

Id. Cendoj: 28079130032003100093
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: MADRID
Sección: 3
Nº de Resolución: /2003
Fecha de Resolución: 06/03/2003
Nº de Recurso: 9710/1997
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Abuso de posición de dominio. Telefónica y 3C.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil tres.

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 9710/1997 interpuesto por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 1997 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 155/1995; es parte recurrida "3C COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica de España, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 155/1995 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de febrero de 1995 recaída en el expediente sancionador número 350/1994, por abuso de posición de dominio.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 16 de junio de 1995, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que con íntegra estimación del presente recurso contencioso-administrativo, anule, revoque y deje sin efecto alguno la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1-2-1995, dictada en el expediente 350/94, anulando la totalidad de las declaraciones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª contenidas en la Resolución impugnada, con devolución de la garantía constituida por mi parte para garantizar la ejecución de la Resolución impugnada, cuando se acordó la suspensión de ésta".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 16 de noviembre de 1995, 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 del acto administrativo impugnado. Con imposición de costas".

Cuarto.- "3C Communications España, S.A." contestó a la demanda con fecha 9 de febrero de 1996 y suplicó sentencia "desestimando la demanda y declarando la validez del acto administrativo, con expresa imposición de costas".

Quinto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba 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 24 de septiembre de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A. contra el Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 1 de febrero de 1995, descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas".

Sexto.- Con fecha 19 de diciembre de 1997 "Telefónica de España, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 9710/1997 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración de los artículos 40.1, 47 y 48 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 134.1, 110.1.b) y 63.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tercero: A) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración del artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, en relación con el 129.4 de la Ley 30/1992 y su jurisprudencia y el 9.3 de la Constitución, por aplicar indebidamente aquel precepto e infringir los demás. B) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración del artículo 86 del Tratado CEE. C) Al amparo del artículo 91.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración de los artículos 596 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1214, 1216 y 1225 del Código Civil, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución que proclama el principio de presunción de inocencia y el artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se ha vulnerado igualmente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a tales preceptos.

Cuarto: Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración del artículo 10.1 y 2 de la Ley 16/1989, en relación con los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución que impiden la arbitrariedad, y el 54.1 de la Ley 30/1992, referido a la motivación de los actos administrativos.

Quinto: Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por vulneración del artículo 28.5 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre.

Séptimo.- "3C Communications España, S.A." presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de costas a la recurrente.

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

Noveno.- Por providencia de 17 de diciembre de 2002 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 26 de febrero de 2003, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada el día 24 de septiembre de 1997 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimó el recurso número 155/1995 mediante el cual "Telefónica de España, S.A." había impugnado el acuerdo dictado el día 1 febrero 1995 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente sancionador número 350/1994, expediente que había sido incoado por denuncia de "3C Communications España, S.A.".

Mediante dicho acuerdo el Tribunal de Defensa de la Competencia había resuelto:

A) Declarar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida por el art. 6.2, c) de la Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a "3 C Communications España, S.A." de la que es autora "Telefónica de España, S.A." Dicha práctica infringe, además el artículo 86 del Tratado CE.

B) Intimar a "Telefónica de España, S.A." para que en el futuro se abstenga de realizar dicha práctica.

C) Imponer a "Telefónica de España, S.A." una multa de ciento veinticuatro millones de pesetas (124 M. ptas.).

D) Cancelar las medidas cautelares adoptadas por Resolución de 7 noviembre 1994 (expediente MC 8/1994) devolviéndose a "3 C Communications" el aval prestado en cumplimiento de la misma y dejando constancia en dicho expediente de esta devolución una vez que sea firme la presente resolución.

E) Ordenar la publicación, a costa de "Telefónica de España, S.A.", de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado y en los dos diarios de información general de mayor tirada nacional.

Segundo.- La Sala de instancia había reflejado en el segundo de los fundamentos de derecho de su sentencia cuáles eran los hechos "que se encuentran en el origen del presente recurso":

"[...] '3 C' es una empresa dedicada, principalmente, a la oferta de servicios de telecomunicaciones a través de terminales telefónicos instalados en lugares privados o semiprivados. Los servicios de '3 C' se ofrecen en zonas demaniales cuando dichas zonas han sido objeto de una concesión previa en favor de un operador privado. Los servicios se dirigen a una clientela restringida y aceptan tarjetas de débito o crédito

como instrumentos de pago. La actividad de '3 C' requiere que 'Telefónica', empresa que presta servicios finales de telecomunicación en régimen de monopolio, otorgue la concesión de las correspondientes líneas telefónicas a las que conectar sus terminales telefónicos.

'3 C' inició el proceso de solicitud de líneas telefónicas a 'Telefónica' en diciembre de 1990, sin lograr que ésta le concediera una línea hasta agosto de 1991. En el conjunto de las relaciones entre ambas «3 C» realizó un total de 608 peticiones de líneas, y 'Telefónica' las concedió con las demoras que se detallan a continuación: 67 líneas, más de 12 meses; 72 líneas entre 6 y 12 meses; y 113 líneas entre 3 y 6 meses.

'Telefónica' reconoce su negativa a la concesión de líneas a '3 C', pero la justifica con el argumento de que los terminales que esta empresa pretendía utilizar no estaban amparados por el certificado administrativo de homologación adecuado, sino por un certificado concedido para uso distinto.

Con fecha 15 de marzo de 1991, el Subdirector General de la Dirección General de Telecomunicaciones emitió un informe en el que señalaba, entre otras cuestiones, que «5.º) ... dado que '3 C Communications' en ningún caso expresa su intención de utilizar los equipos objeto del presente informe para la prestación de un servicio de telefonía de uso público como tampoco el de cualquier otro servicio de telecomunicaciones tanto sea de prestación en monopolio como de libre concurrencia, sin haber obtenido previamente el título habilitante que corresponde, no puede presuponerse esa finalidad a dicha empresa, por lo que procede autorizar la conexión sin perjuicio de que una vez efectuada ésta, si se detecta su uso para fines distintos de la función de modems de la red telefónica conmutada, que fue para la que obtuviera el correspondiente certificado de aceptación, se puedan iniciar las oportunas acciones inspectoras o sancionadoras bien de oficio o a instancia de parte». Una síntesis de este último párrafo fue comunicada por el Secretario General de la Delegación del Gobierno en Telefónica al Secretario General de 'Telefónica' con fecha 19 de abril de 1991.

El 2 de junio de 1992 el Secretario General de 'Telefónica' dirigió escrito a la Dirección General de Telecomunicaciones, solicitando 'requiera a la empresa '3 C Communications España' para que se inhiba de desarrollar actividades que, de forma fraudulenta, menoscaban el régimen de monopolio que 'Telefónica de España, S.A.' tiene otorgado para la prestación del servicio final y telefónico y, en particular, de la telefonía de uso público; y asimismo tenga a bien revocar el certificado de Aceptación concedido a las terminales Comwik Card Call mediante Resolución de fecha 17 octubre 1990, por estar dirigido esencialmente a funcionalidades diferentes de las amparadas por dicho certificado'."

Tercero.- La misma Sala de instancia resumió en el fundamento jurídico tercero de su sentencia cuáles eran los motivos de impugnación alegados ante ella por la recurrente, haciéndolo en estos términos:

"[...] 1.º) (TE) discrepa del Tribunal de Defensa de la Competencia al estimar que debió declararse probado que '3 C' no tenía certificados de homologación, por lo que no pueden conectarse en ellos las líneas telefónicas de la red pública conmutada; 2.º) discrepa igualmente del Tribunal de Defensa de la Competencia en su apreciación como hecho probado que 'Telefónica' negara el arriendo de líneas y admitiese tal hecho; 3.º) el Tribunal de Defensa de la Competencia no debió admitir las

alegaciones de '3 C' en un momento en que se daba vista a las partes del expediente para solicitar vista y proponer pruebas, ni el escrito de recurso contra el sobreseimiento porque no contenía «la razón de su impugnación»; 4.º) 'Telefónica' no ha cometido la infracción de abuso de posición dominante; 5.º) la sanción es desproporcionada, según lo dispuesto por el art. 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 6.º) el art. 10 de la Ley 16/1989 es inconstitucional."

Omitiendo, en este momento, la respuesta que la Sala sentenciadora dio al tercero de dichos motivos de impugnación (cuestión a la que nos referiremos ulteriormente), consideramos oportuno transcribir el contenido de los fundamentos jurídicos quinto a octavo de la sentencia, en los que la Sala fue sucesiva y razonadamente justificando por qué rechazaba el resto de dichos motivos. Los agruparemos, para mayor claridad, en diferentes epígrafes.

A) En cuanto a la negativa al suministro de servicios:

"[...] La recurrente sostiene que no ha admitido nunca que negara el arriendo de líneas. Del examen del expediente administrativo resulta lo contrario: en las alegaciones que formuló el 16 de marzo de 1994 (folios 1117 a 1126 del expediente) «Telefónica» expone que si el art. 6.1 de la Ley 16/1989 sanciona la negativa injustificada a satisfacer una demanda de compra de productos o de prestación de servicios 'a sensu contrario, la negativa justificada, es decir, sostenida en una razón que la soporte, quedaría al margen de las conductas prohibidas'. A continuación explica pormenorizadamente por qué su negativa está justificada, si bien es cierto que en el expositivo no aparece la expresión 'nuestra negativa' sino 'la negativa'."

B) En cuanto a los certificados de homologación:

"Mayor trascendencia tiene su pretensión de que se declare probado que '3 C' carecía de certificados de homologación, cuestión que por afectar a la esencia de su argumentación principal («Telefónica» no ha cometido la infracción del abuso de posición dominante) debe examinarse en el marco de dicho motivo de impugnación.

[...] Esta Sala estima que la cuestión fundamental a considerar es si 'Telefónica' está o no autorizada a denegar o retrasar por su cuenta el arrendamiento de líneas telefónicas, realizando una especie de examen de idoneidad de los solicitantes. En el supuesto de autos '3 C España' no supera el examen al considerar 'Telefónica' que los terminales que aquélla se propone utilizar, si bien están provistos de un certificado de homologación no pueden ampararse en éste, por estar concedido para finalidades diferentes. Tal examen carecería de trascendencia si no fuera porque 'Telefónica' detenta el monopolio de las líneas telefónicas, y la negativa a proporcionar éstas supone que '3 C España' no puede desarrollar su actividad mercantil.

El Contrato de Estado con 'Telefónica' (Resolución de 14 enero 1992) no concede a 'Telefónica' la potestad de efectuar, respecto de la utilización de las líneas, un examen 'a priori'; por el contrario, se indica que deberá controlar 'a posteriori' que el uso de las líneas no es fraudulento o indebido. En caso de que estimase que se están utilizando de modo indebido o para usos distintos de los programados, se le impone la obligación de informar a la Administración (Ministerio de Obras Públicas y Transporte ahora Ministerio de Fomento) para que en ejercicio de sus potestades, adopte las medidas oportunas a fin de poner fin a tales usos fraudulentos.

Únicamente se ha previsto que 'Telefónica' actúe desconectando la línea cuando la no

adopción de tal medida pueda afectar gravemente al funcionamiento normal y del servicio telefónico o causar graves daños a las redes de telecomunicación. En tal caso deberá dar cuenta a la Administración en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

En esta línea argumental, la Dirección General de Telecomunicaciones, en su informe de 15 de marzo de 1991 (folios 203 a 210 del expediente) insiste en que se autorice la conexión, y sólo si se detecta su uso para otros fines, se puede iniciar una inspección.

La conclusión es evidente y plenamente coincidente con la del Tribunal de Defensa de la Competencia una cosa son las actividades de regulación y control, que en el supuesto de autorización u homologación de los equipos, son competencia de los órganos legalmente previstos al efecto dentro de la Administración, en concreto el Ministerio de Obras Públicas y Transportes; y otra las actividades de suministro de bienes y prestación de servicios, que en el supuesto de autos son desempeñados por 'Telefónica' y '3 C España'.

Respecto la consideración de los servicios litigiosos a la luz de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones y la Ley 32/1992, de 3 diciembre, 'Telefónica' ha mantenido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia que puesto que el art. 20 de la LOT 31/1987, establece que son servicios de valor añadido los que no siendo servicios de difusión, y utilizando como soporte servicios portadores o finales añaden otras facilidades al servicio soporte o satisfacen nuevas necesidades, ha manteniendo decíamos, que las que presta '3 C España' no son servicios de valor añadido, porque únicamente aportan facilidades de pago. Por lo tanto, no se prestarían en régimen de concurrencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia y con él esta Sala, llega a una conclusión distinta: son servicios de valor añadido porque emplean exclusivamente como soporte servicios finales de telefonía, se añaden al servicio facilidades adicionales (el pago con tarjeta de crédito/débito) y se satisfacen nuevas finalidades.

La consecuencia es que el servicio en cuestión no es un servicio de telefonía vocal reservado y debe asegurarse su prestación en régimen de libre competencia."

C) En cuanto a la infracción cometida y sus presupuestos:

"[...] Procede ahora comprobar si 'Telefónica' ostenta una «posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional».

La doctrina y la jurisprudencia han venido considerando que una empresa ostenta una posición de dominio cuando tiene el poder de actuar de modo independiente sin tomar en consideración a sus competidores, suministradores o clientes.

Tal es el caso de 'Telefónica', quien no niega su condición de dominante pero sí el abuso por su parte de tal posición.

La denuncia de '3 C Communications España' de 18 de mayo de 1992, exponía los hechos de forma meridianamente clara: la empresa presta sus servicios en España legalmente, estando debidamente constituida e inscrita en el Registro Mercantil, y con sus terminales debidamente homologadas. Para desarrollar su actividad, consistente en el servicio de pago de comunicaciones telefónicas mediante el uso de tarjetas de crédito/débito, precisa de la conexión de sus terminales a la red pública de

comunicaciones. 'Telefónica', ante la solicitud de líneas que formula '3 C España' ha actuado:

- 1.º) negando las líneas hasta que comprobase la homologación de los equipos;
- 2.º) una vez comprobado, demorando las líneas;
- 3.º) aprovechando los retrasos y demoras descritos para organizar su propia actividad empresarial en ese sector de negocio, mediante la suscripción de contratos con entidades, instituciones y sociedades que controlan áreas que constituyen el mercado principal de los servicios que oferta '3 C España'.

Resulta en consecuencia que se ha acreditado el abuso de su posición de dominio por parte de «Telefónica» no sólo por la negativa inicial a facilitar las conexiones requeridas, sino por la misma actividad de retraso en proporcionarlas cuando: 1.º) sin tales conexiones '3 C' no puede ejercer su actividad mercantil; y 2.º) el retraso es reiterado y no existen razones objetivas que lo notifiquen.

Si bien es cierto que la norma que se reputa infringida, el art. 6 párr. 2 letra c) no contiene la expresión 'retraso' sino únicamente 'negativa', esta Sala considera que tal precepto, además de a la negativa inicial de 'Telefónica' a suministrar líneas puede aplicarse al retraso reiterado, que no es sino una negativa camuflada bajo pretextos.

En todo caso, las actuaciones descritas son contrarias a lo dispuesto en el art. 86 del Tratado CE, cuya aplicación en España corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia en virtud de lo previsto en el art. 1 del Real Decreto 1882/1986, de 29 octubre."

D) En cuanto a la sanción impuesta:

"[...] La actora sostiene la inconstitucionalidad bien del art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia bien de la sanción impuesta a su amparo, por considerarlas contrarias al art. 25 párr. 1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en la sentencia que la propia actora trae a colación indica que del art. 25.1 CE, como consagración de la regla 'nullum crimen 'nulla poena sine lege', 'se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllas y éstas, una correspondencia que, como bien se comprende, puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella'.

En la Ley de Defensa de la Competencia considera esta Sala que se detallan con claridad suficiente las sanciones a imponer y los criterios a aplicar para su graduación, no apreciándose la 'inseguridad jurídica insuperable' exigida por la STC 69/1989, de 20 abril, sin que se haya encomendado por entero al Tribunal de Defensa de la Competencia las sanciones a imponer y su graduación.

No procede por tanto el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

[...] Esta Sala comparte las valoraciones que la resolución impugnada refleja como decisivas para la graduación de la sanción impuesta, dada la gravedad de la infracción, medida en función de la modalidad de la infracción, la dimensión del mercado

afectado, la cuota de mercado de «Telefónica», los efectos de las restricciones a la competencia y la duración de tales efectos así como la reiteración de las conductas prohibidas."

Cuarto.- Mediante el primer motivo de casación, formulado al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley Jurisdiccional, se denuncia la infracción de los artículos 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La crítica de la recurrente censura que la sentencia no haya distinguido con claridad entre antecedentes, hechos y fundamentos de derecho: aquéllos sólo se refieren a cuestiones procesales, no hay un relato de "hechos probados", y los fundamentos jurídicos incorporan cuestiones puramente fácticas, de modo que "no se sabe cuáles son los hechos probados ni los razonamientos jurídicos relevantes". Concluye el recurrente afirmando que "la sentencia no es clara ni precisa" y que "no se conoce cuál es la verdadera razón del pronunciamiento".

Formulado en estos términos, el primer motivo ha de ser rechazado pues su contenido es en parte infundado y en parte erróneo e incluso gratuito. Es infundado en cuanto que no interpreta adecuadamente los dos preceptos legales (el primero de aplicación meramente subsidiaria) cuya infracción alega, ya que:

a) Ningún obstáculo hay para consignar en los antecedentes de las sentencias la secuencia o el desarrollo procesal del litigio hasta su conclusión.

b) Aquellos dos preceptos legales no exigen de modo imperativo que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las sentencias contengan una específica relación de hechos probados.

c) Tampoco supone infracción procesal que alguno o algunos de los fundamentos jurídicos incorporen, como aquí ocurre y es usual, consideraciones específicas sobre los hechos que se entienden relevantes para la resolución del litigio.

Reiteradamente hemos afirmado que la exigencia que contiene el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de consignar en las sentencias un epígrafe específico sobre los hechos probados es aplicable a los órdenes jurisdiccionales cuya legislación procesal propia así lo requiera, lo que no ocurre en éste. La expresión "en su caso" que incorpora aquel artículo alude, precisamente, a las regulaciones procesales singulares, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos artículos impongan preceptivamente que las sentencias contengan un apartado de hechos probados. Ni la anterior ni la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa establecen dicha exigencia procesal.

Por lo demás, la lectura de la sentencia revela de manera inequívoca que la Sala de instancia ha incluido un epígrafe dedicado a los hechos que consideraba relevantes, en cuanto probados, para la resolución final, cuyo texto hemos transcrito.

El motivo resulta, finalmente, gratuito cuando afirma que la sentencia carece de claridad y precisión y que no puede conocerse cuál es la verdadera razón de su pronunciamiento. De nuevo la mera lectura de los fundamentos de derecho que hemos transcrito pone de manifiesto todo lo contrario, y debe destacarse el elogiado esfuerzo de la Sala de instancia por dar respuesta pormenorizada a las alegaciones de la demanda y justificar la decisión sancionadora que la Administración adoptó al reputar que los hechos constituyen la infracción imputada y que la sanción que se

impuso era conforme a derecho.

Quinto.- En el segundo motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, la sociedad recurrente suscita una cuestión de orden formal en relación con el mismo expediente sancionador, cuestión que ya había sido objeto de otro recurso contencioso ante la misma Sala de instancia.

En efecto, denuncia nuevamente que se vulneraron los artículos 40.1, 47 y 48 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 134.1, 110.1.b) y 63.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el hecho de haber dictado el Tribunal de Defensa de la Competencia un acuerdo previo, de 3 junio 1993, en el que disponía que el Servicio de Defensa de la Competencia continuase la instrucción del expediente.

La Sala de instancia, con acierto, rechazó este planteamiento de la demanda en el seno del recurso contencioso-administrativo número 1896/1995 afirmando que todo lo relativo al citado acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 junio 1993 había sido ya sometido a revisión por ella misma en el recurso 1695/1993, fallado por sentencia de 14 mayo de 1997.

Como quiera que dicha sentencia de 14 de mayo de 1997 fue objeto del recurso de casación número 6280/1997, que hemos desestimado recientemente en la nuestra de 23 de febrero de 2003, a esta última hemos de remitirnos, pues rechazamos en ella que la Sala de instancia incurriera en infracción de normas legales al confirmar la adecuación a derecho del tan citado acuerdo administrativo de 3 de junio de 1993.

Aun cuando los preceptos legales no son exactamente los mismos (en el único motivo de aquel recurso de casación se denunciaba la infracción de los artículos 47, 48 y 50 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), sí lo es el planteamiento argumental, que desestimamos en los siguientes términos:

"[...] El argumento que se desarrolla en el motivo es, en síntesis, el siguiente: el recurso interpuesto contra aquel acuerdo de 21 de enero de 1993 se formuló en plazo pero no en forma, pues el escrito presentado a tal fin se limitó a manifestar que se interponía recurso, pero no contenía la expresión de la razón de la impugnación, omitiendo así la exigencia prevista en el artículo 114.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, de aplicación supletoria en el caso de autos (artículo 50 de la Ley 16/1989), cuya exigencia no queda sin efecto por la regulación contenida en los artículos 47 y 48 de esta Ley 16/1989.

[...] El motivo ha de ser desestimado, pues aunque es cierto que la regulación contenida en los artículos 47 y 48 de la Ley 16/1989 no prevé expresamente una formulación del recurso en vía administrativa distinta u opuesta a la prevista en aquel artículo 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que, por tanto, el defecto de forma existió al no expresar el escrito de interposición del recurso la razón de la impugnación, no lo es menos que el segundo de aquellos preceptos, en su número 2, dispone que el recurso se rechazará sin más trámites en el caso de que el Tribunal de Defensa de la Competencia apreciara que ha sido interpuesto fuera de plazo. Disposición esta última de la que cabe deducir, de un lado, que cualquier otra irregularidad en la interposición del recurso, distinta a la del plazo, no autoriza su

rechazo sin más trámites, sino que permite y está abierta a la posibilidad de subsanación, la cual, en el caso de autos, no fue exigida por dicho Tribunal; y, de otro, que esas otras irregularidades, cuando por no ser corregidas por el órgano administrativo se incorporan o trascienden a su propia actuación, deben ser tratadas bajo el criterio expresado en el artículo 48.2 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo, esto es, bajo el criterio de que los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, lo cual no ocurrió en el caso de autos, pues el Tribunal de Defensa de la Competencia, una vez que el recurrente ante él manifestó las alegaciones en las que decía que descansaba su recurso (contenidas a los folios 16 a 35 del expediente administrativo), abrió un nuevo plazo de alegaciones para 'que los denunciados puedan tomar vista de lo alegado por el recurrente con el fin de hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y que el Servicio conozca el contenido de las alegaciones del recurrente para que pueda emitir el informe preceptivo del artículo 48.1 de la Ley 16/1989' (folios 42 a 45 del expediente), del que hicieron uso, en efecto, tanto el Director General de Defensa de la Competencia (folios 55 y 56), como la mercantil actora y ahora recurrente en casación (folios 70 a 78). Por tanto, ni la irregularidad impidió que la actuación administrativa alcanzara el fin que le era propio, ni dio lugar a la indefensión de los interesados."

Sexto.- En el tercer motivo de casación se acumulan, de modo no demasiado ortodoxo procesalmente hablando, tres series de supuestas infracciones del ordenamiento jurídico, todas ellas denunciadas al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional.

La primera se refiere a la supuesta vulneración del artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, en relación con el 129.4 de la Ley 30/1992 y el 9.3 de la Constitución, por aplicar indebidamente aquel precepto e infringir los demás. A juicio de la recurrente, en síntesis, la Sala de Instancia ha extendido analógicamente el tipo sancionador a conductas distintas de las que comprende; donde aquél habla de "negativa", la Sala habría incluido el "retraso". Con ello habría infringido no sólo el precepto legal que incorpora el tipo sancionador (artículo 6.2.c de la Ley 16/1989) sino también el que, de modo general, dispone que las normas definidoras de las infracciones administrativas no serán susceptibles de aplicación analógica (artículo 129.4 de la Ley 30/1992) y el que consagra el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

El motivo parte de un presupuesto erróneo al no advertir que la Sala de instancia consideró probada la negativa injustificada, por parte de "Telefónica de España, S.A.", a satisfacer la demanda de líneas que le solicitaba "3C Communications de España, S.A.". Negativa que, afirma la Sala, se produjo tanto de modo expreso como mediante sucesivos retrasos reiterados que no eran "sino una negativa camuflada bajo pretextos".

El artículo 6 de la Ley, bajo la rúbrica "abuso de posición dominante", enuncia en su apartado primero qué se entiende por esta figura, para especificar en el apartado segundo algunas modalidades de él. Concretamente, afirma la letra c) del apartado segundo, el abuso podrá consistir, "en particular, [...] en la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios."

No constituiría aplicación analógica de la norma considerar que incurre en dicha infracción quien, ostentando una situación de dominio del mercado, emplea una serie

de retrasos sucesivos e injustificados para no satisfacer las legítimas demandas de otros operadores económicos. En la medida en que dichos retrasos injustificados tienen el mismo resultado que una negativa expresa, si el Tribunal de Defensa de la Competencia primero y el órgano jurisdiccional revisor, después, llegan a la convicción, como aquí ocurre, de que las circunstancias concurrentes ponen de manifiesto que se trata de meros subterfugios para encubrir lo que realmente se pretende y se consigue, esto es, negar el suministro de productos o servicios a otras empresas en detrimento de eventuales competidores, la lógica jurídica -y no la aplicación analógica- permite calificar semejante conducta de "negativa injustificada".

Pero es que en el supuesto de autos ni siquiera sería necesario acudir a este razonamiento ante la claridad de las conductas que la Sala sentenciadora considera acreditadas, y que consistieron precisamente en la negativa de "Telefónica de España, S.A." a facilitar el suministro de líneas. Negativa existió, pues, al margen de que fuera injustificada o no (cuestión a la que después nos referiremos), por lo que carece de sentido censurar a la Sala de instancia que lleve a cabo una aplicación analógica que simplemente no ha hecho.

Séptimo.- En la segunda parte de este tercer motivo la vulneración que se denuncia es la del artículo 86 del Tratado CE. Afirma la recurrente que en dicho precepto "[...] en ningún caso se considera como práctica abusiva la negativa injustificada al suministro de bienes y servicios" y que dicho artículo no contiene precepto equivalente al artículo 6.2.C) de la Ley española de Defensa de la Competencia, pues los cuatro apartados del artículo 86 del Tratado se corresponden con los apartados a) d) y e) del artículo 6.2 de aquélla, "pero falta, justamente, el equivalente al apartado c)". Añade que no se extiende "más en este punto al no considerarlo necesario dada la claridad de lo expuesto".

Para rechazar el motivo quizá bastaría con acudir a otro pasaje del escrito de interposición del recurso de casación en el que la propia compañía recurrente se refiere a resoluciones de instituciones comunitarias recaídas en aplicación del artículo 86 del Tratado CE. Concretamente, afirma el defensor de Telefónica que "para que exista abuso de posición dominante, debemos recordar que se precisa, de acuerdo con la Resolución de la Comisión Europea (Asunto Polaroid/SSI Europa) de 1984 [sic] que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido y también sería así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior." Es, pues, el propio recurrente quien en un pasaje de su escrito desautoriza la interpretación que él mismo propugna en otro.

El motivo, en efecto, debe ser rechazado. En primer lugar, porque las prácticas abusivas a las que se refiere de modo nominal el segundo párrafo del artículo 86 (actual 82) del tratado CE se citan a título ejemplificativo, no exhaustivo. En segundo lugar, porque bajo la rúbrica de explotación abusiva de una posición dominante en el mercado las instituciones comunitarias engloban con naturalidad la negativa injustificada de que estamos tratando, según ya hemos visto que admite el propio actor. En tercer y último lugar, porque el legislador español podría, en todo caso, reputar como conductas prohibidas otras que no coincidan exactamente con las descritas en el tan repetido artículo 86, habida cuenta de que éste se refiere tan sólo a la prohibición de las prácticas abusivas en la medida en que pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

Octavo.- En la tercera parte de este mismo motivo se denuncia la vulneración de los

artículos 596 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1214, 1216 y 1225 del Código Civil, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución (presunción de inocencia), pues la recurrente considera que la Sala de instancia no ha apreciado debidamente los elementos de prueba que obraban en el expediente sancionador y en los autos. Añade, a estos mismos efectos, que se ha vulnerado también el artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que precisamente dispone que se ha de respetar la presunción de no existencia de culpabilidad en los procedimientos administrativos sancionadores, mientras no se demuestre lo contrario.

Como es lógico, la cita de los preceptos relativos a la presunción de inocencia queda carente de sustrato a partir del momento en que la Sala de instancia ha considerado que hubo suficiente prueba en contrario, lo que desplaza todo el motivo a la aplicación de los artículos reguladores de la apreciación de la prueba.

A estos efectos, la recurrente comienza por manifestar que "es consciente que dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y su finalidad, no es posible volver a valorar los hechos, debiendo ser respetada la valoración efectuada por el Tribunal de Instancia". Añade, sin embargo, que esta vinculación subsiste "salvo que, como en el caso que aquí se da, la decisión valorativa de los hechos por parte del Tribunal de Instancia haya sido arbitraria y manifiestamente contraria al buen sentido."

A partir de estas premisas, que no hay inconveniente en compartir, el resto del planteamiento argumental se desvía de dicha línea y vuelve a plantear, como si de la instancia se tratara, las cuestiones referentes a la existencia de la negativa al suministro de líneas, a veces rechazando ésta, a veces admitiendo que se produjo pero que estaba justificada.

El tercer motivo será rechazado también en esta última parte. Había suficientes elementos de prueba para destruir la presunción de inocencia y la apreciación que de ellos hizo la Sala de instancia ni era irracional ni arbitraria, sino acorde y respetuosa con las exigencias de la lógica jurídica. Bastaba con examinar, por ejemplo, el contenido del escrito que la compañía recurrente dirigió al Tribunal de Defensa de la Competencia el 19 de mayo de 1993 (folios 669 y siguientes del expediente) para corroborar que el propio Secretario General reconocía expresamente que de "Telefónica de España, S.A." había negado a "3C Communications de España, S.A." la conexión a la Red Telefónica, alegando que se trataba de unos terminales "que carecen de título habilitante que les habilite para el uso al que van a ser destinados".

El problema, pues, no era tanto el de fijar los hechos (la negativa en sí misma) como el de considerar fundado o infundado el rechazo, lo que se traducía en consideraciones de orden jurídico sobre el carácter de los servicios en litigio y la fundamentación de las razones aducidas por "Telefónica de España, S.A." para basar aquél. Y a este respecto las minuciosas consideraciones de la Sala de instancia sobre la naturaleza de dichos servicios litigiosos según el artículo 20 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (afirmando que se trataba de servicios de valor añadido puesto que utilizaban como soporte servicios portadores o finales y añadían otras facilidades al servicio soporte o satisfacían nuevas necesidades), y su inclusión dentro de los que habían de prestarse en régimen de concurrencia, dichas consideraciones, decimos, no han sido desvirtuadas por la recurrente, que no invoca siquiera la vulneración de aquel precepto legal.

Tampoco se combaten adecuadamente los argumentos de la Sala de instancia sobre

los certificados de homologación de los terminales, la inviabilidad de su control a priori por parte de "Telefónica de España, S.A." y el contenido del informe de la Dirección General de Telecomunicaciones de 15 de marzo de 1991, argumentos de cuya aplicación al caso de autos dedujo la Sala que la negativa se amparaba no tanto en un motivo sino en un pretexto.

Noveno. En el cuarto motivo de casación se acumulan, de nuevo incorrectamente, tres cuestiones heterogéneas. Por un lado, la supuesta vulneración del artículo 10, apartados 1 y 2, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por otro, en relación con los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, la posible inconstitucionalidad de aquel precepto legal. Finalmente, la supuesta infracción del artículo 54.1 de la Ley 30/1992, referido a la motivación de los actos administrativos.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 permite al Tribunal de Defensa de la Competencia imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal (apartado primero).

Para graduar la cuantía de estas sanciones pecuniarias, el apartado segundo del mismo artículo dispone que se ha de atender a "la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."

En la primera parte de este cuarto motivo afirma la recurrente que existe vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia porque, como "en el motivo tercero ya se puso de relieve que no ha existido conducta de abuso de posición dominante, al no existir negativa injustificada, [...] no cabe aplicar el precepto y por ello la sentencia es contraria a derecho". En la medida en que se remite al tercer motivo de casación, que ya hemos desestimado, debe correr la misma suerte que éste.

Décimo.- 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 la 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.

Undécimo.- Esta es, precisamente, la cuestión a la que se refiere la última parte del tercer motivo de casación, en la que "Telefónica de España, S.A." denuncia la supuesta arbitrariedad y falta de motivación de la multa impuesta. En concreto, cita a estos efectos como normas infringidas tanto el artículo 9.3 de la Constitución (para la arbitrariedad) cuanto el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 (para la motivación de los actos administrativos).

Ya hemos consignado que la Sala de instancia afirmó, ante estas mismas alegaciones cuando fueron formuladas en la instancia, que "compartía" la apreciación que el Tribunal de Defensa de la Competencia había hecho de los factores decisivos para la graduación de la sanción impuesta. Se refería, concretamente, a la gravedad de la infracción, medida en función de su modalidad, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de "Telefónica de España, S.A.", los efectos de las restricciones a la competencia y la duración de tales efectos así como la reiteración de las conductas prohibidas.

Quizá en este punto la Sala de instancia debió ser más explícita, pero el hecho es que la aceptación expresa de aquella apreciación supone tanto como incorporar a la propia sentencia, por remisión, el contenido del acuerdo sancionador. Y lo menos que se puede decir al respecto es que dicho acuerdo, en el extremo que toca a la graduación de la sanción, no podía ser calificado de arbitrario ni, por supuesto, de inmotivado.

Dedicaba, por el contrario, el Tribunal de Defensa de la Competencia al apartado

"Cuantía de la sanción" las siguientes partes de su extensa resolución:

"La cuantía de la sanción debe graduarse en función de las circunstancias de la violación y de la gravedad de la infracción y ésta, a su vez, debe efectuarse tomando en cuenta, en particular, la naturaleza de las restricciones a la competencia. Tal criterio ha sido utilizado por el Tribunal de 1.^a Instancia de las Comunidades Europeas y se contiene, por ejemplo, en la S. 14 julio 1994, As T-77/1992, Parker Pend Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas. Según el art. 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia la cuantía de la sanción debe ser fijada atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente: a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia; y f) la reiteración de las conductas prohibidas. A continuación se analizan dichas cuestiones:

a) Modalidad de la infracción

El abuso de posición de dominio ha sido considerado por este Tribunal como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia (Resolución del día 29 julio 1993, Cofradía de Pescadores de Cariño) de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contenida, entre otras, en las Sentencias del día 14 febrero 1978, United Brands; 13 febrero 1979, Hoffman Laroche y 14 mayo 1988, Bodson/Pompas Fúnebres de las Regiones Liberadas.

Además, la modalidad de la infracción realizada por «Telefónica» reviste, según el Tribunal de Defensa de la Competencia una gravedad especial por cuanto concurren en la misma la figura de un monopolio legal que, al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo, lo extiende a un mercado distinto pero conexo y cierra el mercado a un competidor perjudicándole al limitar a aquél su capacidad de expansión perjudicando, además, a los usuarios del servicio los cuales, ante la inexistencia de dicho servicio, deben hacer frente a mayores costes y dificultades (comisiones por cambio de moneda, pérdidas de tiempo para realizar una llamada telefónica, p.e.) para satisfacer sus necesidades de comunicación telefónica.

Y la infracción es particularmente grave por cuanto el monopolio legal reviste una excepcionalidad -que exige una reserva de Ley- justificable, exclusivamente, en aras del interés general al que debe subordinarse en cualquier caso. Y es justamente el interés general lo que ha sido desviado por «Telefónica», en beneficio de sí misma y en perjuicio de «3C». Pero los efectos de la conducta de «Telefónica» tienen un alcance aún superior al haber limitado el desarrollo de los servicios telefónicos de valor añadido en España, afectando negativamente a otras empresas e impidiendo la expansión de «una de las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de las actividades económicas y de un mercado competitivo ... tanto desde el punto de vista de los consumidores como de los usuarios», según reza la citada Directiva 90/388/CEE.

Y la gravedad de la infracción no resulta suavizada por el hecho de que, según «3C», «Telefónica» no haya sido «capaz de explotar con provecho su abuso de posición dominante ...» (escrito del día 5 de diciembre de 1994). Esta es una cuestión que afecta sólo a «Telefónica». En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley de

Defensa de la Competencia se declara taxativamente que «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad, constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante fase en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa». Y ha sido justamente el ejercicio de dicha libertad esencial lo que ha resultado coartado por la conducta extralimitada e injustificada de «Telefónica» que, en ningún caso, estaba autorizada a retrasar o denegar la concesión de líneas a «3C».

Para enjuiciar debidamente la relevancia de cuanto se discute debe subrayarse que la presencia de «3C» en el mercado español suponía abrir los mercados de los servicios de valor añadido en el sector de las telecomunicaciones por primera vez. Solamente gracias a las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia «Telefónica» ha cesado en su actividad restrictiva de la competencia y «3C» ha podido actuar en el mercado sin otras limitaciones que la derivadas de la propia dimensión del mercado. La conducta de «Telefónica» en este caso concreto ha afectado sin duda a las decisiones de otros operadores económicos en otros mercados de servicios de valor añadido desmonopolizados.

b) Dimensión del mercado afectado

El mercado de producto relevante es el mercado de los servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito. Inicialmente sólo «3C» proporcionaba tales servicios. La competidora más próxima era, pues, «Telefónica». «Telefónica» no lanzó sus servicios telefónicos con posibilidad de pago mediante tarjeta de crédito o débito hasta 18 meses después de «3C». Y «Telefónica» aprovechó el período de tiempo durante el cual limitó la expansión de «3C» para facilitar la penetración y extensión de la actividad de su empresa filial en el mismo mercado que restringió para «3C».

El mercado geográfico relevante es el mercado español. Esto es así por dos motivos: en primer lugar, por la imposibilidad de que los usuarios en España puedan emplear servicios no españoles. En segundo lugar, por la especificidad de la legislación española sobre telecomunicaciones. Además, a efectos de la pertinente aplicación de la legislación comunitaria entiende este Tribunal que el mercado español constituye una parte relevante del mercado comunitario, de acuerdo con lo manifestado en el fundamento de derecho núm. 10. Semejantes argumentos se reproducen en la citada Directiva 88/301/CEE.

De las cifras que obran en el expediente se deducen distintas estimaciones del mercado relevante en el caso de que no hubiera habido restricción en la concesión de líneas a «3C» por parte de «Telefónica». Es necesario, pues, estimar objetivamente una cifra. Y el mejor procedimiento es tomar en consideración lo ocurrido en otros países como punto de referencia.

A finales del año 1993, «3C» contaba con 605 terminales. Probablemente dicha cifra hubiera sido superior en ausencia de las restricciones impuestas por «Telefónica». La actividad de «Telefónica» desaceleró la actividad de «3C» directamente, e indirectamente por el efecto disuasorio sobre los clientes potenciales de «3C». Declara «3C» que, de no haber existido restricción alguna, dispondría de 1.985 terminales frente a los 628 terminales instalados en el mes de septiembre de 1994. Y, según «3C», su cifra de ventas se hubiera acercado a los 1.500 millones de pesetas en lugar de alcanzar los 148 millones de pesetas de ingresos netos. Tales cifras no han sido contestadas por «Telefónica». Y la conducta de «Telefónica», como se ha

señalado, también ha contribuido a imponer barreras a la entrada en los mercados relacionados con otros servicios de valor añadido. De no haber sido así, cabe pensar que en la actualidad habría más operadores y más servicios ofrecidos a los ciudadanos en un mercado progresivamente desmonopolizado y ampliado por las nuevas tecnologías.

Los datos obrantes en el expediente permiten estimar los resultados de «3C» de acuerdo con la conducta media de 9 países, a saber: Suecia, Noruega, Dinamarca, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Francia y Alemania.

De acuerdo con dichas estimaciones «3C» contraría con 1.282 terminales y unos ingresos anuales por línea de 558.537 ptas. En cualquier caso, las estimaciones resultantes son inferiores a las ofrecidas por «3C» que no fueron discutidas en ningún momento por «Telefónica». En consecuencia, los ingresos totales de «3C» en España habrían alcanzado los 716 millones de pesetas y la magnitud del mercado relevante (inferior al mercado realmente afectado), considerando los ingresos de «Telefónica», sería de 827,6 millones de pesetas.

c) Cuota de mercado

La cuota de mercado -directa o indirecta- de «Telefónica», estimada en unidades físicas, es, como mínimo, del 98%. En efecto, según se desprende de la información recabada y suministrada por las empresas, de las 32.297 unidades que según «Telefónica» admiten tarjetas de crédito o débito al cierre del ejercicio de 1993, «3C» administraba 605 terminales.

La estimación de la cuota actual de mercado en unidades monetarias adquiere mayor complejidad. «Telefónica» alega que sus ingresos en el mercado analizado ascendieron a 111,6 millones de pesetas, cifra que corresponde a 9,5 ptas./teléfono/día. Por su parte, «3C» ha manifestado unos ingresos netos de 147 millones de pesetas, lo que supone unos ingresos netos de 669,0 ptas./teléfono/día. Atendiendo a los datos monetarios suministrados que obran en el expediente, «Telefónica» tendría una cuota de mercado del 43,1%.

La interpretación de los datos es elocuente. En efecto, cabe interpretar que es justamente la diferencia de los resultados lo que explica el interés de «Telefónica» por impedir/dificultar la presencia en el mercado de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito prestados por una empresa competidora. La presencia de «3C» en el mercado se ha visto reducida de forma significativa por la conducta del monopolio legal, mediante de una conducta no amparada legalmente. Y la conducta de «Telefónica» no ha sido la que debe corresponder y debe exigirse a una empresa entre cuyas obligaciones figura la cobertura de la demanda de un servicio público.

d) Efectos de la restricción de la competencia

«3C» manifestó a «Telefónica» sus deseos de iniciar su actividad antes de que «Telefónica» operara en el mercado de la telefonía con pago mediante tarjeta de crédito o débito. La conducta de «Telefónica» ha conllevado limitaciones a la actividad mercantil de «3C». Los daños reales estimados de la conducta de «Telefónica» han sido importantes. En efecto, la conducta de «Telefónica» ha perjudicado tanto a «3C» como a los usuarios del servicio de «3C». También ha perjudicado a los potenciales suministradores y usuarios de otros servicios de valor añadido. El daño ha sido

elevado al no tener «3C» -y el resto de operadores potenciales- opción a recurrir a un operador distinto de «Telefónica» para conseguir líneas. Además, ha perjudicado al desarrollo tecnológico al impedir o dificultar la implantación y extensión de sistemas modernos de comunicación telefónica superiores de los sistemas tradicionales de acuerdo con lo señalado por la citada Directiva 90/388/CEE. El interés general, bien superior que debe ser defendido por el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resultado afectado negativamente y de forma significativa y reiterada en beneficio de una empresa que ostenta un monopolio legal y que al amparo del mismo se ha excedido en sus atribuciones en perjuicio de un amplio colectivo de ciudadanos y empresas.

e) Duración de la restricción de la competencia

La competencia ha resultado restringida, al menos, durante dieciocho meses. Durante dicho período «Telefónica» se preparó para entrar en un mercado que resultaba restringido por la propia conducta de «Telefónica».

f) Reiteración de las conductas prohibidas

Además, y no menos importante, no es la primera vez que «Telefónica», amparándose en su posición de dominio, ha abusado de la misma. En consecuencia, tampoco es la primera ocasión que este Tribunal debe entender sobre asuntos relacionados con «Telefónica». A continuación se señalan dos resoluciones del Tribunal en las que «Telefónica» ha sido declarada responsable de una infracción contraria a la legislación de la competencia.[...]"

Finalmente, analizó el Tribunal de Defensa de la Competencia la adecuación de la sanción económica a los límites impuestos por el art. 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en los siguientes términos:

"El apartado 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia dice que «el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas ... que deliberadamente o por negligencia infrinjan los arts. 1, 6 y 7 o dejen de cumplir una condición de obligación prevista en el artículo 4.2 multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Procede ahora examinar si la sanción de 124 millones de pesetas queda incluida en lo dispuesto en el citado artículo. Dado que los ingresos de «Telefónica» alcanzan, en el ejercicio 1993, la cantidad de 1.220.084 millones de pesetas, la cuantía de la sanción encaja sobradamente en los límites establecidos por la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, la sanción impuesta supone un 0,0102% de la cifra de ventas de «Telefónica»."

La mera lectura de esta parte de la resolución despeja, sin más, la censura de falta de motivación del acuerdo sancionador. Y también sirve para rechazar que éste, al imponer la multa en la cuantía en que lo ha hecho, pueda calificarse de arbitrario. Ningún argumento válido aduce la recurrente para justificar que pueda tacharse de arbitraria una sanción que, además de respetar los límites legales, se impone tras ponderar de modo individualizado, en los términos que hemos reflejado, la incidencia que cada uno de los factores legalmente aplicable tiene en el caso de autos.

Duodécimo.- En su quinto y último motivo de casación afirma la recurrente que la Sala

de instancia ha vulnerado el artículo 28.5 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Dispone dicho precepto (el cual, frente a lo manifestado por la recurrente, no resultó afectado por la reforma de la Ley 31/1987 llevada a cabo por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre) que corresponde al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones la elaboración y propuesta de aprobación de los Reglamentos Técnicos y de Prestación de los diferentes servicios.

A juicio de "Telefónica de España, S.A.", ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Sala sentenciadora podían "calificar algo que sólo corresponde calificar a la Administración", refiriéndose a los servicios de valor añadido. Sostiene que "sólo la aprobación del correspondiente Reglamento puede determinar con exactitud el régimen jurídico aplicable".

El motivo ha de ser desestimado por dos razones. La primera porque, habiendo definido la propia Ley 31/1987 en qué consistían cada uno de los servicios de telecomunicación (servicios portadores, servicios finales de telecomunicación, servicios de valor añadido, servicios de difusión), no se entiende por qué estaría excluida la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia que, a la postre, es también Administración o, a fortiori, los órganos jurisdiccionales, dejaran de apreciar si un determinado servicio -concretamente, el que pretendía prestar "3C Communications de España, S.A."- podía incluirse en alguna de aquellas categorías jurídicas. La aprobación de los reglamentos técnicos y de prestación de los diferentes servicios no añade nada en sí misma a la conceptualización jurídica de éstos, que ya consta en la Ley 31/1987: se limita tan sólo a desarrollar aspectos técnicos sobre la base (obligada, por razón del principio de jerarquía normativa) del contenido material de lo dispuesto por la Ley.

La segunda razón es que no habiendo alegado la recurrente que la interpretación que la Sala ha hecho del artículo 20 de la Ley 31/1987 sea incorrecta (nos remitimos a lo expuesto en la parte final del fundamento jurídico octavo de esta sentencia), debe partirse de la premisa, no recurrida, de que los pretendidos por "3C Communications de España, S.A." entraban en la categoría de servicios de valor añadido sujetos a un régimen de libre concurrencia.

Decimotercero.- Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 102.3 de la precedente 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 9710 de 1997, interpuesto por "Telefónica de España, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 1997, recaída en el recurso número 155/1995. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Segundo Menéndez.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Fernando Cid.- 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.