



Roj: **STS 1904/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1904**

Id Cendoj: **28079110012016100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **105/2014**

Nº de Resolución: **301/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 1421/2013,**
STS 1904/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. núm. 192/2013 de 27 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1995/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba, sobre reclamación de precio de servicios de telecomunicaciones y reconvencción sobre aplicación de penalizaciones. El recurso fue interpuesto por SC Andaluza Desarrollo de las Tecnologías de las Comunicaciones, SCA (DTI2), representada por el procurador D. Alberto Hidalgo Martínez y asistida por el letrado D. Javier Olaverri Zazpe. Es parte recurrida Telefónica de España, S.A.U., representada ante esta Sala por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado y asistida por el letrado D. Manuel García Villarrubia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Cristóbal Cañete Vidaurreta, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones SCA, en adelante DTI2, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] dicte sentencia por la que:

» 1. Se declare que la demandada ha incumplido la obligación esencial de pago del precio de los servicios prestados por mi representada reclamados en la presente demanda.

» 2. Se condene a la demandada a pagar la cantidad de 523.262,02 Euros, más los intereses correspondientes en la forma indicada en este escrito, así como las cantidades que se devenguen durante la tramitación del procedimiento y hasta la íntegra ejecución de la sentencia que se dicte por los servicios prestados por mi representada a DTI2 y que no sean pagadas por ésta. En el caso de que por el Juzgado se considerase que la compensación realizada en su día no era correcta, el importe reclamado se habría de incrementar en los 41.571,16 euros compensados, con expresa condena en costas».

2.- La demanda fue presentada el 17 de noviembre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba y fue registrada con el núm. 1995/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- El procurador D. Francisco Javier Aguayo Corraliza, en representación de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones Sociedad Cooperativa Andaluza (DTI2), contestó a la demanda y formuló reconvencción mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia en la que estimando la presente reconvencción, condene a Telefónica, S.A.U. a:

» 1º.- Se condene a Telefónica de España, SAU a pagar a DTI2 la cantidad de cinco millones trescientos cincuenta y tres mil setenta y siete euros, con quince céntimos (5.353.077,15 €), que se corresponde de deducir el importe de la factura por penalizaciones previamente emitida y compensada (doc-21, pág. 19), a la deuda total de 6.003.077,15 € calculada en hecho segundo de la reconvencción, en concepto de penalizaciones por retraso en la resolución de incidencias, notificadas en la fase de tramitación, y por causa diferente del retraso en la provisión.

» 2º.- Se condene a TESAU a abonar a DTI23 la cantidad de 173.294,48 €, resultante a su favor como consecuencia de la compensación efectuada con arreglo al punto tercero del suplico de la contestación a la demanda, esto es, la diferencia entre lo que puedan valer sus servicios, y los 650.000 € prepagados por DTI2, según se detalla en el punto anterior.

» 3º.- Se condene a TESAU a abonar a DTI2 la cantidad de diecisiete mil veinticinco euros con doce céntimos (17.025,12 €), como consecuencia de la diferencia entre la factura cuya copia se aporta por DTI1, y el importe de la penalización realmente producida y que ha sido correctamente liquidada por DTI2 en el hecho tercero de la presente reconvencción y que igualmente se ha aportado dentro del GD-10, y que asciende a 58.596,28 €.

» 4º.- Se condene a TESAU a abonar a DTI2 la cantidad de 4.439,16 €, resultante a su favor como consecuencia de la compensación realizada por Telefónica el 07/10/2005, por 41.571,16 €, contra facturas de cargo de servicios OBA, que en realidad no valían más de 37.132,00 €.

» 5º.- Para el supuesto en que no se considerase objeto de compensación, la factura aportada como documento nº 21 (pág. 19) del presente escrito, por la que esta parte en su contestación a la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, solicita se considere compensada la cantidad objeto de demanda por parte de Tesau, interesamos se condene a ésta a abonar a DTI2 el importe de la misma, ascendente a 650.000,00 €.

» 6º.- Se condene a Tesau a que en el futuro emita una única factura mensual, en la que se desglosen y se identifiquen adecuadamente los conceptos que se facturen y se compensen correctamente las penalizaciones en que haya podido incurrir Telefónica de España SAU, bajo apercibimiento de que las facturas emitidas de otra manera no sean consideradas como vencidas ni exigibles y por tanto no deban ser pagadas por DTI2.

» 7º.- Costas de la presente reconvencción».

El procurador D. Cristóbal Cañete Vidaurreta, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. contestó a la demanda reconvenccional mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia en la que desestime íntegramente las pretensiones de la demanda reconvenccional, con expresa condena en costas a la demandada- reconviniente».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba, dictó sentencia núm. 72/2013 de 27 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Cristóbal Cañete Vidaurreta, en nombre y representación de la sociedad Telefónica de España, S.A.U., contra la entidad Desarrollo de la Tecnología de las comunicaciones SCA, debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de cuatrocientos cincuenta y seis mil setecientos ochenta euros con veinticuatro céntimos (456.780,24 €) más el interés legal del dinero de la referida cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago, sin hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas.

» Y que desestimando la demanda reconvenccional interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Javier Aguayo Corraliza, en nombre y representación de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA, contra Telefónica de España, S.A.U. debo absolver y absuelvo a la referida demandada de los pedimentos formulados en el suplico de dicha demanda reconvenccional, con imposición de las costas de esta reconvencción a la demandante de la reconvencción».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones SCA. La representación de Telefónica de España, S.A.U. se opuso al recurso interpuesto de contrario.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el número de rollo 183/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 192/2013 de 27 de noviembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Desarrollo de la Tecnología de las Telecomunicaciones SCA contra la sentencia que en 27 de marzo de 2013 dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta capital en Juicio Ordinario nº 1995/2009, debemos confirmar como confirmamos meritada resolución sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- El procurador D. Francisco Javier Aguayo Corraliza, en representación de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones SCA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Se articula al amparo del número 4 del artículo 469.1, al entenderse que se ha dictado una sentencia que incurre en error patente y arbitrariedad al decir la sentencia que no existe en los contratos vigentes regulación de las penalizaciones solicitadas cuando al menos hay 8 artículos que las regulan y por hacer prevalecer frente al mismo unas supuestas interpretaciones de la Cmt que, o no son aplicables al caso o no son aplicables a mi representada, lo que provoca violación del artículo 326 LEC y vulnera el artículo 24 de la CE, provocando indefensión a esta parte.»

«Segundo.- Se articula al amparo del número 2 del artículo 469.1, al entenderse que se ha infringido el artículo 222.4 LEC y 42.3 LEC en la medida en que la sentencia recurrida ignora los efectos vinculantes que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales y administrativos, contradiciendo tales resoluciones, produciendo indefensión a esta parte.»

«Tercero.- Se articula al amparo del número 4 del artículo 469.1, al entenderse que se ha infringido los artículos 9.3 y 24 de la CE, produciendo indefensión a esta parte, en la medida en que la sentencia recurrida ignora los efectos vinculantes que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales y administrativos, contradiciendo tales resoluciones.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Con base en el artículo 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción de los artículos 1281, 1285, 1286 y 1091 del CC al no haberse utilizado por parte de la sentencia el contenido del contrato ni la forma de interpretación auténtica que la CMT ha realizado del mismo.»

«Segundo.- Por infracción del artículo 7 del Código Civil y de los principios generales del derecho que prohíben ir contra los actos propios, así como de la Jurisprudencia de esta Sala de fecha 19 de septiembre de 2013 y la de fecha 13 de julio de 2012».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DESARROLLO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. contra la sentencia dictada, en fecha 27 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Tercera), en el rollo de apelación nº 183/2013 dimanante del juicio ordinario nº 1995/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba.

» 2º) Conforme a lo dispuesto en el art. 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los documentos aportados quedan unidos, siendo en el momento de dictar sentencia cuando este tribunal resuelva sobre la admisión y el alcance de la documental aportada.

» 3º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000, entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Durante la tramitación de los recursos, la recurrente ha presentado un escrito el 2 de octubre de 2014, aportando la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 (recurso 333/2011); un



escrito presentado el 6 de noviembre de 2014, en el que aporta «como nueva prueba» la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 2 de octubre de 2014; y finalmente un escrito presentado el 2 de abril de 2016, en el que «como nueva prueba» aporta certificados relativos a la notificación y firmeza de la resolución presentada con el anterior escrito.

5.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Antecedentes del caso.*

1.- Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en lo sucesivo, DTI2) es una empresa que trabaja como operadora de telecomunicaciones, proveyendo servicios de Internet a las empresas. Para el desarrollo de su actividad, DTI2 necesita acceder a las instalaciones de las centrales de Telefónica España, S.A.U. (en lo sucesivo, TESAU) y a sus redes de distribución de la señal desde la central de TESAU hasta el abonado final. Esta necesidad deriva del hecho de ser TESAU el antiguo monopolio de telefonía y tener en su propiedad todas las centrales y redes de distribución. El Gobierno, en aplicación del RD 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento de Acceso al Bucle de Abonado de los operadores dominantes y, posteriormente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, apoyándose en las directrices europeas, consideró que no tenía sentido económico obligar a pequeñas operadoras a invertir en nuevas centrales y redes que serían redundantes e innecesarias.

2.- Las relaciones entre TESAU y los operadores alternativos se regulan por el Acuerdo General de Acceso al Bucle (AGB), el cual está formado por la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), que es dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) a TESAU para que la haga suya y la publique y por los cuatro contratos tipos incluidos como anexos en la propia OBA. Esta regulación es de obligado cumplimiento para TESAU y esta controlada por la CMT. Su finalidad es regular el acceso de los pequeños operadores a las instalaciones del antiguo monopolio de manera que pueda ser viable su negocio. Por ello se regula de forma minuciosa estableciendo fuertes penalizaciones para TESAU en caso de que utilice su situación de superioridad en detrimento de las posibilidades de operar de los pequeños competidores. La OBA incluye y desarrolla estas penalizaciones derivadas del posible incumplimiento del AGB, las cuales habrán de ser reclamadas en vía civil, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas que puedan imponerse a TESAU si la CMT considera que su comportamiento afecta al interés público de garantizar el acceso al bucle.

Pueden distinguirse dos tipos de servicios que pueden ser objeto de las relaciones contractuales que al amparo de esta OBA han podido establecerse entre TESAU y los operadores autorizados. En primer lugar, el servicio de ubicación, mediante el que TESAU provee las condiciones necesarias para la instalación de los equipos de los operadores alternativos y la conexión entre redes, en los edificios de TESAU en los que se albergan elementos de red en los que facilita el acceso desagregado al bucle del abonado (denominado ubicación), o en parcelas o inmuebles contiguos de su propiedad, esto es, ubicación distante en la parcela de TESAU donde se asienta el edificio que aloja el repartidor de abonados.

En segundo lugar, los servicios de acceso al bucle del abonado, servicios de telecomunicaciones mediante los que el operador alternativo, una vez instalado físicamente en la ubicación facilitada por TESAU en su edificio o en parcela o inmueble contiguo, puede conectarse a la red de TESAU y prestar sus propios servicios de telecomunicaciones a sus clientes.

3.- Las relaciones entre DTI2 y TESAU, en el seno de las cuales se produjeron los hechos que dan lugar a este proceso, se iniciaron en 2004, cuando la demandada comunicó a TESAU que se acogía a la Oferta de Bucle de Abonado de TESAU, aprobada por la CMT el día 31 de marzo de 2004 (en lo sucesivo, OBA 2004), y firmaron, el 17 de junio, cuatro contratos de los regulados en la OBA.

TESAU fue remitiendo a DTI2 las facturas por los servicios prestados, pero DTI2 no las pagó porque las compensó con la cantidad a que ascendían las penalizaciones que consideraba aplicables a los incumplimientos que imputaba a TESAU, de importe muy superior al de las facturas. TESAU no admitió esa conducta, puesto que solo reconoció una pequeña parte de los incumplimientos que le imputaba DTI2.

4.- TESAU presentó demanda contra DTI2 en reclamación del importe de las facturas por los servicios prestados por la actora y que no habían sido abonadas por la demandada, por importe de 523.262,02 euros. DTI2 se opuso, pues alegó que la facturación era incorrecta y que debían aplicarse numerosas penalizaciones a TESAU, previstas en la OBA y en los contratos firmados por las partes. Como el importe de esas penalizaciones adeudadas por TESAU a DTI2 alcanzaba, según esta, el importe de 6.003.077,15 euros,



DTI2 formuló reconvencción reclamando el importe que resultaba de compensar la cantidad que adeudaba por las facturas impagadas, menor que la reclamada en la demanda, con el importe de las penalizaciones.

5.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba, al que correspondió el conocimiento de la demanda, estimó en parte la oposición basada en la incorrección de la facturación, y dejó reducido su importe a 456.780,24 euros, pero desestimó la reconvencción. El juzgado consideró que la OBA 2004 no establecía penalización alguna para las incidencias en la fase preparatoria del servicio de ubicación, pues solo las establecía a partir de la aceptación del proyecto, esto es, una vez que el operador realice la solicitud de provisión del servicio, sin que puedan aplicarse a la fase previa las penalizaciones previstas para la fase posterior. La segunda razón para desestimar la reconvencción fue que las solicitudes de servicios previstos en la OBA y las incidencias de provisión realizadas por DTI2 a TESAU no se hicieron siguiendo el procedimiento administrativo previsto en la OBA, puesto que de acuerdo con la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, hasta pasados tres meses de la aprobación de dicha resolución, los procedimientos administrativos previstos en dicha resolución no serían aplicables, y lo seguirían siendo los vigentes hasta ese momento (los de la OBA del año 2002), pese a lo cual, la práctica totalidad de las solicitudes de servicio y las incidencias de provisión formuladas antes de 30 de junio de 2004 se presentaron sin respetar los procedimientos administrativos de la OBA 2002, pues en vez de utilizar la dirección de correo electrónico prevista en la OBA 2002, presentó escritos en la delegación provincial de TESAU en Córdoba. Y respecto de las dos incidencias a las que serían de aplicación los procedimientos previstos en la OBA de 2004, la sentencia de primera instancia afirma que tampoco se siguieron los trámites previstos. Por último, afirma la sentencia que las penalizaciones por retrasos en la resolución de incidencias de provisión que tengan por causa retrasos en la provisión de esos mismos servicios son mutuamente excluyentes.

Por estas razones, el juzgado estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción.

6.- DTI2 recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial, tras poner de manifiesto que resultaba extraño que una empresa modesta como DTI2, pese a afirmar que TESAU le adeudaba más de 6.000.000 euros, solo las reclamara al cabo de cinco años, cuando TESAU le reclamó el pago de las facturas emitidas por sus servicios, confirmó los argumentos empleados por el juzgado para desestimar la reconvencción: las penalizaciones en la fase preliminar en las que DTI2 fundaba su reclamación no estaban previstas en la OBA ni en los contratos firmados por las partes, sin que fuera admisible una interpretación extensiva de las cláusulas que preveían las penalizaciones; que el reconocimiento por TESAU de algunas penalizaciones, no por incidencia de provisión sino por retraso en la provisión de los servicios, no supone un reconocimiento que permita aplicar la doctrina de los actos propios; y que DTI2 no había cumplido los procedimientos administrativos previstos en la OBA para las solicitudes, reclamaciones y declaración de incidencias. Por ello, y considerando correctos los argumentos contenidos en las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de diciembre de 2004 y 22 de noviembre de 2007, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

7.- DTI2 ha presentado un escrito de 216 páginas, sin apenas espacio interlineal entre los renglones y con 407 notas a pie de página, en letra minúscula y con frecuencia extensas, en el que formula recurso extraordinario por infracción procesal basado en tres motivos y recurso de casación basado en dos motivos.

Además, durante la tramitación del rollo de los recursos, la recurrente ha presentado un escrito en el que aporta la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 (recurso 333/2011); un escrito en el que aporta «como nueva prueba» la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 2 de octubre de 2014; y finalmente un escrito en el que «como nueva prueba» aporta certificados relativos a la firmeza de la resolución presentada con el anterior escrito.

SEGUNDO.- *Consideraciones previas. Los recursos extraordinarios no constituyen una tercera instancia. Improcedencia de realizar alegaciones y aportar nuevas pruebas durante su tramitación.*

1.- Es doctrina reiterada de esta sala la que, tomando en consideración la naturaleza, función y finalidad de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, afirma que estos recursos se hallan sometidos a ciertas exigencias que se traducen, entre otras cuestiones, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida, en la exigencia de precisión en las alegaciones, en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (sentencia 557/2012, de 1 octubre).

2.- El recurso extraordinario por infracción procesal no permite volver a plantear en su totalidad la problemática fáctica del litigio, reiterando las alegaciones de esta naturaleza formuladas en las previas instancias, y mucho menos mezclar cuestiones procesales y sustantivas. Solamente permite formular la denuncia de determinadas infracciones procesales, especialmente graves, que puedan tener encaje en alguno de los cuatro motivos previstos en el art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



3.- El recurso de casación no abre una tercera instancia ante la que formular las alegaciones que cada una de las partes estime procedentes en defensa de sus posiciones. Es un recurso extraordinario que tiene por finalidad unificar la interpretación de la norma sustantiva aplicable para la decisión de la controversia sometida a la decisión de los Tribunales, de tal forma que impone identificar con claridad y precisión cuál es la norma, principio general de Derecho o jurisprudencia vulnerados por la sentencia recurrida y razonar con precisión la existencia de la infracción denunciada, con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente.

Esto se traduce en que su estructura sea muy diferente a la de un escrito de alegaciones en el que se mezclan cuestiones heterogéneas, y en que no sea admisible la cita como infringido de un precepto a fin de crear la apariencia de que concurren los requisitos formales de la casación y de este modo superar el trámite de admisión del recurso y, bajo tal cobertura formal, formular un escrito de alegaciones en el que se acumulan las alegaciones de la más diversa naturaleza y se pretende replantear la totalidad de las cuestiones litigiosas, sin razonar propiamente la infracción afirmada en el encabezamiento (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 280/2012, de 7 de mayo y 418/2012, de 28 de junio).

4.- La recurrente no respeta estas exigencias y formula un escrito de una extensión claramente inadecuada, por su excesiva extensión, para unos recursos de esta naturaleza, en el que las mismas cuestiones sirven para formular el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, porque en realidad se formula un simple escrito de alegaciones, solo formalmente distribuidas en varios motivos de infracción procesal y de casación, en las que se vuelve a plantear de un modo indiferenciado toda la problemática fáctica y jurídica desarrollada en las instancias, y se pretende que el tribunal de casación actúe como una tercera instancia, revisando todas las cuestiones, de naturaleza preponderantemente fáctica, resueltas por los tribunales de instancia.

Esta conducta es incompatible con las exigencias de los recursos extraordinarios y determinan, como se razonará, que los recursos deban ser desestimados.

5.- Durante la tramitación, la recurrente ha seguido presentando escritos y realizando alegaciones. También esta conducta es improcedente.

Solo el escrito con el que se aportó la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 tiene justificación, al menos teórica, en el art. 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , si bien la sentencia carece de carácter condicionante o decisivo para esta resolución por la distinta función que la CMT, cuya resolución resulta confirmada por la sentencia, tiene respecto de los tribunales de orden civil, y porque los tribunales contencioso-administrativos se limitan a considerar, desde la perspectiva de la tutela de los intereses públicos (la tutela de la libre competencia en las telecomunicaciones, que resultaría restringida por la eliminación de competidores) que la mora en que pudiera haber incurrido DT12 no justifica la resolución del contrato sino que determina el derecho del acreedor a obtener una indemnización de los daños y perjuicios causados.

Los otros dos escritos pretenden aportar nuevas pruebas, y realizar nuevas alegaciones, que se sumarían a las contenidas en las 216 páginas del recurso, en las que DT12 pretende sustentar su impugnación.

No procede tomar en consideración tales escritos. Los recursos extraordinarios de los que conoce esta sala tienen una tramitación que se limita, en lo que aquí interesa, al escrito de interposición del recurso y a la oposición que pueda formular la parte recurrida. No es admisible que las partes sigan presentando escritos una vez precluido el trámite de alegaciones que se concede a cada parte, pretendiendo añadir argumentos a lo expuesto en dicho trámite de alegaciones. Una vez formulado el recurso (o la oposición al mismo) la parte no puede ampliar sus alegaciones, porque ha precluido la oportunidad de hacerlo.

6.- Menos aún pueden aportarse nuevas pruebas, puesto que la sentencia que resuelve los recursos extraordinarios no puede basarse en hechos posteriores a los que sirvieron de base a la sentencia recurrida. La naturaleza y finalidad de los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación de que conoce esta sala, que es controlar la existencia de determinadas infracciones legales de naturaleza procesal o sustantiva, siempre que se cumplan los requisitos de admisibilidad de los recursos y las infracciones denunciadas tengan cabida en el cauce procesal de uno u otro recurso, es incompatible con la reelaboración de la base fáctica de la que parte la sentencia recurrida.

Como declaró esta sala en su sentencia 408/2000, de 19 de abril , «si ya la doctrina de esta Sala sobre la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en casación es tan notoria que huelga la cita de cualquier sentencia al respecto, aún más notorio es que el recurso de casación no puede fundarse sobre hechos diferentes de los que hayan sido objeto de debate».

Recurso extraordinario por infracción procesal.

**TERCERO.-** *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El enunciado con el que se encabeza este primer motivo es el siguiente:

«Se articula al amparo del número 4 del artículo 469.1, al entenderse que se ha dictado una sentencia que incurre en error patente y arbitrariedad al decir la sentencia que no existe en los contratos vigentes regulación de las penalizaciones solicitadas cuando al menos hay 8 artículos que las regulan y por hacer prevalecer frente al mismo unas supuestas interpretaciones de la Cmt que, o no son aplicables al caso o no son aplicables a mi representada, lo que provoca violación del artículo 326 LEC y vulnera el artículo 24 de la CE , provocando indefensión a esta parte».

2.- El motivo se desarrolla a lo largo de cuarenta páginas, se exponen alegaciones heterogéneas en las que se denuncia que la interpretación de la OBA y de los contratos realizada por los órganos de instancia es «notoriamente irracional y arbitraria», se alega que DTI2 sí respetó los procedimientos administrativos previstos en la OBA para sus relaciones con TESAU, se denuncia que las resoluciones de la CMT citadas por la sentencia recurrida «no son aplicables al caso o no son aplicables a DTI2» por no haber sido parte en ellas, se afirma que TESAU ha asumido como actos propios la existencia de las incidencias y penalizaciones alegadas por DTI2, y se concluye que las penalizaciones por las incidencias de provisión están previstas en los contratos firmados.

Estos argumentos se exponen trufados de extensas alegaciones relativas a la versión de la recurrente sobre cómo sucedieron los hechos objeto del litigio, con inserción de cuadros, esquemas, transcripción de extensos pasajes de resoluciones de la CMT, etc.

CUARTO.- *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- El planteamiento del motivo del recurso incumple las exigencias propias de este recurso extraordinario, puesto que contiene un acarreo de argumentos heterogéneos, en los que se reelabora la base fáctica conforme a los intereses de la recurrente y se hace referencia a cuestiones de naturaleza sustantiva, tales como la interpretación de los contratos o la aplicación de la doctrina de los actos propios.

La recurrente expone su versión sobre cómo sucedieron los hechos, y critica la interpretación que la Audiencia Provincial ha realizado de la OBA, de los contratos y la interpretación y aplicación efectuada de diversas resoluciones de la CMT.

El recurso extraordinario por infracción procesal no puede fundarse en infracciones de naturaleza sustantiva, y tampoco permite que el recurrente exponga su versión sobre cómo sucedieron los hechos y pretenda que sea esa versión, y no el sustrato fáctico de la sentencia recurrida, la que sirva para comprobar si se han aplicado correctamente las normas legales sustantivas determinantes de la decisión del litigio.

2.- En el encabezamiento del motivo se cita como infringido el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En el desarrollo de la argumentación, tras transcribir el apartado primero de dicho precepto («[l]os documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen»), la recurrente afirma que «la sentencia *a quo* no ha aplicado el citado artículo 326 y no ha valorado debidamente los contratos firmados entre las partes y la OBA 2004».

Esta Sala ha declarado con reiteración que no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , puede llegar a realizarse excepcionalmente en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 432/2009, de 17 de junio , 196/2010, de 13 de abril , 495/2009, de 8 de julio , 211/2010, de 30 de marzo , y 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica de los hechos que resultan de tales pruebas, y menos aún con la interpretación de los contratos, de normas legales o de actos administrativos. Una valoración como esta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial (en este sentido, sentencias 77/2014, de 3 de marzo , y 533/2014, de 14 de octubre).

Por tanto, la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

3.- El motivo incurre en el defecto de confundir la valoración de la prueba documental con la interpretación del contenido documental (de los contratos, de la OBA, de las resoluciones de la CMT), siendo el primer aspecto procesal y el segundo sustantivo, que como tal no puede plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, solo a través del recurso de casación si tiene cabida dentro del mismo, puesto que, como



es sabido, la interpretación de los contratos tiene un acceso restringido a casación, y la infracción de normas administrativas o la disconformidad con la interpretación de actos administrativos que pueda haber realizado el tribunal de apelación no son aptas para fundar un recurso de casación.

Una cosa es la prueba de que determinados hechos existieron, que se firmaron determinados contratos y se había publicado una OBA con un determinado texto, que la CMT había dictado determinadas resoluciones, que es la cuestión de hecho que debe resultar fijada en la actividad probatoria, y otra es la interpretación y valoración de tales documentos, que es una cuestión de valoración jurídica ajena al recurso extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- *Formulación de los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

«Se articula al amparo del número 2 del artículo 469.1, al entenderse que se ha infringido el artículo 222.4 LEC y 42.3 LEC en la medida en que la sentencia recurrida ignora los efectos vinculantes que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales y administrativos, contradiciendo tales resoluciones, produciendo indefensión a esta parte».

2.- El epígrafe que encabeza el tercer motivo es el siguiente:

«Se articula al amparo del número 4 del artículo 469.1, al entenderse que se ha infringido los artículos 9.3 y 24 de la CE , produciendo indefensión a esta parte, en la medida en que la sentencia recurrida ignora los efectos vinculantes que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales y administrativos, contradiciendo tales resoluciones».

3.- La recurrente alega formular ambos motivos con idéntico contenido material. La única diferencia estriba en que en uno y otro motivo, lo expuesto se considera que constituye infracciones diferentes, que se denuncian por el cauce de diferentes apartados del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

4.- La recurrente alega que la Audiencia Provincial ha fallado en contradicción con lo dispuesto por la CMT en tres resoluciones administrativas. Ello supondría, de una parte, el desconocimiento de los efectos vinculantes de dichas resoluciones y, por tanto, la infracción de la cosa juzgada positiva, del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

SEXTO.- *Decisión de la Sala. Desestimación de los motivos.*

1.- Las resoluciones administrativas no tienen eficacia de cosa juzgada en un litigio civil. Con carácter general, su trascendencia se limita a que el relato de hechos que se contiene en la misma tiene un valor probatorio que debe ser ponderado junto al resto de las pruebas practicadas en el proceso.

2.- En línea con lo declarado por las sentencias de esta la Sala 23/2012, de 26 de enero , y 532/2013, de 19 septiembre , puede afirmarse que el art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, y menos aún por los órganos administrativos.

La circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, ni les impone aceptar las conclusiones obtenidas en un proceso de distinta naturaleza en aras del principio de seguridad jurídica.

Entre las más recientes, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre , fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, declarando:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre , F. 3).



»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)».

Como conclusión, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que solo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial no incurre en la vulneración del art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución denunciada.

El recurso realiza una cita parcial y sesgada de las resoluciones de la CMT, descontextualiza diversas afirmaciones contenidas en las mismas, plantea como cuestiones fácticas valoraciones que tienen naturaleza jurídica y hace alusión a cuestiones (como el supuesto aquietamiento de TESAU a determinadas actuaciones de DTI2 y su pretendida naturaleza de actos propios) que nada tienen que ver con el supuesto efecto vinculante de las resoluciones de la CMT o que suponen la modificación de la base fáctica sentada en la instancia (como es que la remisión de sus comunicaciones en determinada forma y a determinada dirección le fue recomendada por los empleados de TESAU) y carecen de relación alguna con la infracción denunciada en los epígrafes de los motivos.

Por otra parte, en la fijación del sustrato fáctico, los órganos de instancia debían tomar en consideración la totalidad de las pruebas practicadas, entre otras, las pruebas periciales, de gran importancia dada la naturaleza eminentemente técnica de las cuestiones controvertidas.

3.- La recurrente afirma en el motivo que «la CMT ha declarado procedente la aplicación de las mismas penalizaciones que nos ocupan». Sin embargo, ni la CMT ni los tribunales del orden contencioso-administrativo tienen entre sus competencias la de pronunciarse sobre los efectos jurídicos civiles de los contratos firmados por las partes y, en concreto, sobre la procedencia de aplicar las penalizaciones que en ellos se prevén, que es la cuestión fundamental objeto de la reconvención. Así lo ha declarado la Sala 3ª del Tribunal Supremo al afirmar en su sentencia de 28 de junio de 2011 (recurso 5732/2008), en la que ha declarado:

«Hemos afirmado que la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, tiende a velar por los objetivos de interés público (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros) que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red, o de los ulteriores conflictos de acceso al bucle de abonado, son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que tanto la interconexión como el acceso al bucle final son elementos clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos. Hemos significado, no obstante, que la función del organismo regulador en la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como el de la telefonía no es la de componedor de los intereses privados en conflicto.

»Reconocemos que la exigencia del pago de las penalizaciones podría encuadrarse en la "zona gris" de las diversas materias comprendidas en y afectadas por los conflictos de acceso, de modo que la tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más tarde confirmada por el tribunal de instancia, tenía a su favor argumentos no desdeñables. Pero, frente a ellos, consideramos sin embargo prevalentes los que ya hemos expuesto, de los que resulta que las competencias atribuidas a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los artículos 14 y 48 de la Ley 32/2003, en materia de conflictos de acceso e interconexión de redes, no incluyen la de pronunciarse sobre la exigibilidad de las cláusulas penales contenidas en los contratos que vinculan a los operadores».

4.- Por otra parte, los órganos de instancia, lejos de contrariar lo afirmado por la CMT en sus resoluciones, han hecho suyos los argumentos de estas resoluciones que han considerado correctos. Cuestión distinta es que la recurrente sostenga una interpretación de dichas resoluciones muy diferente de la sostenida por los órganos de instancia.

**Recurso de casación.****SÉPTIMO.-** *Formulación del primer motivo del recurso de casación.*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

«Con base en el artículo 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción de los artículos 1281, 1285, 1286 y 1091 del CC al no haberse utilizado por parte de la sentencia el contenido del contrato ni la forma de interpretación auténtica que la CMT ha realizado del mismo».

2.- La recurrente revisa de nuevo todos los hechos que considera relevantes, fijándolos de modo diferente a como se ha hecho en la instancia, va exponiendo diversos apartados de la OBA y de los contratos y exponiendo la interpretación que considera correcta, hace referencia a cuestiones jurídicas de diversa naturaleza («nadie debe obtener beneficio de su propia torpeza», actuación de mala fe de TESAU), expone la interpretación que la CMT ha realizado de los citados contratos y en concreto de las penalizaciones aplicables, y concluye que debe admitirse «la aplicación del contrato y la doctrina de la CMT que interpreta las cláusulas que rigen este supuesto».

OCTAVO.- *Decisión de la Sala. Incorrecta formulación del motivo.*

1.- La naturaleza y función del recurso de casación impide que bajo la invocación de preceptos de naturaleza genérica se pretenda la sustitución del criterio valorativo de la Audiencia por el propio de la parte recurrente, realizando una alegación de argumentos heterogéneos y desordenados.

Esta sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, exigida por el 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada a la casación. Lo expuesto responde a que no es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso (en este sentido, sentencias 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 enero de 2012, 185/2012, de 28 de marzo, y 348/2012, de 6 de junio).

Resulta completamente inapropiada en casación la cita como infringido del art. 1091 del Código Civil para afirmar que, al no haber fijado la Audiencia Provincial la base fáctica que sostiene la recurrente y no haber realizado las valoraciones jurídicas en concordancia con lo pretendido por la recurrente, y en concreto, la interpretación contractual sostenida por esta, se ha desconocido la fuerza vinculante de los contratos.

2.- En lo que se refiere a la interpretación de los contratos, es doctrina constante de esta sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o se vulneren concretas normas legales que regulan dicha interpretación.

En el supuesto de fundarse un motivo en la infracción de las normas que regulan la interpretación de los contratos, como es el caso, también se ha declarado que no se pueden considerar infringidas dichas normas legales cuando, lejos de combatirse una labor interpretativa abiertamente contraria a lo dispuesto en ellas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto. En consecuencia, el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico.

Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud. Así lo hemos declarado en la sentencia 198/2012, de 26 de marzo, con cita de otras anteriores.

3.- Los artículos 1281 a 1289 del Código Civil no contienen un conjunto amorfo e indiferenciado de normas jurídicas. Por el contrario, contienen unas normas legales que, siendo armónicas, son completamente



diferentes, hasta el punto de que hemos declarado que no es posible la cita indiferenciada de las mismas, e incluso la falta de cita del párrafo concreto del art. 1281 del Código Civil que se considera infringido, puesto que cada uno de sus párrafos contiene una norma jurídica diferente.

4.- El motivo del recurso desconoce estas exigencias propias del recurso de casación. Tras citar esos preceptos legales como infringidos, no desarrolla adecuadamente como se infringen cada una de las normas legales contenidas en los mismos. Se limita a exponer la base fáctica del modo que le resulta conveniente, y no como viene fijada en la instancia, a exponer su interpretación de las resoluciones de la CMT, a expresar cuál debe ser, en su opinión, la interpretación que debía darse tanto a la OBA como a los contratos firmados por las partes y, en conclusión, la procedencia de las penalizaciones cuyo pago reclama en la reconvención. Además, hace referencia a cuestiones jurídicas completamente ajenas a las infracciones de las normas de interpretación de los contratos que se invocan en el encabezamiento del motivo.

Al hacerlo así, la recurrente infringe las exigencias propias del motivo de casación.

5.- Por último, no puede admitirse que la supuesta disparidad entre el criterio interpretativo del contrato empleado por la Audiencia y el que, en la personal opinión de la recurrente, habría empleado la CMT al resolver los expedientes relativos a las relaciones entre TESAU y DTI2, suponga una infracción legal por «no haberse utilizado por parte de la sentencia [...] la forma de interpretación auténtica que la CMT ha realizado del mismo».

De ser cierto que los criterios interpretativos de la CMT y la Audiencia fueran divergentes, ello no supondría la infracción de ninguno de los preceptos legales invocados. Y, como ya hemos expuesto en anteriores fundamentos, entre las competencias de la CMT no se encuentra la de fijar la interpretación de las cláusulas de penalización previstas en los contratos suscritos por los operadores con TESAU para determinar si es o no procedente el pago de las mismas.

NOVENO.- *Formulación del segundo motivo del recurso de casación.*

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Por infracción del artículo 7 del Código Civil y de los principios generales del derecho que prohíben ir contra los actos propios, así como de la Jurisprudencia de esta Sala de fecha 19 de septiembre de 2013 y la de fecha 13 de julio de 2012».

2.- En el desarrollo del motivo, DTI2 alega que TESAU ha dado por buenas las solicitudes e incidencias notificadas por DTI2 y ha aceptado hacerse cargo de las penalizaciones en diversos expedientes ante la CMT, realizando una extensa exposición en la que hace referencia a diversas resoluciones de la CMT y diversos actos de TESAU.

DÉCIMO.- *Decisión de la Sala. La sentencia recurrida no infringe la doctrina de los actos propios.*

1.- La doctrina de esta Sala sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencia 1/2009, de 28 de enero y las que en ella se citan). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio , 119/2013, de 12 de marzo , y 649/2014, de 13 de enero de 2015).

Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado. Por eso se exige que tales actos constituyan la expresión inequívoca del consentimiento y que no haya ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho.

2.- Tales requisitos no concurren en el presente supuesto, en el que el conflicto entre las partes por la procedencia o improcedencia de aplicar las penalizaciones del contrato se ha producido desde el inicio de la relación entre ambos, habiendo dado lugar a varios expedientes ante la CMT en los que las posturas de las partes han estado claramente enfrentadas. Bajo ningún concepto puede entenderse que DTI2 haya realizado una determinada conducta inducida por una actuación inequívoca de TESAU que supusiera el reconocimiento por esta de su obligación de pagar las penalizaciones previstas en el contrato en las que DTI2 basa su reconvención.



3.- Por otra parte, para fundar el motivo, la recurrente procede en buena medida a modificar la base fáctica de la que parte la sentencia de la Audiencia Provincial, con lo que incurre en el defecto de petición de principio.

Por todo lo expuesto, los motivos del recurso deben ser desestimados, y la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmada en sus propios términos.

UNDÉCIMO .- *Costas y depósitos.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por SC Andaluza Desarrollo de las Tecnologías de las Comunicaciones, SCA (DT12), contra la sentencia núm. 192/2013 de 27 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación núm. 183/2013. **2.º-** Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos. Líbese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena