inconstitucionalidad a la Ley 16/1989 se había formulado adecuadamente, y a ella dimos la oportuna respuesta. Nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de 6 de marzo de 2003, recaída en el ya mencionado recurso de casación número 9710 de 1997, cuyo contenido una vez más reiteramos:

"[...] Sostiene, a continuación, la inconstitucionalidad del *artículo 10 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, criticando la negativa de la Sala de Instancia (fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada, antes transcrito) a plantearla ante el Tribunal Constitucional.

Frente a la remisión que la Sala sentenciadora hacía a las sentencias del Tribunal Constitucional subrayando la posibilidad de "dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa" para establecer la correspondencia entre ilícitos administrativos y sanciones, destaca la recurrente que en el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* no se detallan con claridad suficiente las sanciones a imponer.

Sin embargo, las razones que seguidamente aduce para fundar esta afirmación -y la pretensión del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del *artículo 10 de aquella Ley* - o bien se refieren en realidad a otros preceptos legales o bien no tienen, a nuestro juicio, la suficiente consistencia como para justificar aquel planteamiento.

Se aparta propiamente de lo que debería ser la crítica de inconstitucionalidad al artículo 10 (que, insistimos, se limita a prever el importe máximo de la multa y los criterios para fijarla) cuando censura que las conductas sancionables no se dividan en las categorías "habituales", esto es, que no se haya establecido 'como es típico y habitual, el correspondiente cuadro de infracciones asociadas a las sanciones habitualmente calificadas éstas como leves, graves y muy graves', y añade que los 'tipos sancionadores no se describen con claridad y tipicidad'.

Formulada en estos términos, la crítica parecería dirigirse más bien a los preceptos singulares que describen las conductas prohibidas, esto es, a los *artículos 1, 6 y 7 de la Ley*, sin establecer aquellas subdivisiones. Conductas prohibidas o tipos de infracción (más bien que "tipos sancionadores") que a juicio de esta Sala tienen, por un lado, el suficiente grado de descripción y certeza normativa como para no vulnerar las exigencias constitucionales contenidas en el *artículo 25.1 y, por otro lado*, pueden legítimamente quedar englobados en una única categoría sin que por ello infrinjan precepto constitucional alguno, pues ninguno existe que imponga la división tripartita que parece reclamar la recurrente.

En la medida en que el desarrollo argumental del motivo se centra, acto seguido, en la falta de 'claridad suficiente [de] los criterios aplicables para graduar las sanciones, [...] criterios son absolutamente genéricos e indeterminados, dejando un margen tan sumamente amplio al órgano sancionador que suponen arbitrariedad', el argumento sí tiene ya relación propiamente con el *artículo 10 de la Ley 16/1989*.

Rechazamos el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto legal, en los dos apartados antes transcritos, por considerar que ninguno de ellos vulnera el *artículo 25.1 de la Constitución Española*. Es cierto que las multas previstas en la *Ley 16/1989* lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la **Competencia** un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de 'dosimetría sancionadora' rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la **competencia**, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos 'concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores' incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras.

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el *artículo 10 de la Ley 16/1989*, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (*artículo 10 apartado uno*). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del 'principio de proporcionalidad' en el *artículo 131.2 de la Ley 30/1992*. A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados primero y segundo del *artículo 10* no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la 'importancia' de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la **competencia** por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio *artículo 10*, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la **Competencia** que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso."

Décimo.- En el primer motivo de casación, también deducido al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "Telefónica, S.A." denuncia de modo acumulado la "infracción del *artículo 6.2.d) y e) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, así como del *artículo 86 del Tratado de la CEE* y normativa concordante". Referencias estas dos últimas que, en el caso de la "normativa concordante", resulta inapropiada al rigor exigible en casación, y en el caso del *artículo 86 del Tratado CE* no viene acompañada de ninguna otra argumentación a lo largo del desarrollo del motivo.

Éste se centra, pues, exclusivamente, en la interpretación del *artículo 6.2 de la Ley 16/1989*, que dispone lo siguiente: "1.- Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del territorio nacional. 2.- El abuso podrá consistir en [...] d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros [...] e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos". La ulterior redacción dada al *artículo 6 por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre*, no incide en el caso de autos.

El motivo parte del presupuesto de que la **competencia** sólo puede darse entre operadores legalmente habilitados para operar en un determinado mercado. La Sala de instancia -y antes, el Tribunal de Defensa de la **Competencia** - sostienen, por el contrario, que es posible prescindir de la cualidad de operador legalmente habilitado. Cualidad que consideran no relevante para juzgar sobre el abuso de posición de dominio. De modo que este abuso podría producirse también respecto de los meros operadores de facto. Tesis esta última cuya mejor comprensión requiere transcribir su apoyo argumental.

La Sala de instancia sostuvo, a este respecto, lo siguiente:

"[...] La segunda cuestión en la determinación de la existencia de un posible competidor, es la relativa a la necesaria autorización para el ejercicio de la actividad que nos ocupa en el mercado de telecomunicaciones.

El artículo 21 de la Ley 31/1987, según redacción dada por la Ley 32/1992, determina: 'Los servicios de valor añadido no tendrán la consideración de servicio público y su explotación requerirá previa autorización administrativa. La autorización, salvo resolución expresa se considerará concedida en el plazo de tres desde que se presente la solicitud. En ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo derechos o facultades en contra de lo previsto en el Ordenamiento Jurídico'.

Afirma la recurrente que tal autorización no existió y por ello la codemandada no podía actuar en el mercado, siendo imposible reconocerla como competidora. La codemandada por su parte afirma que obtuvo la licencia por silencio administrativo positivo. Que existió un conflicto jurídico en torno a la concesión de la autorización administrativa es evidente si examinamos la Resolución del Ministerio de Fomento de 6 de febrero de 1998 unida al ramo de prueba. Ahora bien, por las razones que se dirán, este aspecto carece de relevancia en el presente recurso. [sin subrayado en el original]

Efectivamente, la autorización administrativa supone un control previo de la legalidad de la actividad que se pretende realizar. Mediante tal autorización se articula el control de legalidad administrativa en un mercado regulado y en concurrencia. Pues bien, la regulación del mercado se realiza en distintos planos y a cada uno de ellos corresponden diversas facultades fiscalizadoras de la Administración, conectadas con diversos aspectos del interés público, y que pueden consistir en control previo de la legalidad, mediante autorizaciones, control del desarrollo de la legalidad, mediante inspecciones, suministro de datos, etc..., o correctoras en ejercicio de potestades sancionadoras.

En el presente caso, en el mercado que nos ocupa y por lo que ahora interesa, se encuentran implicados dos planos, el primero el control de legalidad para la concurrencia en el mercado de telecomunicaciones, el segundo, la libre **competencia** que ha de desarrollarse en todos los mercados como regla general. Pues bien, cuando un competidor carece de habilitación legal para actuar en el mercado, la reacción ha de venir del órgano administrativo de fiscalización, bien mediante la legalización de la actividad, mediante la adopción de medidas para su cese, bien mediante el ejercicio de potestades disciplinarias. Pero en cuanto un competidor se encuentra actuando en el mercado, sea o no con habilitación, este mercado ha de ser competitivo en relación al mismo, pues no es posible que las empresas actuantes en él, adopten medidas por sí mismas respecto del competidor por muy contraria a Derecho que pueda ser su actuación -sin perjuicio de instar del órgano administrativo competente la adopción de las medidas oportunas-. Y así, la libre **competencia** respecto de ese competidor cuya habilitación se discute, debe ser respetada, pues no es justificación para la transgresión de tales reglas de libre **competencia**, la situación de legalidad o ilegalidad en el mercado -sin contar con que tal situación puede ser legalizada-. De todo ello resulta que efectivamente existía un competidor y que por ello se da el presupuesto previsto en el artículo 6.2 e) de la Ley 16/1989."

La tesis de la Sala de instancia coincide y confirma la del Tribunal de Defensa de la **Competencia**. Éste, en efecto, también había afirmado que "[...] aunque BT careciera de título habilitante, no por ello el mercado en que operaba dejaría de estar abierto a la **competencia**, ni puede negarse que BT compitiera con 'Telefónica, S.A.' y con otros operadores en el mismo, ni excluiría el reconocimiento de que se produjeron conductas abusivas de posición de dominio de 'Telefónica, S.A.'. Por tanto, la discusión sobre el título administrativo necesario para la prestación del servicio y las prácticas anticompetitivas de 'Telefónica, S.A.' son cuestiones independientes e inconexas. De hecho, los abusos de 'Telefónica, S.A.' no guardan ninguna relación, ni dependen ni son comparables en términos de gravedad con una posible interpretación de la necesidad de autorización administrativa para un servicio."

Decimoprimer.- No podemos compartir el criterio de la Sala de instancia en este punto, lo que determinará la estimación del primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por "Telefónica, S.A."

En efecto, no es exigible a los operadores económicos instalados dentro de la legalidad en un determinado mercado (tengan o no la cualidad de dominantes en él) que traten en el mismo plano de igualdad a quienes intervienen, o tratan de intervenir, de modo ilegal en dicho mercado que al resto de operadores legítimos. Acreditada la posición ilegal de uno de aquellos operadores (otra cosa es que en el caso de autos así ocurriera y a ello nos referiremos más adelante) no resulta censurable la reacción del operador económico "legal" negándose a satisfacer las demandas del "ilegal" en solicitud de igualdad de trato respecto de los otros "legales".

No cabe afirmar, pues, que sea irrelevante la situación del "competidor" ni que se trate de cuestiones independientes. Es cierto, como afirma la Sala de instancia, que ante la carencia de la habilitación legal para actuar en el mercado, cuando fuera preceptiva, "la reacción ha de venir del órgano administrativo de fiscalización", pero también lo es que, acreditada aquella carencia, los operadores legalmente establecidos no tienen por qué cumplir respecto del competidor ilegal las normales obligaciones que respecto de los competidores legales sí tienen.

La tesis contraria de la Sala de instancia -que, afirma el tribunal sentenciador, tiene aplicación incluso "por muy contraria a Derecho que pueda ser la actuación del competidor ilegal"- llevaría al absurdo de que los operadores dominantes no podrían negarse a facilitar servicios para conductas reconocidamente delictivas de los "operadores de facto", por poner un ejemplo extremo. No es esta la interpretación que ha de prevalecer del *artículo 6 de la Ley 16/1989*. Por el contrario, este precepto, como toda la *Ley 16/1989*, tiene sentido en cuanto instrumento normativo dirigido a preservar la lícita **competencia** en el funcionamiento regular (sujeto a reglas) de los mercados respectivos. No puede operar en el vacío, desentendiéndose de las exigencias mínimas que imperan en el funcionamiento de éstos últimos.

Ha de prosperar, pues, el motivo de casación de la compañía recurrente ya que la tesis sentada por la Sala de instancia y antes por el Tribunal de Defensa de la **Competencia** -esto es, la irrelevancia de la situación ilegal del competidor a la hora de apreciar el abuso de posición de dominio- interpreta erróneamente el citado *artículo 6 de la Ley 16/1989*. El criterio ajustado a derecho es, por el contrario, que, ante una situación de reconocida ilegalidad del operador de hecho, el operador dominante no está obligado a tratarlo en los mismos términos que le son exigibles para el resto de operadores en situación regular.

Dicho lo cual, inmediatamente es preciso añadir dos matices. El primero, ya anticipado, es que la estimación del referido motivo no implica admitir que en el caso de autos BT en cuanto "víctima" del abuso se encontrase en situación ilegal. El segundo es que el hecho de considerar desacertada la interpretación de la norma legal efectuada por la Sala de instancia no puede entenderse, sensu contrario, como excusa para incurrir en conductas de abuso de posición de dominio respecto de los operadores sobre cuya situación jurídica en un determinado mercado existan meras discrepancias de criterio o simples dudas por parte del dominante.

Decimosegundo.- La estimación tanto del recurso de casación del Abogado del Estado como del primer motivo del interpuesto por "Telefónica, S.A." determina que, casada la sentencia de instancia, esta Sala haya de "resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate" (*artículo 95.2.d) de la vigente Ley Jurisdiccional*). En este punto resulta necesaria una precisión, dado que las conductas sancionadas fueron diferentes y se incardinaron en dos tipos asimismo diferenciados. Por lo que respecta a la infracción del *artículo 6.2 letra e) de la Ley 16/1989*, esto es, al hecho de que "Telefónica, S.A." abusó de su posición de dominio al exigir a la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional, como condición para contratar en los términos antes reseñados, que aceptase determinadas condiciones suplementarias que no guardaban relación con el objeto de los contratos, se trata de una conducta ajena a los problemas que presentaba la posición de BT en cuanto operador habilitado o no.

La Sala de instancia corroboró, respecto de esta infracción, el criterio del Tribunal de Defensa de la **Competencia** que, a su vez, había destacado cómo las cláusulas impuestas, de exclusividad y vinculación de los servicios correspondientes a los circuitos nacionales e internacionales, incurrieran en ella. Pues bien, esta parte de la sentencia -y, antes, de la decisión administrativa- no ha sido debatidamente rebatida por "Telefónica, S.A." y, en consecuencia, debemos confirmar que dicha compañía infringió el *artículo 6.2.e) de la Ley 16/1989* al condicionar su contrato con la AMMI a que ésta se abstuviese de contratar con otra operadora que no fuera la propia "Telefónica, S.A." y al vincular, aunque fuera en documentos independientes pero conexos y conjuntamente concertados, la prestación de servicios internacionales y nacionales.

Decimotercero.- En cuanto a la conducta infractora sancionada a título del *artículo 62.2.d) de la Ley 16/1989 por aplicar a BT "condiciones desiguales para precios equivalentes"* colocando a este operador en desventaja respecto de otros, debemos comenzar por decir que compartimos las afirmaciones de la sentencia de instancia -en este punto sólidamente fundada- en cuanto a la liberalización del mercado de referencia. Expresadas en el apartado A) del fundamento jurídico tercero de aquella, una vez sentada la posición de dominio de "Telefónica, S.A." respecto del servicio de alquiler de circuitos de telecomunicaciones en el territorio nacional, tampoco han sido debidamente rebatidas en casación.

Aunque se tratara de un mercado liberalizado (conclusión a la que llegó el tribunal de instancia por aplicación de los *artículos 20 y 21 de la Ley 31/1987*, de Ordenación de las Telecomunicaciones, según la

redacción dada por *Ley 32/1992*, rechazando que la disposición transitoria primera de esta última Ley se refiriese a la liberalización en sí, sino a la mera reventa de la capacidad de servicio portador, regulada después por el *Real Decreto 1558/1995 de 21 septiembre*, es lo cierto que debían afrontarse acto seguido los problemas relativos a la previa autorización administrativa. Y es en este punto donde la Sala de instancia deja sin resolver -por considerarla irrelevante- la cuestión de si efectivamente debía considerarse a BT competidor legítimo y autorizado en el mercado de referencia, cuestión que hemos de abordar acto seguido no sin antes subrayar que en el escrito de interposición del recurso de casación tampoco se contienen prácticamente referencias a ella.

La modificación de la citada *Ley 31/1987* por la *Ley 32/1992, de 3 de diciembre*, trató de liberalizar el sector en cumplimiento de las exigencias derivadas de la *Directiva 90/388/CEE, de la Comisión*, de 28 de junio, relativa a la **competencia** en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Los servicios de valor añadido se prestaban, a partir de la *Ley 32/1992*, en régimen de libre **competencia** por cualquier persona física o jurídica, sin tener la consideración de servicio público. Su explotación requería la previa autorización administrativa que, salvo resolución expresa, se consideraba concedida transcurridos tres meses desde que se presentara la solicitud (*artículo 21 de la Ley 31/1987* según la nueva redacción).

Entre los servicios liberalizados (esto es, desgajados ya del monopolio de "Telefónica, S.A.") se encontraba el de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios. Dado el "concepto restrictivo del servicio de telefonía vocal sobre el que pueden mantenerse derechos especiales o exclusivos" que la *Directiva 90/388/CEE* establecía, quedaba en efecto excluida del concepto de servicio básico la telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, pues no reunía, lógicamente, la cualidad de servicio que se presta al público en general.

La liberalización de este servicio podía entenderse o bien plena (no requerida de autorización) o bien sujeta a autorización administrativa. Esta última opción fue la adoptada finalmente por el *Real Decreto 1558/1995*, antes citado, que lo reputó "[...] servicio de telecomunicación de valor añadido, de los definidos en el *artículo 20 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones*", y dispuso que "su explotación se realizará conforme a lo dispuesto en el *artículo 21 de la misma Ley*".

Las prescripciones del este Real Decreto no significaban, sin embargo, que hasta 1995 el servicio de autos continuara sujeto al monopolio precedente: pues el juego combinado de la *Ley 32/1992* y de la *Directiva 90/388/CEE* determinaba que, desde la fecha en que ésta debió quedar incorporada al ordenamiento español, cualquier operador tuviese derecho a prestarlo. Incluso si se admitiera que desde dicha fecha de obligada trasposición hasta la aprobación del *Real Decreto 1558/1995* fue preceptiva la autorización administrativa (como, efectivamente, después de dicho decreto lo sería), el régimen jurídico de ésta según la *Ley 32/1992* permitía entenderla concedida por silencio administrativo. Y, dado que BT había pedido la autorización correspondiente el 13 de octubre de 1993 sin obtener respuesta, la autorización se entendía obtenida por silencio en enero de 1994. Sin que quepa alegar en contra de la obtención que atribuía facultades contrarias al ordenamiento jurídico, pues ya hemos dicho que la Directiva obligaba a liberalizar este género de servicios de telecomunicaciones desde la expiración del plazo de transposición (no respetado por el Reino de España). No es que estemos, por lo demás, ante un supuesto de eficacia horizontal, entre particulares, de una directiva no traspuesta, pues la solicitud de autorización iba dirigida a la Administración Pública y se trata, por lo tanto, de relaciones verticales entre el operador que invoca un derecho reconocido por la norma comunitaria y la Administración estatal autorizante.

"Telefónica, S.A." era o debía ser perfectamente consciente de la significación y de las exigencias que el régimen jurídico liberalizado de las telecomunicaciones imponía en la prestación de este tipo de servicios, aunque sólo fuera a partir de la aprobación de la tan citada *Ley 32/1992*. De modo que no podía fundarse en las razones que adujo para tratar a un operador habilitado, como lo era BT, del modo en que lo hizo.

A partir de estas premisas y de la relación de hechos probados que contiene la sentencia de instancia queda suficientemente contrastada la comisión de la segunda infracción apreciada, esto es, la del artículo 6.2. letra d), que venimos analizando.

Decimocuarto.- Una vez que ha quedado acreditada la comisión de las dos infracciones, ha de acometerse la revisión de la multa impuesta. Recordaremos que el monto de ésta quedó justificado, a juicio del Tribunal de Defensa de la **Competencia**, por la aplicación concurrente de varios de los criterios de agravación previstos en el *artículo 10 de la Ley 16/1989*.

Como es bien sabido, dicho precepto permite al Tribunal de Defensa de la **Competencia** imponer a los agentes económicos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el diez por ciento del volumen de

ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior. Sanciones para cuya fijación ha de atenderse a la importancia de la infracción apreciada en función de los seis criterios que fueron utilizados en este caso. La multa fue, a juicio del propio Tribunal de Defensa de la **Competencia** "relativamente reducida en relación con las cifras de ventas de dicha empresa, no sólo a nivel global sino, muy especialmente, en el mercado objeto de la práctica."

En cuanto a la modalidad de la infracción, el Tribunal de Defensa de la **Competencia** sostuvo su postura habitual de considerar al abuso de posición de dominio una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la **competencia** . También tuvo en consideración la dimensión del mercado afectado (servicios de alquiler de circuitos en el mercado español, cuyas cifras reflejaban unos ingresos totales obtenidos por el alquiler de circuitos que habían sido de 73.317 millones de pesetas en 1996) y la cuota del mercado de "Telefónica, S.A." dentro de él. Destacó que la conducta de "Telefónica, S.A." perjudicaba no sólo a BT Telecomunicaciones, que no había podido desarrollar su actividad, sino a otros potenciales prestadores de servicios, además de haber perjudicado el desarrollo tecnológico al retrasar la introducción de tecnología digital. Destacó asimismo que se trataba de una infracción continuada en el tiempo, pues "la duración de la restricción de la **competencia** se extiende desde finales de 1993 a mediados de 1995", y apreció, finalmente, la reiteración de las conductas en los términos que ya hemos reproducido en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia.

No fue discutida en la demanda la aplicación de los demás criterios moduladores de la sanción distintos de la circunstancia agravante de reiteración, sobre la cual ya hemos expuesto las razones que determinan la estimación del recurso del Abogado del Estado. Procedía, pues, apreciarla como factor relevante para fijar el importe de la multa, ante la existencia de antecedentes en las fechas de autos que habían ganado firmeza en la vía administrativa. Acabamos de destacar expresamente cómo el Tribunal de Defensa de la **Competencia** estimó que "[...] la duración de la restricción de la **competencia** se extiende desde finales de 1993 a mediados de 1995", apreciando, por lo tanto, el carácter continuado de la infracción, que se extendió más allá de la fecha (1 de febrero de 1995) en que "Telefónica, S.A." fue sancionada en el expediente sancionador precedente.

Decimoquinto.- Existe, sin embargo, un factor relevante al que no fue ajeno el Tribunal de Defensa de la **Competencia** en la resolución sancionadora. Pues dicho organismo afirmó que "[...] para graduar el alcance de la sanción hay que tener en cuenta la falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado [...]".

A juicio de esta Sala dicho factor, aun cuando no excluye la culpabilidad de "Telefónica, S.A." ni justifica la conducta (le era exigible otra, respetuosa con los derechos del operador concurrente, sin perjuicio de trasladar sus diferencias a una instancia imparcial) atenúa su responsabilidad y debió tener una mayor incidencia en la cuantificación de la multa. Pues, en efecto, relacionado como está, por un lado, con las circunstancias singulares de la regulación del mercado en las fechas de autos y, por otro, con las dudas sobre la legalidad de la situación de BT dentro de él, una y otra circunstancia hacen aconsejable modular el importe de aquélla -ya moderado, de suyo, por el Tribunal de Defensa de la **Competencia** - reduciéndolo a la cifra de trescientos millones de pesetas (unidad monetaria correspondiente a las fechas de autos) tras el análisis de todos los factores concurrentes, también la reiteración en las conductas infractoras.

Decimosexto.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 102.2 de la Ley Jurisdiccional* , cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

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

FALLAMOS

Primero.- Estimar el recurso de casación número 4777/2002 interpuesto por el Abogado del Estado y "Telefónica, S.A." contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso número 193 de 1999 , sentencia que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 193/1999, interpuesto por "Telefónica, S.A.", en el solo extremo de la cuantía de la sanción impuesta, que queda fijada en la cifra de trescientos millones de pesetas (o su equivalente en euros).

Tercero.- Cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-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.