



Roj: **STS 2380/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2380**

Id Cendoj: **28079130032015100159**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **3438/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2579/2012,**
STS 2380/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil quince.

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 3.438/2.012, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de mayo de 2.012 en el recurso contencioso-administrativo número 775/2.009, sobre imposición de multa coercitiva en el marco del procedimiento de ejecución forzosa de una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y VODAFONE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 21 de mayo de 2.012, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de octubre de 2.009 (expte. RO 2009/1235), por la cual se impone una multa coercitiva en el marco del procedimiento de ejecución forzosa de la resolución del mismo órgano administrativo de 2 de abril de 2.009.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 11 de septiembre de 2.012, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 12 de noviembre de 2.012, mediante escrito interponiendo el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los artículos 42.3, 92 y 69.2 de esta misma norma;



- 2º, por infracción de los artículos 81.1 y 81.2 de la Ley 30/1992 y del artículo 50.6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con los artículos 62.1.a) y 62.1.e) de la Ley 30/1992, 24.1 y 24.2 de la Constitución y 63 de la Ley 30/92, y por infracción del artículo 69.2 de la Ley 30/1992;
- 3º, por infracción de los artículos 99.1 y 99.2 de la Ley 30/1992 y de la disposición adicional sexta de la Ley 32/2003, en relación con los artículos 62.1.a), 62.1.e) y 63 de la Ley 30/1992 y 24.1 y 24.2 de la Constitución, así como por infracción de la jurisprudencia;
- 4º, por infracción de los artículos 99.1 y 96.1, en relación con el artículo 63, y por infracción del artículo 54.1.c), todos ellos de la Ley 30/1992, y
- 5º, por infracción del artículo 99.1 de la Ley 30/1992 y de la disposición adicional sexta de la Ley 32/2003, en relación con el artículo 63 de la Ley 30/1992, y por infracción del artículo 137.3 de esta última norma y del artículo 24.2 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida y resuelva, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, declarando que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de octubre de 2.009 es contraria a derecho y ha de ser anulada o, subsidiariamente, que se acuerde reducir el importe de la multa coercitiva impuesta.

El recurso ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 24 de enero de 2.013.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que sea inadmitido el recurso y, en su defecto, rechazados los motivos y desestimado el mismo, confirmando la sentencia recurrida, con condena en costas.

QUINTO .- Por providencia de fecha 19 de enero de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 21 de abril de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Telefónica de España, S.A.U. interpone recurso de casación contra la Sentencia de 21 de mayo de 2.012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional. La Sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se le impuso una multa coercitiva en el marco del procedimiento de ejecución forzosa de la resolución de 2 de abril de 2.009, relativa a la disponibilidad de determinados servicios de acceso indirecto a internet sin servicio telefónico.

El recurso se articula mediante cinco motivos, todos ellos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el primer motivo se aduce la vulneración del artículo 44, en relación con los artículos 42.3, 92 y 69.2, todos ellos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 30 de noviembre). Dicha infracción estaría determinada por la caducidad del procedimiento administrativo.

En el segundo motivo se aduce la infracción del artículo 81.1 y 2 de la citada Ley 30/1992 y del artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 (Ley 32/2003, de 3 de noviembre), en relación ambos preceptos con los artículos 62.1.a) y e) y 63 de la propia Ley 30/1992 y con el artículo 24.1 y 2 de la Constitución; también se alega la vulneración por infracción del artículo 69.2 de la Ley 30/1992. Tales infracciones se deberían a la realización de una actividad de instrucción y prueba sin la participación de la recurrente, con vulneración de su derecho de defensa.

El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 99.1 y 2 de la Ley 30/1992 y de la disposición adicional sexta de la citada Ley General de las Telecomunicaciones de 2.003, en relación con los artículos 62.1.a) y e) y 63 de la propia Ley 30/1992 y con el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, así como por la infracción de la jurisprudencia. Esta infracción tiene su fundamento en haber admitido la Sentencia impugnada la imposición de una multa coercitiva con ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido.

En el cuarto motivo se alega la infracción de los artículos 99.1 y 96.1, en relación con el 63, de la Ley 30/1992, así como del 54.1.c) del mismo cuerpo legal. Esta infracción se debe a la vulneración del principio de proporcionalidad en la utilización de medios de ejecución forzosa por parte de la Administración, como lo son las multas coercitivas.



El quinto y último motivo se basa en la infracción del artículo 99.1 de la Ley 30/1992 y de la disposición adicional sexta de la Ley General de Telecomunicaciones, en relación ambos con el 63 de la citada Ley 30/1992; del artículo 137.3 de la citada Ley 30/1992 ; y del artículo 24.2 de la Constitución . Estas infracciones se deben a la presunción, sin la debida actividad probatoria, del incumplimiento por el que se ha sancionado a Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO .- Sobre el motivo primero, relativo a la caducidad del procedimiento.

La mercantil recurrente aduce en el motivo primero que el plazo para concluir el procedimiento no debe computarse desde la fecha del acuerdo de iniciación del expediente de ejecución forzosa, el 29 de julio de 2.009, sino desde que comenzaron las actuaciones inspectoras el 5 de mayo anterior, cuando los inspectores entregaron a Vodafone una copia de una orden de inspección de sus instalaciones y accedieron a las mismas a fin de obtener la información que llevaría a la imposición a Telefónica de la multa coercitiva contra la que se recurre. Rechaza la recurrente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones abriese un período de información previa; las actuaciones desarrolladas antes del acuerdo de 29 de julio fueron sencillamente actos de instrucción del procedimiento de ejecución forzosa que culminó con la imposición de la multa coercitiva.

En relación con la alegación sobre caducidad del procedimiento, la Sentencia impugnada se había pronunciado en los siguientes términos:

" **SEGUNDO**.- Como ya hemos avanzado la representación procesal de Telefónica de España alega en primer término la caducidad del expediente, toda vez que el procedimiento en el que se dictó el Acuerdo impugnado se inició el 30 de abril de 2009 o, todo lo más, el 5 de mayo del mismo año, y como quiera que el plazo para dictar y notificar la resolución es de tres meses, el procedimiento se encuentra caducado.

A estos efectos alega que formalmente el procedimiento se inició el 29 de julio de 2009, pero que la realidad es muy distinta pues se inició mucho antes. En efecto, dice, el Acta de inspección, relativa al proceso de verificación de cumplimiento del Acuerdo de 2 de abril de 2009, tuvo lugar el 7 de julio de 2009, constando en la misma que las actuaciones inspectoras habían comenzado el 5 de mayo de 2009, cuando los inspectores entregaron a Vodafone copia de la Orden de inspección y accedieron a sus instalaciones. A mayor abundamiento, señala, consta que con fecha 29 de julio de 2009 los Servicio de la CMT emitieron un "informe preliminar" en el que, tras constatar el incumplimiento del Acuerdo de 2 de abril de 2009, proponen la imposición de multas coercitivas a Telefónica de España.

La Sala no pueda coger este planteamiento, pues nada impide a la Administración, ex artículo 69.2 de la Ley 30/1992, "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar procedimiento" con anterioridad al acuerdo de iniciación, cuestión, por lo demás, que ha recibido oportuna respuesta de la Abogacía del Estado en su escrito de contestación a la demanda (STS de 17 de marzo de 2009). Además, sobre esta problemática ya se ha pronunciado esta Sala, en el mismo sentido, en sentencias de 18 de enero de 2010 (rec. 1270/07) y 12 de marzo de 2012 (rec. 118/10), y bien lo sabe Telefónica de España puesto que fue parte recurrente en dichos recursos.

En el presente caso, para saber si Telefónica de España había dado o no cumplimiento a los términos del Acuerdo de 2 de abril de 2009, los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realizaron una inspección en las dependencias de Vodafone -una primera fase en las dependencias de Vigo y las restantes actuaciones en la sede de la CMT en Barcelona-, redactando, seguidamente, a la vista del resultado de la inspección, un "informe preliminar" -29 de julio de 2009-, actuaciones que, en su caso, podrían haber dado lugar al archivo de las actuaciones, todo lo cual se ciñe al ámbito del precepto examinado y la jurisprudencia que lo interpreta." (fundamento de derecho segundo)

Tiene razón la Sala de instancia y ha de rechazarse el motivo. La argumentación de la recurrente se basa, en definitiva, en sostener que un período de información previa antes de la iniciación del procedimiento requiere una apertura formal y que, en consecuencia, no hubo período previo porque no hubo tal acuerdo de apertura. De ahí deduce que cualquier actuación anterior al acuerdo de iniciación del procedimiento encaminada a la imposición de la multa coercitiva ha de ser considerada parte del mismo. Así sucedería con la inspección en los locales de Vodafone desarrollada el 5 de mayo de 2.009, desde la que el cómputo del plazo de tres meses (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) lleva a que el procedimiento había caducado cuando se produjo la notificación de la resolución que impuso la multa coercitiva (19 de octubre).

Sin embargo, se confunde la actora en la premisa de la que parte, puesto que una actuación inspectora no requiere necesariamente de la apertura formal de un procedimiento con notificación al afectado. Es verdad que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece que se podrá "abrir un período de información previa", pero ello no lleva a la conclusión de que cualquier actividad indagatoria previa o inspectora requiera de forma ineludible la apertura formal de un periodo de información previa. Sin que haya que excluir que la Administración decida



abrir formalmente un período indagatorio preliminar a un posterior expediente, nada impide que ante un indicio de irregularidad de cualquier tipo -como puede serlo una denuncia, tal como ocurrió en el presente supuesto- la Administración efectúe alguna indagación previa para verificar la procedencia o no de abrir un expediente sobre la cuestión de que se trate. Dicha actividad indagatoria previa, mientras no se prolongue más allá de lo estrictamente indispensable, en función de las características de la materia sobre la que verse, es perfectamente legítima.

Ahora bien, en todo caso es claro que un período de información previa, bien haya consistido en el simple desarrollo de algunas diligencias indagatorias o inspectoras, bien en un período abierto formalmente como tal, ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior. Esto es, tan pronto como tales actuaciones indagatorias previas ofrezcan indicios de la existencia de una infracción, es preciso proceder a la apertura del expediente que corresponda. A estos efectos hemos dicho ya:

" **SEGUNDO** .- Sobre las irregularidades de procedimiento denunciadas por la actora. [...]

C. Debemos examinar ahora la naturaleza del período de información previa y la relevancia de su duración, así como si el mismo hubiera de ser considerado como parte del propio procedimiento de incumplimiento.

El artículo 69.2 prescribe, al regular los procedimientos iniciados de oficio, que "con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". La exigua regulación de dicho período pone de relieve que la finalidad legal se limita a enmarcar una actividad administrativa de comprobación sin poner un plazo concreto de duración y sin reglamentar o limitar las actuaciones que puede adoptar la Administración en dicho período. En puridad, el único significado de declarar abierto un período de información previa es enmarcar legalmente una actuación administrativa que en todo caso podría realizar la Administración al amparo de sus facultades de control o supervisión en el ámbito de que se trate. Esto es, la Administración puede iniciar de oficio procedimientos de muy diversa naturaleza, entre los que se encuentran los destinados a comprobar el cumplimiento de requisitos -como en el caso de autos- o los sancionadores, y previamente a la iniciación de uno de tales expedientes puede efectuar comprobaciones cuyo alcance dependerá de la regulación material existente en dicho ámbito, esto es, de las obligaciones a las que queda sometido el particular y de las concretas facultades de control que se atribuyan a la Administración en dicha materia en orden a comprobar si existen indicios que puedan llevar a la conveniencia de incoar un expediente formal de incumplimiento, sancionador, o de otra naturaleza. Pues bien, si dicha actividad de comprobación inicial es posible al amparo de las facultades de inspección o control que ostenta la Administración en diversos ámbitos materiales, tanto más podrá hacerlo si formalmente abre un período de información previa cuyo único significado sería, como se ha indicado antes, encuadrar dicha actuación comprobadora en un marco legal explícito.

Sobre esta naturaleza puramente genérica del período de información previa, no sometida a plazo concreto alguno, nos hemos pronunciado ya en los siguientes términos:

" **SEGUNDO** .- [...] Por otra parte hay que tener en cuenta que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece de forma expresa que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". Pues bien, no puede entenderse que la resolución de 11 de mayo de 2.001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención.

De esta manera y como ya hemos indicado, las potestades de requerir información que se pueden ejercer en el seno de dicho período informativo pueden ejercitarse en cualquier momento con carácter autónomo y previo a cualquier procedimiento en sentido propio, sin que necesitara en puridad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la citada resolución del 11 de mayo para aprobar los ulteriores requerimientos de información." (Sentencia de 9 de marzo de 2.006 -RC 5.739/2.003 -, fundamento de derecho segundo *in fine*)

En el caso de autos la objeción que se formula a la actividad desarrollada por la Administración una vez abierto formalmente el período de información previa es su duración excesiva (más de dos años) y el contenido materialmente instructor de dicha actividad, de tal forma que cuando se incoa ya el procedimiento de incumplimiento la instrucción ya estaba realizada; como consecuencia de ambas circunstancias, la parte reclama que el período de información previa se considere formalmente comprendido en el expediente de incumplimiento, lo que conduciría a la caducidad del mismo.



Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, no es posible aceptar el planteamiento de la parte recurrente. En primer lugar, se abra o no formalmente un período de información previa nos encontramos en una materia, la subvencional, en la que la entidad receptora de la subvención se haya sometida de manera permanente a la capacidad inspectora de la Administración y en que bajo dicha capacidad se puede realizar cualquier actividad de indagación encaminada a comprobar que se respetan las condiciones a las que está sometida la subvención otorgada. Así se deduce de lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Incentivos Regionales (Ley 50/1985, de 27 de diciembre) -precepto reiterado por el artículo 33 del Reglamento de Incentivos Regionales - que atribuye a la Dirección General de Incentivos Económicos Regionales -hoy de Fondos Comunitarios- la competencia para "vigilar la adecuada aplicación de los incentivos regionales, pudiendo para ello realizar las inspecciones y comprobaciones y recabar la información que considere oportuna". De los términos de los artículos 33 y 34 -el último precepto detalla las funciones y facultades inspectoras de la referida Dirección General para el ejercicio de su competencia inspectora- se deriva con toda claridad que tales actuaciones de inspección son posibles desde antes de la subvención (para comprobar los datos suministrados a la Administración y que han de servir de base para la concesión de los incentivos, art. 34.1.a) hasta después de finalizado el período de vigencia, y que en modo alguno están condicionados a la previa apertura del procedimiento de incumplimiento, que constituye una eventual etapa final de las comprobaciones e inspecciones que puede realizar la Administración para verificar el correcto cumplimiento de las condiciones de una subvención.

Si eso es así no es posible objetar la excesiva duración del período de información ni el contenido materialmente instructor de la actividad realizada por la Administración en el presente asunto. No existe limitación a dicho período por la sencilla razón que la Administración se circunscribe a ejercer la capacidad inspectora en la materia que la Ley le atribuye y, en puridad, tales comprobaciones podría haberlas efectuado en cumplimiento de la referida función inspectora sin necesidad de haber abierto formalmente un período de información previa. La única restricción sería que si en un momento determinado se plantea la necesidad de declarar el incumplimiento de las condiciones de la subvención por parte de la entidad subvencionada, habría necesariamente de abrirse un expediente encaminado a ello -el procedimiento de incumplimiento contemplado en el artículo 35.5 y 6 del Reglamento de Incentivos Regionales - enmarcado en las condiciones estrictas y garantistas de todo procedimiento regulado formalmente, con período de alegaciones y formulación de una propuesta de resolución que habrá de ser puesta de manifiesto a la parte afectada. Y no existe tampoco infracción alguna porque una vez abierto dicho procedimiento de incumplimiento se incorporen y tengan en cuenta todas las actuaciones ya realizadas previamente, siempre que en las mismas no se haya causado indefensión al afectado. De esta forma no resulta criticable que en supuestos como el presente el procedimiento de incumplimiento se abra cuando la Administración ha comprobado previamente datos fehacientes sobre el posible incumplimiento.

A lo anterior es preciso añadir dos precisiones. En primer lugar, que una actuación administrativa como la ocurrida en el presente supuesto -prolongado período de comprobación previo y apertura del procedimiento de incumplimiento cuando la Administración tiene prácticamente realizada ya una instrucción suficiente como para apreciar que existe incumplimiento- sólo sería objetable si puede acreditarse que la misma tiene una finalidad desviada de sustitución del procedimiento de incumplimiento por una actividad menos garantista, si bien presumiblemente sólo habría nulidad de pleno derecho -a reserva de las circunstancias concretas sin las que resulta imposible hacer afirmaciones de carácter general- en caso de que se produjera una efectiva indefensión o ausencia plena de procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992. En segundo lugar que, como es natural y ya hemos señalado, siempre habrá finalmente que incoar formalmente un procedimiento de incumplimiento antes de que la irregularidad haya prescrito.

En cuanto a lo primero, hay que descartarlo a la vista de la amplia motivación presente en la resolución denegatoria de la reposición, en la que se explica cómo la Administración, al no recibir el informe positivo del Instituto Gallego de Promoción Económica, debía primero estudiar y decidir si procedía tramitar una prórroga del plazo de vigencia o incoar un procedimiento de modificación parcial del proyecto (apartados 3 y 4 del artículo 35 del Reglamento de Incentivos Regionales), lo que se hace durante el prolongado período de información previa. Debe destacarse, además, que dicho período servía también para dar tiempo a que la actora resolviese los problemas urbanísticos en torno a la inversión en los terrenos o para que solicitase la modificación del proyecto, lo que no hizo en ningún caso. No hay pues indicios de una finalidad desviada y ni siquiera de inacción por parte de la Administración en el período anterior a la incoación del expediente de incumplimiento.

En cuanto a la caducidad y prescripción alegadas en el recurso, no tiene razón la actora. En el presente supuesto, es cierto que si se sumase el período de información previa al de incumplimiento -lo que sin embargo no procede, como ya hemos señalado- este último procedimiento habría caducado sobradamente. Pero conviene advertir que en ningún caso habría prescrito el incumplimiento relativo a la inversión en los



terrenos y en la obra civil, puesto que la resolución de incumplimiento parcial se dicta el 2 de octubre de 2.007, más de un año antes de que hubieran transcurrido los cuatro años desde el fin del período de vigencia que prevé la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre), aplicable al procedimiento de control financiero y reintegro de subvenciones anteriores en virtud de lo dispuesto en las disposiciones adicionales novena y transitoria segunda, apartado 3, tal como reclama la actora. Siendo la fecha del fin del período de vigencia el 11 de julio de 2.004, ello supone que la Administración disponía hasta el 11 de julio de 2.008 para valorar el reintegro correspondiente al incumplimiento - aunque *de facto*, no se habría producido el pago efectivo-. Quiere esto decir que una hipotética nulidad de la resolución por caducidad del procedimiento -ya que la misma no interrumpe la prescripción- dejaría todavía abierto un amplio plazo a la Administración para incoar un nuevo procedimiento de incumplimiento." (Sentencia de 17 de febrero de 2.010 -RCA 2/309/2008 -, fundamento de derecho segundo)

Así pues, un período de información previa que tenga una duración manifiestamente inapropiada o que ofrezca indicios de que se ha prolongado de manera innecesaria puede conducir a lo que en el caso presente pretende la actora y a considerar que ha sido parte del expediente propiamente tal, aun antes del acuerdo de apertura formal del mismo.

Sin embargo, nada de eso ocurre en el presente supuesto. El presente procedimiento tiene su origen en la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de 27 de marzo de 2.008 (OIBA). En esta resolución se contemplaba la obligación de Telefónica de poner en funcionamiento el acceso indirecto a internet sin servicio telefónico (acceso usualmente denominado *naked ADSL*) en un plazo de cuatro meses. Tras la denuncia por parte de Vodafone el 7 de julio de 2.008 del incumplimiento por Telefónica de los plazos previstos en dicha resolución y tras el correspondiente expediente, con intervención de la propia Telefónica, la Comisión del Mercado de las Comunicaciones dictó la resolución de 2 de abril de 2.009 de la que trae causa el presente proceso. En esta resolución se daba a Telefónica de España un plazo de tres semanas desde su notificación para disponer de una solución automatizada operativa del referido servicio indirecto sin servicio telefónico de ADSL que permitiera a los operadores la solicitud y gestión del mismo, con imposición de una multa coercitiva de 10.000 euros diarios una vez transcurrido dicho plazo.

Pues bien, es ya tras esta resolución de 2 de abril de 2.009 cuando se tienen lugar las actuaciones que aquí importan. En primer lugar el 30 de abril de 2.009 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ordenó una inspección para comprobar la disponibilidad y el correcto funcionamiento del referido servicio, inspección que se llevó a cabo en las instalaciones de Vodafone el 5 de mayo de 2.009, según el acta de inspección fechada el 7 de julio inmediato. Es la citada inspección la que determinó que la Comisión abriera el expediente el 29 de julio que conduce a la comprobación de que los referidos servicios de ADSL se habían puesto a disposición de los operadores con retraso y que, en aplicación de la previsión de multa coercitiva contemplada en la resolución de 2 de abril de 2.009, llevó a la imposición de la multa de un millón de euros por la resolución de 15 de octubre de 2.009 que se recurre.

Así las cosas es claro que no se puede imputar a la Comisión una actuación desviada con ocasión de las citadas diligencias preliminares, que se limitaron a la realización de una inspección para comprobar que se había cumplido una obligación sometida a un plazo muy breve, inspección que se realiza de forma inmediata al cumplimiento de dicho plazo y, a resultas de dicha inspección, se ordena también de manera inmediata la apertura del expediente que dio lugar a la imposición de la multa. No hay pues nada irregular en la actuación procedimental de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que debe desestimarse el motivo.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo, relativo a la indefensión en el procedimiento administrativo.

La mercantil recurrente considera que la realización sin su presencia de la inspección desarrollada el 5 de mayo de 2.009 en las instalaciones de Vodafone habría vulnerado su derecho de defensa y el principio de contradicción, ya que la resolución impugnada en la que se le impone una multa de un millón de euros se basa exclusivamente en esa diligencia de prueba.

Sobre esta queja la Sentencia impugnada había señalado lo siguiente:

" **CUARTO**.- Seguidamente alega la actora nulidad de la inspección llevada a cabo a partir del 5 de mayo de 2009, sin su conocimiento ni participación, y la imposibilidad de utilizar dicha inspección para tener por acreditado el incumplimiento que se le imputa, vulnerándose los artículos 50 LGT y 81 de la Ley 30/1992 .

Señala la actora que el incumplimiento que se le imputa tiene base en una inspección, realizada a Vodafone, vulnerando las elementales garantías de contradicción y defensa, pues la CMT no le comunicó la Orden de inspección de 30 de abril de 2009, que además no figura en el expediente, y afirma que más a que a dicha operadora en verdad a quien se fiscalizaba era a Telefónica de España, que era el principal interesado. Alega



que se le ha privado injustificadamente de la posibilidad de participar en dichas actuaciones inspectoras y que así lo denunció en su día, sin que el mero hecho de haberle dado traslado a posteriori de las actuaciones inspectoras pueda enervar la violación del principio de contradicción.

En defensa de su alegación invoca la actora los artículos 50 LGTel y 81 de la Ley 30/1992, más no observa la Sala en qué pueda consistir la infracción de estos preceptos, el último en particular, que trata sobre la práctica de la prueba. Como ya se ha señalado más atrás, el Acta de inspección se enmarca en el ámbito de unas diligencias preliminares, necesarias, sin duda, dada la complejidad de los sistemas de información, cuestión que la actora subraya, con objeto de que la autoridad competente, a la vista de su resultado, adopte la decisión correspondiente.

La inspección tuvo lugar en las dependencias de Vodafone en la ciudad de Vigo, primero, y en las de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Barcelona, después, no en las de Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.6, letras a) y b) LGTel, sin que exista norma alguna que exija la presencia en las dependencias de la entidad sobre la que la Inspección actúa, o en las de la Administración actuante, de persona física o jurídica distinta de aquélla. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 31 de octubre de 2007, oportunamente alegada por la Abogacía del Estado, y más recientemente en la ya citada de 12 de marzo de 2012, no siendo preciso, por tanto, reiterar lo que entonces se dijo por ser conocido de las partes todas.

Conforme a lo expuesto, es claro que no pueden acogerse las alegaciones de Telefónica, no obstante su esfuerzo argumentativo, porque carecen de peso específico. La actora no fue la inspeccionada, la inspección se atuvo a la normativa reguladora y no se ha infringido el principio de contradicción, pues Telefónica de España ha tenido la oportunidad tanto en vía administrativa, como en sede jurisdiccional, de oponer y alegar cuantos fundamentos ha tenido por conveniente." (fundamento de derecho cuarto)

No puede prosperar el motivo. En efecto, no puede considerarse que la no participación de la recurrente en dicha diligencia fuese causante de indefensión, pues si bien tuvo efectivamente relevancia para la fijación de los hechos que condujeron a la imposición de la multa coercitiva, ésta se impuso tras la apertura y desarrollo del expediente sancionador, en el que Telefónica pudo alegar y proponer las pruebas que consideró pertinentes.

Tal como se deduce de lo ya expuesto, el hecho de que en dicha diligencia inicial no tuviese participación la recurrente se debió exclusivamente a que se trataba de una comprobación para constatar el cumplimiento de la obligación de haber puesto en marcha el referido servicio de ADSL. Sin embargo, ello no quiere decir que dicha inspección fuese la única actuación desarrollada por la Comisión del Mercado de las Comunicaciones, puesto que tras la apertura del expediente se desarrollaron una serie de comprobaciones y verificaciones con los afectados que son descritas en la resolución impugnada (f.j. 4º). En cualquier caso, la mercantil recurrente pudo alegar cuanto estimó oportuno, inclusive sobre los resultados y relevancia de la citada inspección en los locales de Vodafone. Así pues, en el transcurso del expediente vio respetado su derecho de defensa, lo que invalida las razones en que se funda el presente motivo.

CUARTO .- Sobre el tercer motivo, relativo a la supuesta falta absoluta de procedimiento.

Entiende la mercantil recurrente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le ha impuesto la multa coercitiva de un millón de euros sin procedimiento alguno, lo que determina la nulidad de la resolución impugnada. Considera, además, que se ha utilizado la imposición de una multa coercitiva para sancionarla *ex post*, una vez que ya había procedido a cumplir voluntariamente con lo que se le ordenaba en la resolución de la Comisión de 2 de abril de 2.009, que simplemente le apercibía de la posibilidad de que se le llegaran a imponer multas coercitivas. Así pues, no se empleó la multa coercitiva para su finalidad legal de compeler al cumplimiento de sus obligaciones, sino con una finalidad represiva.

En consecuencia, afirma, se habría incurrido en una triple irregularidad: la utilización de una multa coercitiva para una finalidad represiva; la imposición de la multa con total ausencia de procedimiento, al equiparar el único apercibimiento efectuado en la resolución de 2 de abril de 2.009 con la imposición concreta de la medida, que no tuvo lugar hasta el 15 de octubre de 2.009; y la propia resolución impugnada de 15 de octubre, que impone la multa pese a haber constatado con anterioridad (el 13 de octubre) que ya se había producido el cumplimiento de la obligación principal.

Sobre esta queja la Sentencia había dicho:

" **TERCERO**.- En segundo lugar Telefónica de España alega falta total y absoluta de procedimiento, pues la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impone multas coercitivas con carácter *ex post*, a modo de auténtica sanción de plano y no como medio para la ejecución de actos administrativos, vulnerando el artículo 99 de la Ley 30/1992 y la disposición adicional sexta de la Ley 32/2003 .



En defensa de este planteamiento alega que las multas deben ser reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado y que el Acuerdo de 2 de abril de 2009 lo que hace es apercibir a Telefónica de España de la imposición de multas coercitivas, sin que ésta haya tenido noticia de que se pudieran imponer tales multas hasta que se le comunicó la apertura del procedimiento de ejecución forzosa del Acuerdo de 2 de abril de 2009. Señala que del informe preliminar de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se desprende que éstos proponían pasar directamente del apercibimiento a la multa coercitiva, sin imposición a futuro de multas diarias.

Alega, por otra parte, que el plazo conferido para implementar el nuevo servicio era a todas luces insuficiente y que, en todo caso, cumplió con sus obligaciones. Tanto es así, dice, que Vodafone ya manifestó en su día -escrito de 13 de octubre de 2009- que "desde el 1 de septiembre de 2009, Telefónica de España ofrece el servicio mayorista naked indirecto de forma comercialmente operativa y suficientemente cumplida la obligación impuesta en el Resuelve primero de la Resolución de la CMT de 2 de abril de 2009". Siendo esto así, dice, el Acuerdo combatido, imponiéndole una multa coercitiva de un millón de euros, deviene inoperante, pues la CMT actúa mal y tarde. Por lo demás, finaliza, la propia Sala de la Audiencia Nacional ha considerado que el procedimiento para la imposición de multas coercitivas es bien distinto al seguido en el presente caso.

Tampoco este planteamiento puede prosperar. En efecto, en primer lugar es preciso advertir que el hecho de que los Servicios de la CMT estén facultados para realizara inspecciones o emitir informes, no supone en modo alguno que estas actuaciones puedan ir más allá de lo que en sí misma constituyen, en concreto, en este caso, "actuaciones preliminares" en función de las cuales el órgano con potestad, y la potestad compete a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no a los Servicios de Inspección, acuerda lo procedente, que bien pudiera haber sido, repetimos, el archivo de las actuaciones si en su criterio Telefónica de España hubiera cumplido con lo acordado en el Acuerdo de 2 de abril de 2009.

La Sala estima que el Acuerdo de 2 de abril de 2009 es suficientemente claro, preciso y determinante: transcurridos los plazos que en el mismo se indican, se "impondrá a Telefónica una multa coercitiva de 10.000 euros diarios, al objeto de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones". No puede admitirse, por tanto, que la Operadora no tuviera noticia de las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento del acuerdo, siendo, en este punto, las alegaciones de la recurrente, más retóricas que prácticas, sin que, por otra parte, pueda darse al dictado de las sentencias de esta Sala otro alcance y sentido que el que tienen en los concretos litigios que enjuician. Es evidente que el incumplimiento de Telefónica de España, constatado por el Regulador, daba paso a la imposición de una multa coercitiva, encaminada, obviamente, a "la ejecución del acto" -lo acordado en el apartado primero del Acuerdo de 2 de abril de 2009-, de conformidad con los términos establecidos en el artículo 99.1 de la Ley 30/1992 .

De la Resolución impugnada se extrae que a fecha de la inspección, el 7 de julio de 2009, Telefónica de España no había dado cumplimiento al Acuerdo de 2 de abril de 2009, es más se había detectado una pluralidad de irregularidades que "contribuyen a que el proceso de gestión de solicitudes del servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico no resultase ser plenamente operativo para un operador que pretendiera ofrecer este servicio en el mercado", según se razona en el Acuerdo combatido - Fundamento de Derecho Tercero, apartado b)-, por lo que a 1 de mayo de 2009, fecha en que el sistema tenía que estar operativo y no lo estaba, se producía el incumplimiento del Acuerdo de 2 de abril de 2009, cuestión que la parte reconoce por cuanto que ya nos dice que Vodafone comunicó que "desde el 1 de septiembre Telefónica de España ofrece el servicio mayorista naked indirecto de forma comercialmente operativa y suficientemente cumplida la obligación impuesta en el Resuelve primero de la Resolución de la CMT de 2 de abril de 2009", y es precisamente esa fecha -1 de septiembre de 2009- la que tiene en cuenta la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para fijar el dies ad quem de incumplimiento. Siendo esto así, la Sala comparte con la Abogacía del Estado el que el cumplimiento por Telefónica de España de sus obligaciones trajo causa del trámite de audiencia, en el que ya se cuantificaba la multa. Hasta entonces, ya transcurrido sobradamente el plazo que le imponía el Acuerdo de 2 de abril de 2009, es claro que Telefónica de España no había dado cumplimiento a las mismas." (fundamento de derecho tercero)

Debe rechazarse igualmente este motivo por las razones cumplidamente expuestas por la Sala de instancia en el fundamento que se acaba de transcribir. En efecto, no es cierto en modo alguno que haya habido una ausencia completa de procedimiento, o que la multa se haya impuesto con un fin represivo distinto al legalmente previsto de compeler al cumplimiento de una obligación. Estas son las dos quejas que en realidad se formulan contra la resolución impugnada, ya que de las tres irregularidades de que habla la recurrente, la primera y la tercera vienen en realidad a incidir sobre la misma circunstancia, que la multa se impone una vez cumplida la obligación.

En lo que respecta al procedimiento, ha de tenerse en cuenta que la imposición de la multa coercitiva es consecuencia, de forma directa, del procedimiento de ejecución forzosa de la primera resolución de la



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de abril de 2.009, expediente abierto mediante la resolución de 29 de julio de 2.009, tal como hemos visto en anteriores fundamentos de derecho, que se tramitó con audiencia de las partes interesadas y en el que la recurrente alegó cuanto tuvo por conveniente. No se entiende pues cómo se aduce la falta total y absoluta de procedimiento. Tanto más cuanto que dicho expediente, que a los efectos del motivo constituye precisamente el procedimiento cuya ausencia se denuncia, es consecuencia además de actuaciones previas que tienen su origen en la aprobación de la OIBA de 27 de marzo de 2.008 y de la posterior resolución de 2 de abril de 2.009, cuya causa determinante fue el retraso en el cumplimiento de obligaciones contempladas en dicha OIBA, fases todas ellas que se desarrollaron tras las correspondientes actuaciones.

En realidad, lo anterior bastaría para rechazar el motivo, por cuanto la supuesta utilización de las multas coercitivas para fines represivos en vez de para compeler al cumplimiento de una obligación no tiene que ver, en puridad, con la alegada ausencia de procedimiento. En cualquier caso, tampoco tiene razón la recurrente en esta queja. Efectivamente una multa coercitiva tiene como finalidad el incentivar el puntual cumplimiento de una obligación, puesto que la multa se impone en caso de que se incurra en retraso de dicho cumplimiento. Y, en contra de lo que parece creer la recurrente, el efecto disuasorio de la multa no depende de que se imponga antes de que la obligación haya sido ejecutada, lo que en muchos casos será imposible precisamente por la necesidad de seguir un procedimiento para su imposición, sino de que el sujeto afectado sepa que si no cumple con su obligación en plazo se le impondrá una multa.

Así pues, en el caso de autos, la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de abril del 2.009 incorporaba una multa coercitiva de 10.000 euros por cada día de retraso para articular la disponibilidad del servicio de referencia. Y es preciso insistir en que la resolución impugnada de 15 de octubre de 2.009 no impone *ex novo* una multa coercitiva sino que, tras el debido expediente, aplica la previsión contenida en la citada resolución de 2 de abril. No se trata pues de la imposición de una multa tras un expediente sancionador por un previo incumplimiento, sino que es la aplicación de una previsión *ex ante*.

Lo anterior quiere decir que no puede hablarse en modo alguno en el supuesto de autos de la imposición de una multa como una actuación represiva que no respeta el carácter disuasorio de las multas coercitivas. Antes al contrario, se previó la imposición de la misma en caso de retrasos en la resolución de 2 de abril de 2.009, se desarrolló una actuación inspectora para comprobar el cumplimiento en plazo de la resolución y, constatado el retraso en su cumplimiento, se impuso la multa en función de la duración del retraso en que se había incurrido. Como la efectiva imposición de la misma necesitaba instruir el correspondiente expediente, con alegaciones de las partes implicadas y la práctica de pruebas, no tiene nada de extraño y resulta por completo irrelevante que en el momento de adoptar la resolución que impone formalmente la multa (15 de octubre de 2.009) el referido servicio de ADSL estuviera ya disponible (de conformidad con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la disponibilidad del servicio queda acreditada desde el 1 de septiembre). Tal circunstancia temporal no transforma la efectiva aplicación de la previsión de la multa coercitiva, tras la obligada comprobación del retraso en cumplimentar una obligación, en una imposición represiva de una multa como aduce la demandante.

QUINTO .- Sobre el motivo cuarto, relativo a la proporcionalidad de las medidas de ejecución.

Sostiene la recurrente que la utilización de la multa coercitiva como forma de proceder a la ejecución forzosa resulta contraria al principio de proporcionalidad. Sobre esta queja la Sala de instancia razonaba lo siguiente:

" **QUINTO**.- Plantea Telefónica de España la falta del presupuesto necesario para la utilización de las multas coercitivas como medio de ejecución forzosa, así como la falta de razonabilidad del plazo de 3 semanas impuesto por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra el criterio de sus Servicios Técnicos.

La Sala advierte que no puede ser objeto de discusión en este recurso, ni ser sometido a juicio de legalidad, si el plazo de tres semanas para disponer de la solución automatizada operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permita a los operadores la solicitud y gestión del servicio mayorista era o no razonable, e igual sucede con la alegación consistente en vulneración del principio de razonabilidad, al imponer la CMT multas coercitivas por no cumplir en un plazo muy inferior al que sus propios técnicos habían considerado necesario y suficiente, pues estas cuestiones se insertan en la Resolución de 2 de abril de 2009, y Telefónica de España ya dijo que no la había recurrido. Por lo tanto, la prueba practicada a instancia de la recurrente relativa este extremo deviene inoperante.

Además, por sentencia de 27 de octubre de 2010, cierto es que dictada con posterioridad a la formalización del escrito de demanda, la Sala desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido frente a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de marzo de 2008. Por lo demás, el plazo de tres semanas, y no de tres meses, concedido a Telefónica de España lo fijó mediante resolución motivada la



autoridad competente, como no podía ser de otra manera, y no los servicios de dicha autoridad, que actuaban en el ejercicio de sus competencias de inspección, suministrando datos, informes y criterios en función de los cuales, entre otras cosas, dicha autoridad dicta la resolución que proceda.

[...]

SÉPTIMO.- Finalmente invoca la actora la infracción del principio de proporcionalidad, alegando que la CMT se aparta del criterio de sus propios servicios técnicos, que desaconsejaron la imposición de multas coercitivas, y que Telefónica de España se ha visto privada de formular alegaciones en relación con la pertinencia y forma de aplicar en su caso las multas coercitivas, conculcándose en definitiva los principios de proporcionalidad y razonabilidad que han de presidir la ejecución de forzosa de los actos administrativos.

La Sala estima que la recurrente no ataca verdaderamente la proporción de la multa coercitiva, sino que reitera alegaciones que ya han sido examinadas, como no podía ser de otra manera, puesto que la resolución impugnada se dicta en ejecución de la Resolución de 2 de abril de 2009, cuya parte dispositiva, punto tercero, apercibe a la recurrente de la imposición de una multa coercitiva de 10.000 euros diarios para caso de incumplimiento, ateniéndose, por tanto, al dictado de la disposición adicional sexta de la Ley 32/2003 y el artículo 99 de la Ley 30/92 ; y ya hemos dicho que Telefónica de España se aquietó frente a esa resolución.

En atención a las razones expuestas el recurso no puede prosperar." (fundamentos de derecho quinto y séptimo)

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, porque como se señala en la Sentencia impugnada, la multa coercitiva no proviene de la resolución que aquí se impugna, sino de la resolución de 2 de abril de 2.009. En efecto, es dicha resolución la que preveía que en caso de retraso sobre el plazo fijado para poner a disposición de los operadores el servicio litigioso, se impondría una multa coercitiva. Pero tal imposición no es ya una decisión autónoma, sino exclusivamente condicionada a verificar que se ha incurrido en dicho retraso, a lo que está encaminado el expediente de ejecución abierto mediante resolución de 29 de julio de 2.009.

En consecuencia, al no derivar o depender la previsión de la multa coercitiva de la resolución impugnada, sino de la previa resolución de 2 de abril de 2.009, la queja sólo se podría dirigir contra ella y no en el presente recurso. Por lo demás, las multas coercitivas son un medio habitual en los sectores regulados como las telecomunicaciones también en derecho comunitario, lo que no obsta, como es natural, a que la cuantía o la relación entre la multa y la importancia de la obligación cuyo cumplimiento se trata de asegurar haya de ser desproporcionada. En el caso de autos, sin embargo, dicha cuestión no puede ser objeto del presente procedimiento por las razones antedichas, aunque cabe recordar la trascendencia del servicio de cuya implantación se trataba.

SEXTO .- Sobre el quinto motivo, relativo a la prueba del incumplimiento.

En el quinto y último motivo la empresa recurrente aduce que la Sala de instancia ha efectuado una indebida presunción del incumplimiento de Telefónica hasta el 1 de septiembre de 2.009.

La Sentencia impugnada había considerado acreditado el incumplimiento con las siguientes razones:

" **SEXTO.**- Plantea la demanda que durante el período posterior a la inspección llevada a cabo el 5 de mayo y documentada el 7 de julio de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones presume que Telefónica de España ha seguido incumpliendo lo ordenado en la Resolución de 2 de abril de 2009.

A estos efectos mantiene que la Administración no puede imponer multas coercitivas sin antes comprobar que el interesado no ha cumplido con la obligación impuesta. En nuestro caso, dice, la única labor de comprobación fue la inspección practicada el 5 de mayo de 2009 y la CMT llega a la conclusión de que la actora cumplió sus obligaciones únicamente a partir del 1 de septiembre de 2009, pero porque se lo dice Vodafone. Añade que no está acreditado que entre el 7 de julio y el 1 de septiembre de 2009 Telefónica de España haya persistido en el incumplimiento, y que así se reconoce en el Acuerdo impugnado y se acredita mediante la prueba practicada.

La Sala no puede acoger este planteamiento, que en lo sustancial no es sino reproducción de las alegaciones efectuadas a lo largo del escrito de demanda, ya examinadas y resueltas, pues del Acta de inspección de 7 de julio de 2009 y del informe de los Servicios de la Comisión de 29 del mismo mes, sumamente detallados, se extrae que Telefónica de España no dio cumplimiento en tiempo oportuno a la obligación impuesta en la Resolución de 2 de abril de 2009, dado que el sistema no estaba implementado correctamente (rechazos improcedentes de la solicitud, deficiencias en la mensajería de SGO, imposibilidad de cancelar solicitudes de tramitación y de ejecutar solicitudes de determinados tipos y procesos de portabilidad fallidos), sin que el resultado que arroja la prueba practicada, ya valorada en el recurso 118/2010, al que puso fin la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2012 , desestimando la pretensión de Telefónica de España en relación con la Resolución de la CMT de 10 de diciembre de 2009, recaída en el procedimiento sancionador RO 2009/644,



incoado en virtud del Acuerdo de la CMT de 2 de abril de 2009, mediante el que se le impuso una sanción de 11 millones de euros, pueda enervar la presunción de certeza del Acta de inspección levantada, vistos los términos del artículo 137.3 de la Ley 30/92. A estos efectos ya se dijo en la referida sentencia que,

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

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

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

Es evidente, que a fecha 7 de julio de 2009, fecha de la inspección, no se había dispuesto todavía de una solución automatizada realmente operativa del servicio indirecto sin servicio telefónico que permitiera a los operadores gestionar correctamente las solicitudes de dicho servicio, no obstante, o pesar de, las protestas de Telefónica manifestado que había conseguido la completa automatización del servicio a fecha 8 de mayo de 2009. Por lo demás, ya se ha dado cumplida respuesta a la legalidad de la inspección realizada por los servicios de la CMT, sin que la opinión de los peritos sobre el sistema utilizado, en particular cómo se tenía que haber hecho el muestreo, puedan ir más allá de un criterio de trabajo." (fundamento de derecho sexto)

El motivo no puede prosperar por dos razones. En primer lugar porque, en definitiva, todo el desarrollo del motivo no es sino la exposición de su discrepancia con la valoración de la Sala de instancia respecto a que el incumplimiento haya quedado acreditado. Y como la propia recurrente expresa en el motivo, la casación es un recurso extraordinario que está legalmente configurado exclusivamente para la revisión del derecho aplicable, no para cuestionar las valoraciones fácticas y declaraciones de hechos probados efectuados en la instancia, siempre que se hagan de forma motivada y no incurran en arbitrariedad o error patente. En el caso de autos, el fundamento que se ha transcrito, cuyas razones y datos se toman de la resolución impugnada, no puede ser calificado como arbitrario o manifiestamente erróneo, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

SÉPTIMO .- Conclusión y costas.

El fracaso de los motivos en que se apoya el recurso significa que no ha lugar a la casación de la sentencia. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas causadas a la parte que lo ha sostenido, hasta un máximo de 4.000 euros por cada una de las partes codemandadas y por todos los conceptos legales en cada caso.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 21 de mayo de 2.012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 775/2.009. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho séptimo.



Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ