

Id Cendoj: 28079130032008100194
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 5861/2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x CONTRATO DE SUMINISTROS x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x TIPICIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x
- x CARGA DE LA PRUEBA x

Resumen:

Imposición de una multa de 900.000 euros a Telefónica, S.A. por haber abusado de su posición dominante. Se comprueba, en primer lugar, que el órgano judicial ha dado respuesta precisa y concreta a la causa de pedir, de modo que no se observa un desajuste externo entre el fallo judicial y los términos en que la parte fundamentó jurídicamente su pretensión de anulación. Se señala asimismo que la inclusión en el contrato Megavía ADSL de cláusulas que atribuyen a Telefónica Data la propiedad, el suministro y el mantenimiento del Splitter constituye un abuso de posición dominante, en la medida en que dicha compañía filial del Grupo TELEFÓNICA, que ostenta una posición de dominio en los mercados afectados, obtendría una ventaja competitiva en detrimento de sus competidores, que no pueden ofertar una ventaja equivalente, apartándose de lo establecido en la Orden ADSL. Se rechaza la vulneración del principio de tipicidad y del derecho a la presunción de inocencia. Igualmente se rechaza la infracción del principio de proporcionalidad en lo que se refiere a la cuantía de la sanción, que se reputa ajustada a las circunstancias concurrentes.

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 5861/2005, interpuesto por el Procurador Don Alberto Alfaro Matos, en nombre y representación de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 380/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 29 de abril de 2002, sobre sanción por la realización de conductas prohibidas. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 380/2002, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2005 , cuyo fallo dice literalmente:

«FALLO: Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 28 de septiembre de 2005 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A. recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 17 de noviembre de 2005, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«se sirva admitir el presente escrito y tener por interpuesto Recurso de Casación contra la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de fecha 30 de junio de 2005, recaída en el Recurso Contencioso Administrativo nº 380/2002, y en su día dicte Sentencia por la que estimando el presente Recurso de Casación case la Sentencia recurrida y la anule y por tanto declare la no conformidad a Derecho y consiguiente anulación de la Resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 29 de abril de 2002, dictada en el expediente 518/01, o subsidiariamente, dicte Sentencia acordando la reducción de la sanción impuesta a Telefónica, S.A.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 25 de abril de 2006, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 1 de junio de 2006 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 14 de julio de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme el auto (sic) que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en el *art. 139 LJCA*.-».

SEXTO.- Por providencia de fecha 3 de diciembre de 2007, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 29 de abril de 2008, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 29 de abril de 2002, recaída en el expediente 518/01, que impuso a dicha Entidad mercantil una multa de 900.000 euros, por haber abusado de su posición dominante, infringiendo el *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el objeto de delimitar el «*thema decidendi*», procede transcribir los razonamientos de la sentencia recurrida en el extremo en que la Sala de instancia rechaza los motivos de impugnación deducidos sobre la inexistencia de una conducta antijurídica que infrinja el *artículo 6 de la Ley de DefensadelaCompetencia*, sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y en la determinación de la sanción impuesta que se refieren, en los fundamentos jurídicos segundo y tercero, en los siguientes términos:

«No podemos compartir las alegaciones de la recurrente en orden a exculpar su responsabilidad como consecuencia de la comisión de los hechos declarados probados, asumiendo en esencia los razonamientos expuestos por el TDC en su resolución. En efecto, en relación a la primera de las conductas

imputadas, resulta de singular importancia la lectura del punto 5 de la fundamentación jurídica de la resolución del TDC, en términos que son plenamente compartidos por este Tribunal. Del conjunto de los argumentos plasmados en dicho apartado destacamos como esencial el relativo a los términos en los que está redactada la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de marzo de 1999, nº 8182 (Orden ADSL), pues en la misma, contrariamente a lo que se afirma en la demanda, se imponen al operador dominante una serie de obligaciones tendentes a facilitar el acceso a otros operadores al bucle de abonados, que se relacionan en el mismo, subrayando que en todo caso deberá respetarse el principio de neutralidad frente a quienes requieran el acceso. También que de la simple lectura de la Orden no se desprende la fecha a partir de la que Telefónica estaba en disposición de realizar las pruebas para comprobar la compatibilidad de sus medios con los de Telefónica en orden a la apertura indirecta del bucle local, y tampoco podía deducirse que la solicitud del PAIBAs fuera el primer paso para la realización de dichas pruebas, por lo que el trato dado a su filial Telefónica Data resulta contrario a las reglas de la libre competencia en los términos expresados de abuso de posición de dominio, siendo relevante que el *art. 11* de la Orden ADSL remite al contrato tipo la regulación de las relaciones entre los operadores dominantes y los autorizados y dicho contrato fue aprobado un mes después de que Telefónica Data realizara su primera solicitud de conexión.

Tampoco puede prosperar el alegato de la recurrente en relación con la segunda de las imputaciones que se realizan en la resolución impugnada y nuevamente en este punto debemos remitirnos a la misma resolución, pues expresa con claridad plena la entidad de lo ocurrido y pone de manifiesto que según las cláusulas de los contratos objeto de examen, Telefónica Data aparece ante el usuario como propietaria del splitter y lo instalará y mantendrá, lo que supone además de una infracción de la Orden ADSL, otra de las reglas de la libre competencia ya que esta cualidad supone un a importante ventaja competitiva frente a los demás competidores que, de acuerdo con la Orden ADSL especificaban la doble intervención, del operador autorizado y de Telefónica como propietaria del splitter. No puede entenderse infringido el principio de presunción de inocencia, pues de acuerdo con la jurisprudencia del TC (STC 102/1994) ha existido por parte de la Administración prueba de cargo suficiente para fundar la imposición de la sanción, siendo la más evidente la aportación de los contratos cuya existencia ha sido expresamente reconocida por la recurrente.».

Previamente, la Sala de instancia, en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, enunció los hechos que estimó de necesario conocimiento para resolver la cuestión planteada:

«[...] Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada, una vez delimitado el mercado de referencia como el de servicios de acceso a Internet a través de las telecomunicaciones, los siguientes:

1) La regulación inicial para el establecimiento en España de la tecnología ADSL figura en las OOMM de Fomento de 26 de marzo de 1999, nº 8181 y 8182. En la nº 8182 (Orden ADSL) se establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle del abonado de la red telefónica fija, y es la normativa básica que regulaba las condiciones en las que los operadores dominantes de redes públicas telefónicas fijas debían proveer el acceso al bucle del abonado incorporando tecnologías de Línea de Abonado Digital Asimétricas (ADSL).

2) El *art. 6* de la Orden ADSL, imponía al operador dominante (Telefónica de España SA), respetar el principio de neutralidad en relación con las condiciones económicas, operativas y comerciales, en particular frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso".

3) Por Resolución del Secretario General de Comunicaciones de 9 de julio de 1999 fue aprobado el contrato-tipo para la provisión por Telefónica de España del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado.

4) En junio de 1999 Telefónica de España y Telefónica Data inician contactos para comenzar las pruebas preparatorias del lanzamiento del servicio y el 8 de junio de 1999 se realizan las primeras peticiones de interconexión a los Puntos de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado de Madrid y Barcelona. Las primeras fechas de alta del servicio Gig ADSL fueron los días 15 de junio en Barcelona y 22 en Madrid. Se facturaron servicios contratados de Gig ADSL desde el 1 de agosto hasta el 31 de agosto de 1999 por concepto de cuotas de instalación del punto de acceso indirecto al bucle del abonado.

5) Mediante carta con fecha de salida 16 de julio de 1999 Telefónica se pone en contacto con los potenciales operadores autorizados distintos de Telefónica Data anunciando el próximo lanzamiento del servicio. Se realizaron presentaciones individuales y desde mediados de julio a septiembre se estableció un período de pruebas del servicio a operadores autorizados, con efectividad del contrato a partir del 15 de

septiembre.

6) En el contrato de Telefónica Data del servicio de Megavía ADSL que estuvo vigente hasta junio de 2000 contenías las siguientes cláusulas:

a) 4. Equipamientos: para la utilización del servicio Megavía ADSL es necesario: Un elemento de filtrado de señales (Splitter) instalado junto al PTR que permita el uso compartido del bucle entre las comunicaciones telefónicas y el acceso indirecto mediante las tecnologías ADSL. Este equipo lo suministra "Telefónica Data"

b) 6. Atención al cliente y Resolución de averías: El Servicio Megavía ADSL incluye el mantenimiento y gestión de todos los elementos contratados por el cliente con Telefónica Data para la provisión del mismo.

c) 7. Derechos y obligaciones de las partes: El cliente del servicio Megavía ADSL proporcionará a Telefónica Data la autorización del usuario en caso de que ésta sea solicitada que permita el acceso al lugar de ubicación de equipos para instalar o retirar equipos así como para realizar ñas operaciones de mantenimiento y reparación de averías.... En caso de que el cliente rescinda el contrato del servicio Megavía ADSL deberá devolver a Telefónica Data todo el equipamiento DADSL (Splitter y equipos adaptadores ADSL), propiedad de Telefónica Data.

7) Telefónica de España lanza, además, un servicio de instalación y mantenimiento de Modem ADSL y servicios logísticos que incluyen almacenaje, control de entrega y de calidad de los mismos. Este servicio fue puesto en conocimiento de los operadores autorizados el 24 de noviembre de 1999, aunque hay constancia de la oferta de este servicio por Telefónica desde el 21 de septiembre.».

En último término, la Sala de instancia, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, rechaza el motivo de impugnación formulado con carácter subsidiario de que la sanción de multa impuesta a la entidad mercantil recurrente por el Tribunal de **Defensa de la Competencia** infringe el principio de proporcionalidad, atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el *artículo 10.2 de la Ley de DefensadelaCompetencia* , en los siguientes términos:

«Finalmente y en lo que respecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, debemos concluir de acuerdo con la resolución del TDC que el mismo ha sido correctamente aplicado. En primer lugar, no se ha impuesto la multa en su grado máximo, ya que éste, según el *art. 10 de la LDC* sería el 10% del volumen de ventas, por lo que los 150 millones de pesetas a que alude dicho *precepto no operan como límite máximo sino referencia de una primera* escala sancionatoria. No obstante para la imposición de dicha cuantía el TDC ponderó los distintos factores tener en cuenta de acuerdo con una consolidada doctrina del TJCE (British Sugar), y así valoró la gravedad de la conducta (abuso de posición de dominio que califica como de las más graves que pueden producirse en el mercado), el período de duración que aunque corto se corresponde con el momento del lanzamiento de una nueva actividad lo que agrava notoriamente la conducta del sancionado. Finalmente también aprecia reiteración en la conducta ya que el TDC había condenado anteriormente a Telefónica por abuso de posición de dominio, por lo que en estas circunstancias no estimamos que la imposición de una sanción de 900.00 € sea desproporcionada.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A. se articula en la exposición de cinco motivos de casación, que se fundan todo ellos al amparo del *artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, salvo el primero que se funda, según se desprende del escrito de preparación, con el amparo procesal del *artículo 88.1 c) de la Ley* jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y, subsidiariamente, al amparo del *artículo 88.1 d) de la LJCA* .

El primer motivo de casación imputa a la sentencia recurrida la vulneración del *artículo 24.1* de la Constitución, por incurrir en incongruencia omisiva y en insuficiente motivación que lesiona el derecho a obtener tutela judicial efectiva.,

En el desarrollo argumental de este motivo se advierte la errónea remisión que realiza la Sala de instancia al punto 5 de la fundamentación jurídica de la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** recurrida, en vez de a los puntos 2 y 3 de dicha resolución, en relación con la primera

conducta infractora imputada -haber privilegiado temporalmente el acceso indirecto al bucle local de abonados a su filial Telefónica Data-, y se reprocha que no da una respuesta motivada en relación con las cuestiones debatidas a la luz de las pruebas practicadas en autos, puesto que ignora -según se aduce- el resultado de la prueba pericial, que acreditaría que el hecho de que Telefónica Data solicitara PAIBAs el 8 de junio de 1999, no equivale a la efectiva realización de pruebas, lo que desvirtuaría el trato de privilegio dispensado a la compañía filial de TELEFÓNICA, S.A. en detrimento de sus competidores.

El segundo motivo de casación denuncia que la Sala de instancia ha vulnerado el principio de tipicidad, reconocido en el *artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el *artículo 25.1 de la Constitución*, y, asimismo, ha infringido el principio de presunción de inocencia, que garantiza el *artículo 137 de la Ley 30/1992*, en relación con el *artículo 24.2 CE, en la medida en que en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sostiene que la inclusión de cláusulas en el contrato del Servicio Megavía ADSL, por la que Telefónica Data aparece como instaladora del módem y del splitter propiedad de Telefónica, de modo que basta una «única visita» al domicilio del cliente, genera ventajas para dicha compañía en detrimento de las empresas competidoras.*

En el desarrollo de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia ha aplicado analógica o extensivamente la norma sancionadora y le ha sancionado sin existir prueba alguna que acredite que la «visita única» fuera potencialmente capaz para generar ventajas competitivas tildables de prácticas abusivas.

El tercer motivo de casación imputa a la sentencia recurrida la vulneración del principio de proporcionalidad del *artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el *artículo 10.2 de la Ley de DefensadelaCompetencia*, por no haber ponderado correctamente, para determinar la sanción, el conjunto de criterios de agravación y de alteración previstos en dicho precepto legal y, concretamente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dirección del mercado afectado, la cuota de mercado, el efecto de la restricción de la competencia y la duración de la restricción de la competencia.

El cuarto motivo de casación, basado también en la vulneración del principio de proporcionalidad «en relación con el criterio de reiteración del *artículo 10.2 f) de la Ley de DefensadelaCompetencia*», censura que la sentencia recurrida considera como antecedentes confrontados, a efectos de aplicar el factor de agravación de reiteración, las resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 1 de julio de 1981, 1 de febrero de 1995, 21 de enero de 1999, 26 de febrero de 1999, 27 de julio de 1999 y 8 de marzo de 2000, no obstante no cumplen el requisito de «especialidad temporal», por haberse producido las infracciones más allá del trámite temporal de un año, a que alude el *artículo 131.3 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común.

El quinto motivo de casación, así mismo fundado en la vulneración del principio de proporcionalidad por falta de individualización de la sanción recaída respecto de cada una de las dos conductas imputadas, se sustenta en el argumento de que la falta de concreción de la sanción «impide valorar correctamente, entre otros fines, al del ejercicio del derecho de determinar la adecuación a Derecho de la graduación de la multa correspondiente a cada una de las conductas».

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación.

El primer motivo de casación articulado por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA, S.A., fundado en la lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva, no puede ser acogido, puesto que constatamos que la Sala de instancia no infringe las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el *artículo 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que prescribe que las sentencias «decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso», institucionalizando el principio procedimental de congruencia de las resoluciones judiciales en el orden contencioso- administrativo, ya que no apreciamos que el error padecido en la remisión a un punto de la fundamentación jurídica de la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 29 de abril de 2002 impugnada, en relación con los hechos constitutivos de la primera de las conductas infractoras, tenga relevancia casacional, al no haberse dejado impregjudada la pretensión deducida referente a la inexistencia de una supuesta conducta discriminatoria, constitutiva de un abuso de posición de dominio por haber privilegiado temporalmente a Telefónica Data el acceso indirecto al bucle local, ni sin respuesta a la cuestión planteada, sustentada en la prueba pericial practicada, que pondría en entredicho la antijuridicidad de la conducta imputada.

En efecto, la censura al razonamiento de la Sala de instancia efectuado en relación con la determinación de los hechos relevantes constitutivos de la primera infracción se revela infundado, puesto que la argumentación del órgano judicial debe complementarse con los puntos 4 y 5 de los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, en que el Tribunal de instancia relata los contactos habidos en junio de 1999 entre TELEFÓNICA, S.A. y su filial TELEFÓNICA DATA para comenzar las pruebas preparatorias del lanzamiento del Servicio ADSL, con anterioridad a la puesta a disposición del servicio al resto de potenciales operadores autorizados y constatar el retraso en facilitar el acceso indirecto al bucle de abonados a los proveedores de servicios de Internet.

Por ello, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 40/2008, de 10 de marzo, que admite como fundamentación de la decisión judicial la expresión de razonamientos por remisión a la propia resolución administrativa, no apreciamos que la sentencia recurrida ofrezca en el extremo cuestionado una respuesta estereotipada o sin contenido argumentativo, puesto que ofrece una respuesta explícita a las alegaciones y pretensiones deducidas, que, en consecuencia, cabe desconsiderar que sea lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el *artículo 24.1* de la Constitución.

Tampoco procede aceptar la queja casacional basada en el argumento de que la Sala de instancia habría incurrido en vulneración del *artículo 24* de la Constitución, imputable al «escueto razonamiento realizado sobre la valoración de la prueba practicada en el proceso de instancia».

Advertimos que la Sala de instancia valora adecuadamente, desde la perspectiva formal del respeto al principio de congruencia, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, el trato preferencial dado a la filial Telefónica Data, incumpliendo el principio de neutralidad frente a los operadores que requieren el acceso al bucle de abonados, tras examinar expresamente el alcance de la solicitud de PAIBAS, al que se refiere el dictamen pericial, por lo que apreciamos que no se sostiene el reproche de déficit de motivación que alcance trascendencia constitucional.

A estos efectos, resulta oportuno recordar que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, y que se reitera, sustancialmente, en la sentencia *constitucional 44/2008, de 10 de marzo*, para que pueda declararse que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el *artículo 24.1* de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

«Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el *art. 24.1 CE*. Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de 'un quebrantamiento de forma que ... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4).

a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el *art. 24.1 CE* el de que dicha cuestión fuera 'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas). ... [La constricción de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no

sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma ...

c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- 'es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)" (FJ 2)».

Y debe asimismo referirse, que, desde la perspectiva de poder considerar infringido el principio de congruencia, en razón de la naturaleza del recurso contencioso-administrativo, cabe distinguir el distinto grado de vinculación del Juez contencioso- administrativo según se trate de dar respuesta explícita y pormenorizada a las pretensiones deducidas por las partes, a los motivos de impugnación y a lo que son meras alegaciones o argumentaciones jurídicas, según se declara en la sentencia *constitucional 278/2006, de 27 de septiembre* :

«... debemos considerar que en todo proceso contencioso-administrativo la demanda incorpora necesariamente una pretensión en relación con la actuación administrativa impugnada (sea de declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, de anulación del acto o resolución, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para su pleno restablecimiento, de condena o de cese de una actuación material, *ex arts. 31 y 32 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: LJCA*). Cualesquiera que sean, las pretensiones han de fundamentarse en concretos motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa; pudiendo contraponer las partes demandadas, a su vez, motivos de oposición a las pretensiones. Finalmente, los motivos de impugnación o de oposición han de hacerse patentes al órgano judicial mediante las necesarias argumentaciones jurídicas.

Las anteriores consideraciones cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (*art. 33.1 LJCA*). Como afirmamos en la STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6), en el proceso contencioso-administrativo adquieren especial relevancia los motivos aducidos para basar la ilegalidad de la actuación administrativa (en el mismo sentido, las SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, frente a la estricta vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes, por el contrario su vinculación es sólo relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, pues el órgano judicial dispone de la facultad de introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, ya sea en el trámite de la vista o conclusiones (*art. 65.2 LJCA*) o en el momento de dictar sentencia (*art. 33.2 LJCA*), a salvo la prohibición de que el órgano judicial lleve a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* con el objeto de mantener una sanción administrativa (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 4 .c).

[...]

c) Por último, cuanto antecede no comporta que el Juez esté constreñido por las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes. A salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos *iura novit curia* y *da mihi factum*, dabo tibi *ius* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos

planteados por las mismas (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8)».

La proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta al caso litigioso examinado, promueve la declaración de que la Sala de instancia no ha incurrido en incongruencia omisiva ni en insuficiente motivación, al constatarse que la fundamentación de la sentencia recurrida responde de forma motivada a los argumentos formulados de forma concreta y con carácter sustancial, deducidos sobre la inexistencia de conducta antijurídica derivada de la anticipación en el acceso indirecto de Telefónica Data al bucle local de abonados.

Esta conclusión jurídica es acorde con la doctrina jurisprudencial formulada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que se expone en la sentencia de 3 de noviembre de 2004 (RC 6032/2001), en la que dijimos:

«En el primer motivo, basado como se ha dicho en el *artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional*, se aduce que la Sentencia recurrida parte de unos datos de hecho que están en abierta contradicción con todo el material obrante en el expediente administrativo, de manera que sus afirmaciones y conclusiones resultan arbitrarias, conculcando con ello los *artículos 120.3 de la Constitución, 67.1 de la Ley Jurisdiccional, 359 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Semejantes aseveraciones se basan en que la Sentencia recoge de forma errónea, como se comprueba en el fundamento de derecho primero reproducido más arriba, las denominaciones de ambas marcas, la solicitada y la prioritaria. En efecto, compara la Sala de instancia, según se indica textualmente, las denominaciones "Gestport" con "Gestport (Gestión Deportiva)", resultando por consiguiente idénticos el único término de la marca aspirante con el primero de la prioritaria. De la lectura atenta del segundo fundamento se deduce sin embargo con claridad que la denominación de la marca opuesta, tal como se encuentra escrita en dicho fundamento de derecho, contiene un mero error de escritura y que la Sala está en realidad comparando "Gestport" con "Gesport (Gestión Deportiva)", pues sólo así cobra sentido la afirmación de que la pronunciación de la marca solicitada no sería "ges-tes-port", sino que tiende a perder la "t", "llegándose a igual pronunciación que la del primer término de la opuesta": en efecto, la pérdida de la "t" central en la pronunciación de "Gestport" conduce a una pronunciación igual a la del primer término de la marca opuesta "Gesport".

Ahora bien, aunque se corrigiera ese aparente error, lo cierto es que tal error existe, y que también está confundido -aquí además, sin posibilidad de una rectificación interpretativa- el término de la marca aspirante que, como reclama la parte actora, no es "Gestport" sino "Gestsport". Y sólo la correcta escritura de la marca solicitada hace comprensible el argumento de la entidad recurrente de que la pronunciación de la misma sería "ges-tes-port", que resulta menos confundible con la marca opuesta.

Así las cosas, el doble error manifiesto de los datos sobre los que opera la Sala de instancia hace necesario estimar el motivo de casación. En efecto, no se trata en estos casos de rectificar la apreciación de hechos de la Sala de instancia, que resulta intangible en casación, sino que toda la motivación de la Sentencia resulta irrazonable e incongruente con los hechos, por lo que no constituye en puridad una respuesta judicial que satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerando con ello los *artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución* y demás alegados por la parte actora».

Resulta adecuado, en último término, recordar la doctrina de esta Sala sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales que garantiza el *artículo 120.3 de la Constitución*, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en la *sentencia constitucional 118/2006, de 24 de abril*, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico, según se expone en las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003):

«El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el *artículo 24 de la Constitución*, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el *artículo 120 de la Constitución*, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la *Sentencia 8/2004, de 9 de febrero*, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España*), la exposición de un

razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo.».

Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), «el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.».

En aplicación de esta reiterada doctrina jurisprudencial, debemos concluir el examen del primer motivo de casación, reconociendo que la Sala de instancia ha respetado los límites del debate procesal suscitado en el proceso de instancia, que se encuentra enmarcado por las pretensiones formuladas en la demanda y en el escrito de contestación a la demanda, concernientes a que se declare que la resolución del Pleno del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 29 de abril de 2002 impugnada no es conforme a Derecho, al comprobarse que el órgano judicial ha dado respuesta precisa y concreta a la causa de pedir, de modo que no se observa un desajuste externo entre el fallo judicial y los términos en que la parte fundamenta jurídicamente su pretensión de anulación.

QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación.

El segundo motivo de casación, en cuyo planteamiento se cuestiona, en primer término, la concurrencia del elemento de tipicidad, al considerar la defensa letrada de la entidad mercantil recurrente que la conducta reprochada no tiene encaje en el tipo infractor del *artículo 6 de la Ley de DefensadelaCompetencia*, no puede ser acogido, puesto que apreciamos que la Sala de instancia, aceptando los razonamientos del Tribunal de **Defensa de la Competencia**, en lo que se refiere a la segunda de las infracciones imputadas, acierta al considerar que la inclusión en el contrato Megavía ADSL de cláusulas que atribuyen a Telefónica Data la propiedad, el suministro y el mantenimiento del Splitter constituye un abuso de posición dominante, en la medida en que dicha compañía filial del Grupo TELEFÓNICA, que ostenta una posición de dominio en los mercados afectados, obtendría una ventaja competitiva en detrimento de sus competidores, que no pueden ofertar una ventaja equivalente, apartándose de lo establecido en la Orden ADSL.

Debe, asimismo, rechazarse el reproche que se realiza, en segundo término, a la sentencia recurrida de haber infringido el derecho a la presunción de inocencia, puesto que apreciamos que la Sala de instancia no infringe este derecho fundamental que garantiza el *artículo 24.2* de la Constitución, y que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivo de la infracción, recae sobre la Administración, al considerar que las cláusulas del contrato Megavía ADSL tienen un efecto anticompetitivo y son constitutivas de un abuso de posición de dominio, que no se desvirtúa por la alegación exculpatoria referente a la virtualidad de la «visita única» para generar un efecto anticompetitivo tildable de prácticas abusivas.

A estos efectos resulta oportuno recordar que, según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 66/2007, de 27 de marzo, el derecho a la presunción de inocencia tiene el siguiente contenido y significado:

«Por lo que atañe al derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 CE*), debemos reiterar, una vez más, su vigencia sin excepción en el procedimiento administrativo sancionador, así como que este derecho implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción recae sobre la Administración, no pudiendo imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (por todas, en lo relativo al procedimiento disciplinario penitenciario, SSTC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4; 175/2000, de 26 de junio, FJ 5; 237/2002, de 9 de diciembre, FFJJ 3 a 5; y 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 5).

De igual modo, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes «hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter

discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; y 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3, entre otras muchas)».

La proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, permite descartar que la Sala de instancia haya impuesto la sanción con base a meros indicios sobre las ventajas competitivas que se derivan del contenido de las cláusulas contractuales controvertidas, ya que se evidencia que los usuarios preferirían contratar la prestación del servicio ADSL con la compañía Telefónica Data, en la medida que ofrece la intervención de un solo operario para poder empezar a usar esa tecnología en su ordenador, frente al resto de los operadores, en que es necesario una doble intervención en el domicilio del usuario final, que requiere la relación con dos operadores diferenciados, de modo que la formalización del contrato Megavía ADSL permite la unificación de actividades prestadas en monopolio con actividades prestadas en competencia en un servicio único y global.

SEXTO.- Sobre el tercero, el cuarto y el quinto motivos de casación.

El tercero, el cuarto y el quinto motivos de casación, que censuran que la Sala de instancia ha infringido el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*, que establece los criterios de graduación de las sanciones, y el *artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, que garantiza el principio de proporcionalidad de la sanción a aplicar, debe rechazarse, en la medida en que apreciamos que la sanción impuesta por el Tribunal de **Defensa de la Competencia** está suficientemente motivada y no tiene un carácter desproporcionado, puesto que se revela justificada en relación con los factores de agravación y de atenuación concurrentes, ya que guarda relación con la gravedad de las conductas reprochadas por infracción del *artículo 6 de la Ley de DefensadelaCompetencia*.

Cabe considerar, en primer término, que la Sala de instancia ha atendido, en la confirmación de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de **Defensa de la Competencia**, de manera jurídicamente correcta, los criterios de graduación establecidos en el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*, al tener en cuenta la gravedad de las conductas imputadas constitutivas de abuso de posición de dominio, la circunstancia de que se trata del lanzamiento comercial de una nueva actividad que afecta a un mercado tan relevante, desde la perspectiva de la libre competencia, como el referente al acceso a Internet, el escaso efecto restrictivo de la competencia sobre los competidores, la menor duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Por ello, estimamos que la Sala de instancia ha aplicado de forma razonable los criterios de graduación previstos en el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*, tomando en consideración como factores esenciales para determinar la cuantificación de la sanción de multa pecuniaria impuesta, la posición de dominio que la entidad mercantil recurrente tiene en el mercado de las telefonía fija y en el mercado de prestación de servicios de ADSL, y la incidencia del abuso de posición dominante que distorsiona el libre funcionamiento de la competencia, de modo que cabe rechazar el tercer motivo de casación en que se reprocha a la sentencia recurrida, injustificadamente, que no haya ponderado todos los factores de graduación establecidos en dicha norma legal, al no revelarse arbitraria ni irrazonable la cuantificación de la sanción impuesta.

Debe, asimismo, descartarse que la apreciación de la Sala de instancia, como circunstancia agravante de la reiteración en la realización de las conductas prohibidas, a que alude como criterio de cuantificación de la sanción el *artículo 10.2 de la Ley de DefensadelaCompetencia*, sea contraria al principio de proporcionalidad, porque la circunstancia de que Telefónica ha sido sancionada por el Tribunal de **Defensa de la Competencia** por abusos de posición de dominio revela un plus de reprochabilidad en la comisión de las infracciones.

Debe significarse que la aplicabilidad del *artículo 10.2 de la Ley de DefensadelaCompetencia* desplaza, por su cualificación de «lex specialis», la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el *artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, que delimita la agravante de reincidencia por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Cabe rechazar que la imposición de una única sanción por la comisión de dos conductas diferenciables, constitutivas de abuso de posición de dominio, sea contrario al principio de individualización

de la sanción, que garantiza el *artículo 25* de la Constitución, al evidenciarse la conexión sustancial y temporal de las conductas reprobadas por el Tribunal de **Defensa de la Competencia**, que han sido objeto de un único expediente sancionador.

Según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 116/2007, de 21 de mayo y 196/2007, de 11 de septiembre, el control de la individualización de la sanción impuesta por la Administración queda limitado a verificar la corrección de la motivación desarrollada para justificar la cuantificación de la sanción impuesta, atendidas las circunstancias genéricas y específicas concurrentes en el caso, que se infieren de los hechos probados.

En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de **Defensa de la Competencia** con carácter ordinario -hasta 901.518,16 € (hasta 150.000.000 de pesetas)-, cabe tener en cuenta que la sanción impuesta obedeció a la comisión de dos conductas constitutivas de abuso de posición de dominio, de modo que si consideramos dos infracciones, se aprecia que la sanción se encuentra en el límite máximo del tramo inferior, la cuantía de 450.000 euros, lo que se ajusta a criterios razonables, tomando en consideración la gravedad de las conductas sancionadas que son desarrolladas por el operador dominante y que tienen el efecto de restringir todavía más la libre competencia en el sector de los operadores que desarrollan la actividad en la prestación de servicios ADSL.

La Sala de instancia realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, porque no cabe eludir que, aunque como consecuencia de las conductas sancionadas no se ha producido un efecto especialmente lesivo del Derecho de la Competencia, según estima el Tribunal de **Defensa de la Competencia**, el abuso de posición de dominio constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la libre competencia, y que, en este supuesto, que se afecta a un sector de gran relevancia económica y social, las conductas reprobadas se producen en el momento del lanzamiento de la actividad

Por ello, debe concluirse nuestro razonamiento, con la declaración de que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional ha respetado las directrices jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad expresadas en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000):

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.».

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cinco motivos de casación articulados, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 380/2002.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley* reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

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

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil TELEFÓNICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 380/2002.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

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 .- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.