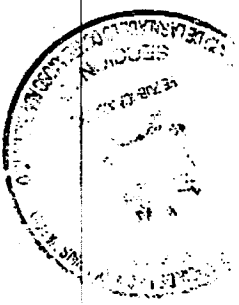


Ru San



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 408/2010

DE Ordinario

SENTENCIA NUMERO 73/2012

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

En BILBAO (BIZKAIA), a seis de febrero de dos mil doce.

La Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 408/2010 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 11-2-02 DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LA QUE SE DECLARA QUE HA INCURRIDO EN ABUSO DE PODER DOMINANTE PROHIBIDO EN EL ART. 2 LEY 15/2007 DE DEFENSA CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN DE UNA TARIFICACIÓN DISCRIMINATORIA A LAS LLAMADAS DE SUS CLIENTES CON DESTINO EN LA RED EUSKALTEL E IMPONER UNA MULTA. EXP 12/2009 TELEFÓNICA. \$.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., representada por el Procurador D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO y dirigida por el Letrado D. PABLO DE CARVAJAL GONZÁLEZ

- **DEMANDADA:** TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, representado y dirigido por LETRADO DEL GOBIERNO VASCO.

- **OTRO DEMANDADO:** FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., representada por el Procurador D. ALBERTO ARENAZA ARTABE y dirigida por la Letrada D^a. ANA DEL AMO CASTELLÓ.

Ha sido Magistrada Ponente la Il^{ta}. Sra. D^{ña}. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12-04-10 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO, actuando en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo dictado el 11 de febrero de 2010 por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia mediante el que se sanciona a la recurrente por haber abusado de su posición de dominio en el mercado (expediente 12-2009 Telefónica); quedando registrado dicho recurso con el número 408/2010.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se acuerde la estimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- En los escritos de contestación presentados por las demandadas, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime en su totalidad el recurso interpuesto por la demandante.

CUARTO.- Por auto de 24-03-11 se fijó como cuantía del presente recurso la de 2.398.297.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 30.01.12 se señaló el pasado día 2.02.12 para la votación y fallo del presente recurso .

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el Acuerdo dictado el 11 de febrero de 2010 por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia mediante el que se sanciona a la recurrente por haber abusado de su posición de dominio en el mercado (expediente 12-2009 Telefónica).

Las posiciones de las partes así como sus argumentos jurídicos, coinciden con los examinados por esta Sala en la Sentencia nº 761/2011 de 14 de noviembre, dictada en el RCA 412/2010, debiendo por tanto, y en aras del principio de unidad de doctrina como manifestación del de igualdad en la aplicación de la ley, reiterar los argumentos que de manera razonada expusimos en dicha sentencia:

SEGUNDO.- *Los hechos pueden sistematizarse del siguiente modo -se deducen de los admitidos por las partes, de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (CNMT en adelante) aportadas o citadas en el expediente y publicadas en la página web de este órgano, y de los documentos aportados a los autos y relativos a las compañías interesadas en el expediente-*

Euskaltel estaba vinculada mediante un contrato con la operadora de telefonía móvil que giraba bajo el nombre comercial de Orange. Los términos exactos del contrato se ignoran pero podemos inferirlos a través de la resolución que la CNMT que resuelve el conflicto que entre ambas acaece y al que después aludiremos y a través del hecho de que aún Euskaltel no estaba autorizada como operadora de telefonía móvil. Conforme a la mencionada resolución los clientes que recibían servicio telefónico por Orange y que Euskaltel había captado podían optar, tras finalizar el negocio entre ambas, bien por una bien por otra compañía. Todo ello implica que los clientes no formaban parte del fondo de comercio de una u otra sino de ambas.

Esta resolución contractual se origina a raíz de la obtención por Euskaltel de la autorización como operador de telefonía móvil virtual, esto es, que carece de red propia, y déficit este que salva mediante la utilización de la titularizada por Vodafone.

Las llamadas generadas en la red de una compañía destinadas a clientes de otra necesitan, lógicamente, pasar de una red a otra, y por esta utilización se cobra un precio por la compañía titular de la explotación de la red de destino. En estas fechas el precio era libre y no se había definido el mercado minorista de telefonía móvil por la CNMT -mercado este en el que se desarrollan los negocios jurídicos entre las operadoras y sus clientes finales, esto es, quienes efectúan y reciben las llamadas telefónicas-

Euskalte cobraba a las llamadas procedentes de Vodafone -recordemos que esta es host de aquella, le proporciona el soporte, la infraestructura de red- y destinadas a clientes de la propia Euskaltel un determinado precio, y comunica a Telefónica Móviles

España SA (TME en lo sucesivo) el que le pretende cobrar por las llamadas originadas en su red y destinadas a Euskaltel. El precio es notablemente superior al que por este mismo servicio recibía de Vodafone. TME rechaza tal oferta por excesiva, Euskaltel rebaja su pretensión inicial pero mantiene una oferta muy superior a la que cobra a su host. La discrepancia provoca que una y otra se dirijan a la CNMT para que arbitre pero antes telefónica eleva el coste a sus clientes de las llamadas con destino a Euskaltel.

La CNMT resuelve en contra de Euskaltel y confirma que TME aumente el precio y lo vaya reduciendo progresivamente en los términos que esta compañía había ofrecido en el marco del arbitraje.

A lo largo de todos estos años Euskaltel ha ido aumentando de forma importante su cuota de negocio y beneficios.

TERCERO.- *Adentrándonos ya en el estudio de las cuestiones planteadas, debemos tener en cuenta, como punto de partida, que la Sala no está vinculada por el orden en el que las partes formulan sus argumentos y pretensiones; en este sentido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia nº 67-1993, nos dice que:*

"...la congruencia exigida por la Ley no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la Sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses (demanda, contestación, recursos o alegaciones en general) donde se contienen las argumentaciones respectivas. Tampoco exige una subordinación del fallo o parte dispositiva a la formulación de las peticiones contradictorias de los litigantes".

3.1 Desde ese criterio, el primer objeto de nuestra atención consiste en examinar si el organismo demandado tiene competencia para resolver sobre los hechos que se le plantearon y en cuya virtud ha sancionado a la actora o si, por el contrario, las atribuciones le correspondían a la Comisión Nacional de la Competencia.

En la demanda se utilizan como argumentos de la incompetencia del demandado los puntos de conexión establecidos por la Ley 1-2002, lógicamente materializados en los hechos que la recurrente estima oportunos, así, alude a que se trata el de la telefonía móvil de un mercado único y de extensión nacional, a que la perjudicada por el hipotético abuso de posición dominante contaba con autorización para operar en todo el territorio nacional, a que sus establecimientos no se limitan territorialmente a la Comunidad Autónoma del País Vasco sino que había abierto establecimientos también en la Comunidad Foral Navarra, se dice que incluso contaba en esta con más locales que en Vitoria, y, por último, se razona que las llamadas, por la propia naturaleza del servicio, se originan y reciben en cualquier parte de España. En general, emplea la actora los argumentos que en su momento utilizó la Comisión Nacional de la Competencia cuando reclamó para sí el conocimiento del asunto.

Se argumenta también acudiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 208-1999, preceptos de la Constitución, a la ausencia de carácter vinculante del informe de la Junta Consultiva prevista por la citada Ley 1-2002 y, por último, se recuerda que la Ley 1-2001 deja abiertos en todo caso los recursos jurisdiccionales que procedan, de donde infiere la actora que siempre va a contar con el recurso contencioso administrativo para demandar que se respete la distribución de competencias.

En el caso en estudio, recordémoslo, la recíproca reclamación de la competencia entre la Comisión Nacional de la Competencia y el Tribunal Vasco de la Competencia provocó la intervención de la Junta Consultiva, que resolvió a favor de este último por las razones que constan tanto en la resolución impugnada como en los escritos alegatorios principales del proceso, y resolución con la que se ha aquietado la Administración del Estado.

Este planteamiento muestra sin duda que la contienda competencial se empeñó en un primer momento entre ambas Administraciones y se continua ahora -ya únicamente entre la sociedad anónima recurrente y el Tribunal Vasco de la Competencia- en los términos propios de un conflicto de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma -instrumentalizados cada uno de ellos a través de sus organismos encargados de velar por la competencia en los mercados -, se trata de resolver si es uno u otra quien debía resolver el asunto incardinando los hechos que se presentan en los preceptos de la Ley 1-2002 a la luz de la interpretación contenida en la Sentencia del Tribunal Cosntitucional nº 208-1999.

Se cuestiona por alguna de las codemandadas que la recurrente pueda suscitar tal conflicto.

Para resolver este apartado hemos de acudir a varios preceptos, veamos.

En primer lugar, la Ley 1-2002 es, desde luego, una norma de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre estas entre si en materia de libre competencia en los mercados. En este sentido, su denominación es más que ilustrativa: "Ley de de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia", y también lo es su contenido, así, por ejemplo, el art. 1 se dedica a exponer los puntos de conexión que van a determinar la competencia de una u otra organización y, los arts. 2 y siguientes regulan los instrumentos para solucionar los conflictos competenciales.

En el art. 2, como decimos, se describe el procedimiento a seguir en los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o sólo entre estas. No se da entrada alguna a la intervención de los particulares, como es lógico, ya que se trata de delimitar las competencias entre aquellos y no de resolver respecto de derechos subjetivos o intereses de los particulares.

El conflicto puede resolverse mediante la actuación de la Junta Consultiva en los términos que recoge el precepto, ahora bien, esta Junta es de naturaleza consultiva, de asesoramiento, y sus dictámenes carecen de fuerza vinculante; todo ello se establece en el art. 3. Precisamente por ello, el art. 2 establece que los informes de la Junta Consultiva se emiten sin perjuicio de que las Administraciones puedan acudir al procedimiento previsto por el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -después volveremos sobre él-.

El apartado 6 del art. 2 dispone que su regulación es sin perjuicio de las vías jurisdiccionales pertinentes. Este inciso, de acuerdo con cuanto hemos visto hasta ahora, tampoco supone que los particulares puedan actuar en el procedimiento para resolver el conflicto competencial, y debe interpretarse, sistemáticamente con lo anterior, de modo que si la discusión se centra en la propia titularidad de la competencia habrá de acudir a la Junta Consultiva y procedimiento de la LO 2-1979 y, en cambio, si lo que se suscita es de otra índole -no ya la titularidad de la competencia en si sino las normas reguladoras del derecho de la libre competencia, por ejemplo si hay o no abuso de posición dominante, el concepto de mercado de que se trate, los elementos del tipo sancionador, etc- , lógicamente, será a través del proceso jurisdiccional oportuno donde se haya de dirimir.

En el capítulo de la LO 2-1979 del Tribunal Constitucional al que reenvía la Ley 1-2002 nos ofrece los siguientes apartados destacables.

En primer lugar, el Título IV de la LO 2-1979 tiene por objeto, como indica su epígrafe, los Conflictos Constitucionales, y estos se definen en los artículos del Título así:

Art. 59. El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas y que opongán:

a) Al Estado con una o más Comunidades Autónomas.

Continúa el art. 61 diciendo que "Pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos".

Y en el art. 67 podemos leer que 67 "Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará ...".

Se infiere de todo ello que los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o sólo entre estas se produce cuando mediante disposiciones, resoluciones o actos de los citados entes se vulneran las normas de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía, de las Leyes Orgánicas o de las Leyes Ordinarias que delimitan los ámbitos competenciales propios de cada uno de aquellos. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso en estudio, en el que se actúa por la Comunidad Autónoma a través del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y el Estado, a través de la Comisión Nacional de la Competencia estima que le corresponde a él mismo tramitar el asunto en aplicación de una Ley, la 1-2002, dictada, precisamente, para delimitar los supuestos en los que corresponde al Estado y a la Comunidad intervenir.

Precisamente, ex art. 66 de la LOTC, la Sentencia declarará a quien corresponde el ejercicio de la competencia discutida, y es importante destacar que el art. 62 impone la suspensión del proceso al Juzgado o Tribunal que estuviese conociendo del mismo, lo que deja a la vista que la cuestión competencial no es enjuiciable por otra Jurisdicción que la del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la legitimación para suscitar el conflicto el art. 60 es taxativo y la limita, cuando de conflictos positivos se trata al Estado y a las Comunidades, y si es negativo se extiende a los propios interesados. Y ello es lógico puesto que en este caso el interesado tiene derecho a que una de las dos administraciones actúe, si no, quedaría desatendido. Pero, en cambio, si el conflicto es positivo, desaparece su interés pues el que la competencia le corresponda a uno o a otro es algo que le resulta irrelevante, aséptico, ninguna consecuencia va a derivarse sobre su situación jurídica. Hay que tener en cuenta, además, que la distribución competencial es indisponible, su naturaleza es de ius cogens, por lo tanto, no puede seleccionarse ad libitum a uno u otro órgano para resolver el asunto.

En este mismo sentido, circunscribiéndonos ya al ámbito contencioso administrativo, debemos recordar el contenido que a la legitimación le dan, entre muchísimas otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre y 12 de noviembre de 2008-recursos nº 2026-2006 y 10757-2004; es el siguiente:

"interés legítimo para accionar jurisdiccionalmente en los términos del art. 19.1.a) de la Ley J.C.A., tal como ese concepto de interés legítimo ha sido interpretado por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que para ser considerado interesado legítimo y como tal legitimado para recurrir por la vía jurisdiccional contencioso-administrativo no solo se exige acreditar una situación objetiva o personal, o de destinatario de la regulación sectorial que se aplique, singularizada jurídicamente respecto de la generalidad de los ciudadanos, sino que también se necesita que la persistencia de la situación factica creada o que pudiera crear el acto impugnado ocasione un perjuicio, con tal que la repercusión del mismo no sea lejana, derivada o indirecta, sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte (sometida a la impugnación); sin que baste el mero interés al mantenimiento de la legalidad (sentencia

del TS de 16 de 2002). Doctrina jurisprudencial desconocida por la sentencia recurrida, por cuanto que el demandante no había acreditado y ni siquiera pormenorizado mínimamente cual fuera o pudiera ser el perjuicio inmediato que podía seguirse de la no declaración de invalidez de los extremos del acuerdo contra los que dirigía el recurso contencioso- administrativo, o el beneficio que en su favor habría de derivar de la anulación de lo impugnado".

"no hay que olvidar que esta Sala del Tribunal Supremo en reiterada doctrina, entre otras sentencias de 8 de febrero de 1999, 19 de mayo de 2000, 11 de febrero de 2003 y 15 de octubre de 2007, y el Tribunal Constitucional entre otras en sentencias 10/2003 y 52/2007, han declarado que ese interés ha de ser cualificado y específico, actual y real no potencial o hipotético, que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que deba repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, y que sea cierto y concreto sin que baste por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento".

La competencia de uno u otro órgano, en abstracto, y partiendo de que el particular interesado no puede elegir libremente el órgano que resolverá, no implica más que la mera aplicación de la legalidad, no le sigue una consecuencia que altere el estatus jurídico de la recurrente pues el criterio que una y otra administraciones sostiene respecto del fondo no es sino el ejercicio material de la competencia sobre los hechos concretos que se analizan, y presupone que la competencia ha sido ya determinada a favor de una u otra Administración, es ajeno pues a la discusión competencial propiamente dicha y por ello no es útil para fundamentar la legitimación de la recurrente, su estatus no varía por la atribución de la competencia -que es lo que se dilucida en esta controversia - sino por el desarrollo posterior del procedimiento administrativo y las decisiones que en su curso se vayan adoptando.

La Pretensión relativa a la competencia de la administración demandada es por todo ello inadmitida.

3.2 A la recurrente le sanciona, y damos comienzo al estudio del motivo referente a la culpabilidad, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia por estimar que los hechos descritos al comienzo integran un supuesto de abuso de posición dominante colectiva en el mercado. Se aplican para ello las normas procedimentales y sustantivas de naturaleza sancionadora administrativa que proporciona la Ley 15-2007 de Defensa de la Competencia. El procedimiento y la sanción son propios del derecho administrativo sancionador, así, las entidades encargadas de investigar y reprimir los actos típicos tienen personalidad jurídica pública y facultades de actuación como poderes públicos, basta para ello con examinar la regulación de la mencionada Ley 15-2007. Por lo tanto, en lo no previsto en esta última, serán de aplicación los preceptos de la Ley 30-1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común relativos al procedimiento administrativo sancionar común a todas las Administraciones.

El segundo motivo trascendente del recurso es el de la falta de culpabilidad, así, expone la recurrente que no ha habido por su parte una actuación deliberada ni imprudente que contraríen la libre competencia. Frente a esta alegación, los párrafos 214 y 215, básicamente, de la resolución y la contestación a la demanda de la Administración oponen que la conducta descrita por el art. 2 de la Ley 15-2007, el abuso de posición de dominio consistente en la imposición de condiciones comerciales discriminatorias, es una conducta objetiva en el sentido, de un lado, de que no es necesario que la actuación del agente se destine a alterar las reglas de la competencia y, de otro, en el sentido de que no es necesario que la conducta llegue a afectar a la competencia sino que basta con que tenga potencialmente la capacidad de hacerlo. Consideran, en suma, que el requisito de la culpabilidad no es exigible en este tipo de ilícitos.

El criterio administrativo no se acepta por la Sala, veamos.

En primer lugar, ya hemos visto que no se trata en el caso en estudio sino de una variedad, una modalidad, por la materia, de sanción administrativa. Por lo tanto, en principio, son de aplicación las reglas generales del derecho administrativo sancionador y, entre ellas, ocupan un lugar destacado los arts. 130 y 137. En cuanto a este último -sobre el primero volveremos después-, y en coherencia con la doctrina jurisprudencial y constitucional conforme a la que son trasladables al derecho administrativo sancionador los principios del art. 24 de la CE que lo permitan por su naturaleza (v gr las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 126-05, 35-06, 23 y 243-07, y las del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2003-recurso nº 4896-00, 19 de noviembre de 2001 y 11 de julio, también de 2003; y, 28 de septiembre de 2004-recurso nº 4768-2000 y 7 de febrero de 2007-recurso nº 6456-2002), recoge el principio de presunción de inocencia, presunción de inocencia que engloba junto con la realidad de los hechos imputados la culpabilidad, entendida esta como nexo psicológico entre el actor y la conducta reprochada. Así se pronuncia el Tribunal Constitucional por ejemplo en las Sentencias nº 76-1990, 276-00 y 164-2005, en las que añade que en la medida en que el derecho administrativo sancionador es una manifestación del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles la responsabilidad objetiva y es imprescindible vincular el resultado o la actividad bien con la intención bien con la culpabilidad del sujeto.

Esto supone que la culpabilidad es un elemento insoslayable cuando de la aplicación del derecho sancionador se trata y, en el caso, exigiría que la conducta de la recurrente y más exactamente las consecuencias que puede producir potencialmente -si se trata de tipos sancionadores de mera actividad- o los resultados que efectivamente cause le sean imputables bien a título de dolo bien a título de imprudencia, es decir, que el sujeto actúe deliberadamente o bien que actúe sin ser consciente, por haber obviado la diligencia que le resultaba exigible, de que su acto puede originar u origina tales agresiones a la libre competencia. O, dicho en las palabras que emplea el Tribunal

Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 2010-recurso nº 446-2008: "Debe entenderse por culpabilidad el juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor (por acción u omisión) de un hecho típico y antijurídico; ello implica y requiere que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita ---a título de autor, cómplice o encubridor---; que sea imputable, sin que concurren circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y que sea culpable, esto es, que haya actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional, bien a título culposo".

Y continúa diciendo la Sentencia que "La LRJPA no contempla expresamente este requisito para la comisión de las infracciones administrativas, aunque en dos puntos concretos parece tomar en consideración los aspectos subjetivos de la conducta realizada como constitutiva de infracción. De una parte, cuando en el artículo 130.1 "in fine" se refiere a que las personas responsables de las infracciones lo han podido ser "a título de mera inobservancia", parece deducirse la posibilidad de la inexigencia del requisito subjetivo de la culpabilidad, o lo que es lo mismo, la posibilidad de responsabilidad sin culpa. Por otra parte, en el artículo 131.3 .a), cuando se ocupa de los criterios de graduación de las sanciones, hace referencia, como uno de ellos, a la "intencionalidad", desdeñando, quizá, a la culpabilidad como elemento determinante de la infracción. Su exigencia, sin embargo, hoy, no ofrece ninguna duda en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Se trata, pues, de un requisito esencial para la existencia de una infracción administrativa, habiéndolo reconocido así una reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que ha consolidado, sin discusión, su exigencia. En consecuencia, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de legalidad en cuanto al ejercicio de potestades sancionadoras de cualquier naturaleza. El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionables, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes".

Para el análisis del siguiente aspecto a tratar debemos partir de conceptos del derecho penal, trasladables para integrar la regulación sancionadora administrativa en tanto en cuanto ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado, como ya hemos visto que asumen los Tribunales Constitucional y Supremo. Así, es perfectamente factible que junto con los elementos esenciales de la culpabilidad se pueda exigir en alguno tipos un dolo específico. En segundo lugar, entre los distintos criterios para la clasificación de los tipos sancionadores encontramos aquél que diferencia entre tipos de mera actividad -que no exigen que la acción cause un resultado concreto- y de resultado -que sí lo exigen-, y en todo caso, recordemos, será necesaria la culpabilidad, es decir, no cabe la sanción por la mera acción u omisión desconectada de la voluntad del sujeto. La posición administrativa se funda en la suficiencia de la acción y su potencialidad dañosa, desconectada de toda culpabilidad del sujeto y del resultado.

Una lectura de la acción descrita en el tipo nos lleva a considerar que se trata de valiéndose de la posición de superioridad que se ostenta en el mercado adoptar alguna de las actuaciones que se desglosan, y actuaciones que general o pueden generar el incremento de aquella posición de dominio y la reducción aún más la competencia. Es esta una conclusión lógica ya que el tipo sanciona el explotar el mercado abusando de la posición de dominio que se ostenta, y el abuso, el verbo abusar, como nos dice el Diccionario de Uso María Moliner, implica utilizar algo de forma excesiva en perjuicio de alguien y utilización excesiva, injusta, mal uso, recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. La acción podrá ser dolosa o culposa, pero en todo caso el requisito de la culpabilidad es insoslayable, como hemos visto, y supone que o bien se actúe deliberadamente para producir ese efecto sobre la competencia -se logre o no- o bien se desempeñen esas actuaciones de forma culposa, esto es, sin la previsión necesaria y suficiente, sin la diligencia necesaria para prever, siendo razonablemente previsible, esa afectación, aún potencial, sobre las libre competencia. En el supuesto en estudio, la Administración considera que la culpabilidad no es exigible y, consecuentemente, no examina ni razona este aspecto, obvia el vínculo entre el elemento subjetivo de la actora y su acción, sin analizar ni especificar los elementos que en el caso configuran el dolo o la culpa. Por lo demás, tampoco se podría subsanar este vicio fundamental del acto en la Jurisdicción pues como dicen, entre muchas otras, la Sentencias del Tribunal Constitucional 7-1998, 59-2004, 126-2005, 35-2006 y 23 y 243-2007 no cabe tal subsanación en el proceso en tanto en cuanto no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE" (STC 125/1983, de 26 de diciembre (LA LEY 243-TC/1984), FJ 3).

Continuando con el estudio de la culpabilidad en las sanciones administrativas derivadas del abuso de la posición dominante, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de junio de 2010-recurso nº 4222-2007 nos dice que:

"cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto"

Diferencia así claramente la acción y la culpa, exigiendo esta en todo caso cuando se está aplicando, como es el caso, el derecho administrativo sancionador, y se ratifica este criterio cuando dice:

"lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación".

Son precisos conjuntamente ambos requisitos.

Más clara sobre la necesidad de la culpa es aún la Sentencia de 16 de junio de 2010-recurso nº 4714-2007 cuando confirma la Sentencia recurrida asumiendo su texto; dice así:

En relación con la alegación de falta de culpabilidad esgrimida en la demanda contencioso administrativa, la Sentencia impugnada responde en los siguientes términos:

"La recurrente sostiene que no debe ser sancionada porque su conducta se caracteriza por la ausencia de culpabilidad. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (por todas la sentencia 76/1990) "toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción" y en relación con la presunción de inocencia "ésta, como ha quedado dicho, alcanza no solo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados".

El elemento culpa se encuentra, por tanto, en el ámbito funcional de la presunción de inocencia, y esta puede destruirse entre otras pruebas con la llamada indirecta o indiciaria, entendida como aquella que muestra la certeza de unos hechos que no son en sí mismos (en el punto que se está examinando) los determinantes de la culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente la misma. Como ha recordado el Tribunal Supremo en muchas ocasiones, dicha prueba indiciaria sólo será apta para destruir aquella presunción constitucional: a) cuando los indicios -los hechos indiciarios- estén efectivamente probados; y b) cuando el órgano sancionador haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de tales indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad".

SEGUNDO.- De acuerdo con los art. 139 de la LJ no se efectúa especial condena en costas y se dará acceso al recurso de Casación ordinario frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA

Que debemos inadmitir e inadmitimos el recurso contencioso administrativo formulado por el Procurador de los Tribunales, D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO, en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U contra el Acuerdo dictado el 11 de febrero de 2010 por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia mediante el que se sanciona a la recurrente por haber abusado de su posición de dominio en el mercado (expediente 12-2009 Telefónica) en cuanto atañe a la discusión por el recurrente de la competencia del organismo recurrido, y estimando el recurso en lo demás, anulamos la resolución impugnada.

Cada parte satisfará las costas procesales originadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4697 0000 93 0408 10 , de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe en BILBAO (BIZKAIA), a 6 de febrero de 2012.