



Roj: **STS 4841/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4841**

Id Cendoj: **28079130032021100217**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/12/2021**

Nº de Recurso: **1070/2021**

Nº de Resolución: **1540/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3126/2020,**
ATS 5118/2021,
STS 4841/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.540/2021

Fecha de sentencia: 20/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1070/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 1070/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1540/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 20 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1070/2021 interpuesto por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2020 dictada en el recurso contencioso-administrativo 667/2018. Se ha personado en las presentes actuaciones como parte recurrida TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., representada por la Procuradora Dª Ana Llorens Pardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de Telefónica de España S.A.U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 25 de abril de 2018 (expediente SNC/DTSA/067/17) en la que se acuerda imponer a Telefónica una multa por importe de ocho millones quinientos mil euros (8.500.000 €) como responsable directo de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las resoluciones de 22 de enero de 2009, relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2020 (recurso 667/2018) en la que se anula la resolución sancionadora impugnada y se condena a la Administración demandada a que publique la parte dispositiva de la sentencia en su página web, en el expediente SNC/DTS/0617/17, así como al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- El posicionamiento de los litigantes en el proceso de instancia aparece recogido en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia; y en el fundamento jurídico quinto la Sala de instancia reseña otros antecedentes que considera relevantes. A continuación, en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo, la Sala de la Audiencia Nacional expone las razones por las que considera que en el proceso de impugnación de la resolución sancionadora, y a efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción, cabe analizar y revisar los elementos y criterios tenidos en cuenta en la resolución que se dictó tras el test de replicabilidad y que sirvió de base para la incoación del expediente sancionador.

En lo que interesa al presente recurso de casación, el contenido de los citados fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la sentencia recurrida es el que sigue:

<< (...) SEXTO.- Este Tribunal debe tomar en consideración lo que constituye el punto de partida, para la CNMC: la resolución según la cual la oferta económica presentada por Telefónica en el concurso convocado por el Gobierno Vasco en agosto de 2015 para la licitación del Lote 1 denominado "Red multiservicio EJ/GV" del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la citada administración autonómica no es emulable por un hipotético operador eficiente de empresas, ya que los resultados del test de replicabilidad económica realizado en el expediente OFMIN/DTSA/004/16 indican que un hipotético operador de empresas obtendría una rentabilidad negativa al prestar los servicios incluidos en la oferta económica de Telefónica mediante el uso de las ofertas mayoristas disponibles en el mercado.

[...]

En la Resolución aquí recurrida se considera como Hecho Probado Único que la oferta económica presentada por Telefónica en el citado concurso público del Gobierno Vasco no es replicable económicamente por un operador generalista como Euskaltel y tampoco lo es, por tanto, por un operador eficiente de empresas.



Se entiende como operadores generalistas los que invierten en infraestructura propia, redes de nueva generación, al igual que Telefónica y que rentabilizan esa inversión de la forma más eficiente posible, aprovechando su infraestructura para prestar servicios tanto a clientes residenciales como empresariales.

La instrucción del procedimiento sancionador (SNC/DTS/0617/17) tuvo por objeto comprobar, a partir del análisis de replicabilidad económica llevado a cabo en el expediente OFMIN/D TSA/004/15, si la oferta de Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco para el Lote 1 "Red multiservicio EJ/GV" implica un incumplimiento de las Resoluciones de los mercados 4 y 5, y 6.

La actora sostiene que su conducta no es antijurídica porque ha habido un error en el estándar de eficiencia empleado en el análisis realizado por la CNMC.

El resumen de su alegato, recogido en la página 26 del escrito de demanda es el siguiente: el test de replicabilidad que ha utilizado la CNMC no es apropiado, y en consecuencia, resulta arbitrario, dando como resultado artificialmente una replicabilidad negativa, no siendo la oferta irreplicable.

Los criterios utilizados por la CNMC al aplicar el test de replicabilidad son el resultado de su puro arbitrio, de una mera apreciación subjetiva y discrecional en el momento de calcular el VAN en el caso particular, derivada de la carencia en la Resolución impugnada de criterios objetivos y detallados que determinen con carácter reglado cómo debe de realizarse el cálculo.

Las principales conclusiones son las siguientes:

La CNMC excluye de forma injustificada el servicio de VoIP del test de replicabilidad.

La consideración de los servicios mayoristas ORLA en lugar de NEBA fibra carece de sentido técnico o económico.

La no consideración de la prórroga del contrato, así como de los ingresos adicionales no resulta razonable y es contraria al criterio manifestado por la CNMC en la metodología para analizar la replicabilidad de las ofertas de Telefónica en el segmento empresarial de 26 de julio de 2018.

El enfoque seguido por la CNMC en el test de replicabilidad, consistente en tomar como referencia los costes de un operador generalista como Euskaltel, no es conservador, ya que Euskaltel emplea mayoritariamente su red propia para prestar servicio a sus clientes finales, y apenas demanda servicios mayoristas de acceso a la red de Telefónica.

La corrección de las deficiencias identificadas cambia los resultados del test, lo que implica que la oferta de Telefónica debe de considerarse replicable.

Estos argumentos se desarrollan señalando en primer lugar que la CNMC tanto en el expediente OFMIN/D TSA/004/15 como en el expediente sancionador SNC/D TSA/067/17 indica que el criterio válido para realizar el test de replicabilidad consiste en considerar si un hipotético operador especializado en empresas obtendría un retorno positivo al presentar la misma oferta con la que Telefónica ganó el concurso público convocado por el EJ/GV, usando para ello los servicios mayoristas disponibles.

No considerar que el criterio válido de estándar de eficiencia sean los operadores generalistas, que son los verdaderos competidores en el segmento empresarial es ignorar que en España se dan las condiciones competitivas necesarias para hacer un análisis de replicabilidad basado en un Operador Igualmente Eficiente, lo que va en contra de lo establecido por la jurisprudencia en Derecho de la Competencia y de la propia Comisión Europea. En este sentido, los datos demuestran que cuando se convocó la licitación del Gobierno Vasco en 2015, Euskaltel era el segundo operador de telefonía fija del País Vasco, con una cuota muy próxima a la del líder Telefónica (37% frente a 41%), y era el operador con mayor cuota en servicios de acceso a Internet con un 39% y el de Telefónica de un 33%.

En segundo lugar, el análisis de replicabilidad de la CNMC se centra solo en una parte de los servicios incluidos dentro del Lote 1 de la licitación del Gobierno Vasco, los servicios de telecomunicaciones, y excluye los servicios de VoIP.

Los argumentos utilizados por la CNMC para justificar la exclusión del servicio de VoIP en el test de replicabilidad:

"Al estar el precio fijado por unidades de ejecución o de tiempo, e importe total indeterminado (véase el punto correspondiente de esta carátula), el gasto efectivo está condicionado por las necesidades reales de la Administración que, por tanto, no queda obligada a demandar una determinada cuantía de unidades, ni a gastar la totalidad del presupuesto."



La recurrente considera que esta interpretación de la CNMC carece de sentido: en los términos en que se ha llevado a cabo el análisis, se podría haber eliminado la parte de conectividad y haber hecho el análisis sólo de la VoIP, pero no habría funcionado el servicio.

En relación con el carácter no regulado del servicio de VoIP. Este segundo argumento utilizado por la CNMC también carece de sentido por los motivos expuestos anteriormente relativos a la interdependencia de los servicios del Lote1.

Por último, se argumenta por la actora en relación con la descompensación entre el peso que la licitación otorga a este servicio y su importancia en la oferta económica presentada por Telefónica. Al margen de lo reiterado de la interrelación económica y técnica de los servicios del Lote 1, es el propio diseño de la licitación convocada por el Gobierno Vasco el que otorga un peso muy superior a la oferta económica de los servicios de telecomunicaciones, lo que motiva la descompensación a la que se refiere la CNMC.

En cuanto a la consideración de los servicios mayoristas ORLA frente a NEBA fibra. La CNMC, en aquellas zonas donde Euskaltel no dispone de red propia y Telefónica sí, descarta el uso del servicio mayorista NEBA fibra, que sería el equivalente a las conexiones de banda ancha empresarial, al entender que dichos servicios no garantizan los requerimientos técnicos estipulados en los pliegos.

La CNMC sobreestima notablemente los costes mayoristas que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo que puedan parecer como "no replicables" precios de Telefónica que en realidad sí lo son.

En relación con otros supuestos del test de replicabilidad de la CNMC, la Administración realiza el análisis de replicabilidad proyectando los ingresos y los costes que estima que supondría el contrato para un operador alternativo a lo largo de los 4 años de duración inicial del contrato y no considera por tanto la prórroga de 2 años adicionales que contemplan los pliegos. Asimismo, sólo considera los ingresos en el momento de la licitación y no en la demanda prevista durante el horizonte temporal del contrato.

La actora continúa señalando el impacto sobre los resultados del test de replicabilidad de la CNMC. En el Informe Pericial, aportado con la demanda, el análisis realizado por la CNMC es inadecuado dando como resultado artificialmente un VAN de - 8.539.429 euros.

En definitiva, incluso bajo un escenario conservador y teniendo en cuenta todos los criterios expuestos y una demanda de servicios adicionales moderada del 5%, el VAN es positivo, en concreto de 606.519 euros.

SÉPTIMO.- El Abogado del Estado alega que dada la firmeza de la resolución sobre replicabilidad de 11 de mayo 2017, no cabe discutirla. La Sala considera que, siendo así que lo que esta resolución recoge es lo que se declara probado que constituye el elemento objetivo del tipo infractor por el que se impone una sanción, en el exclusivo marco del control jurisdiccional de la potestad sancionadora ejercitada por la CNMC, y dado que la recurrente impugna la concurrencia de los elementos tanto objetivo como subjetivo de la infracción, es necesario examinar estas alegaciones.

Las conclusiones que se alcancen en esta sentencia sobre la concurrencia o no concurrencia del elemento objetivo de la infracción por la que se impone una sanción de ocho millones quinientos mil euros, lo son a los efectos a los que se circunscribe este recurso contencioso-administrativo, es decir, a la conformidad o disconformidad a derecho de la resolución impugnada, que es una resolución sancionadora.

Como ha establecido la jurisprudencia al examinar el valor de las actas de la inspección tributaria en relación con el procedimiento administrativo sancionador (por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 22 de octubre de 2001) lo que exige el respeto a los derechos que declara el art. 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas (Tribunal Constitucional, nº 76/1990, de 26/04/1990, Rec. Recurso de inconstitucionalidad y cuestiones de in, Tribunal Constitucional, nº 23/1995, de 30/01/1995, Rec. Recurso de amparo 3.149/1992 y Tribunal Constitucional, nº 169/1998, de 21/07/1998, Rec. Recurso de amparo 3.760/1996)".

Esto es relevante no solo a la vista de las alegaciones del Abogado del Estado señaladas, sino visto el tenor literal del propio acto administrativo impugnado: se reproduce la conclusión alcanzada en el expediente relativo a la replicabilidad de la oferta según la cual "En relación con el concurso convocado por Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001, Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el mercado

de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor."

Y tras exponer tal conclusión, la CNMC añade: *"el alcance de la intervención de la CNMC en el citado expediente se limitaba a dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica. Tras llegar a la conclusión de que Telefónica había efectivamente llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias que tiene contraídos en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6, la resolución mencionada señalaba que procedía instar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica"*.

Según este razonamiento se habría demostrado así la comisión de unos hechos que a su vez son constitutivos de una infracción, el incumplimiento de las resoluciones administrativas en relación con los mercados 4, 5 6. Como reconoce el propio Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda (pág. 25) *"Cuestión distinta, pero ese no es un problema de defectuosa definición del tipo como pretende plantear la recurrente, sino de encaje de la conducta en el tipo infractor, es que se discutan los elementos tenidos en cuenta para subsumir su actuación en el mismo, y, en particular, el carácter irreplicable de la oferta y los criterios tenidos en cuenta a la hora de aplicar el test de replicabilidad."*

La Sala considera que, en efecto, tales elementos y criterios, pueden discutirse a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción.

Los hechos probados del acto recurrido reproducen (págs. 6 a 17 de la resolución impugnada) las actuaciones realizadas en el anterior (y previo) expediente, y solo es a partir del apartado "III. Alegaciones de Telefónica relativas al test de replicabilidad" que la CNMC aborda el análisis de las alegaciones de la ahora actora en relación al test de replicabilidad aplicado.

Al igual que ante esta Sala, Telefónica cuestiona ante la CNMC, una serie de elementos que considera deben tomarse en consideración para realizar el test de replicabilidad, que son desestimados. En primer lugar, que el test de replicabilidad no era predecible por Telefónica en el momento de hacer la oferta, dado que contiene elementos novedosos respecto de las anteriores resoluciones que lo hacen impredecible. De tomarse en consideración la VoIP, replicar con NEBA fibra, incluir ingresos adicionales y la prórroga del contrato, el resultado del test sería diferente, en concreto, resultaría que la oferta era replicable.

Por tales razones, la Sala de la Audiencia Nacional concluye que << (...) en el marco de la revisión de una sanción, y a fin de determinar si concurre o no el elemento objetivo de la infracción, (...) este Tribunal puede examinar los "hechos probados" a la luz de las pruebas practicadas en autos, y específicamente, vistas las alegaciones de las partes y los informes periciales practicados ante esta Sala, para determinar la concurrencia del tipo infractor>> (F.J. 8º de la sentencia recurrida). Y a partir de ahí, en los fundamentos jurídicos octavo, noveno y décimo de la sentencia entra a examinar la replicabilidad o irreplicabilidad de la oferta litigiosa; para terminar concluyendo, en el fundamento undécimo, que resulta procedente la estimación del recurso por la falta de antijuridicidad de la conducta de Telefónica.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación contra ella la Abogacía del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de abril de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si en un expediente sancionador, incoado como consecuencia de una previa resolución firme que concluye, tras la realización del oportuno test de replicabilidad, que se ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, pueden o no analizarse de nuevo, a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción, los elementos y criterios tenidos en cuenta al aplicar el test de replicabilidad.

Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), y 2.1, 13.1 y 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación>>.

CUARTO.- La representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 19 de junio de 2021 en el que alega



que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 2.1, puesto en relación con los artículos 3, 6 y 70.2.c/ de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), así como el artículo 76.12 de la LGTel que tipifica como infracción muy grave "El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes". Y también el artículo 13.1 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, que señala que: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, [...] definirá, previo informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Economía y Competitividad y mediante resolución publicada en el "Boletín Oficial del Estado", los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas".

Tales vulneraciones se han producido, según la parte recurrente en casación, por las siguientes razones:

* Según resulta del fundamento de derecho sexto de la sentencia de la Audiencia Nacional, en el proceso de instancia Telefónica impugna no solo la resolución sancionadora objeto del pleito, sino también, indirectamente, la resolución previa de la CNMC de 11 de mayo de 2017 (OFMIN/DTSA/004/15/Replicabilidad Oferta Gobierno Vasco) relativa a la denuncia de Euskaltel contra Telefónica en relación con la oferta presentada en el concurso del Gobierno Vasco, en la cual se hizo el análisis material de replicabilidad de dicha oferta y se concluyó que era irreplicable, instando la incoación de expediente sancionador.

* Aquella resolución de 11 de mayo de 2017, que es donde formal y materialmente se realizó el análisis de replicabilidad, fue inicialmente recurrida en vía contencioso-administrativa por Telefónica (PO 08/719/2017), pero finalmente no presentó en plazo el escrito de demanda, por lo que mediante Auto de la Audiencia Nacional de 3 de septiembre de 2018 se declaró la caducidad del recurso y el archivo de las actuaciones.

* Por lo tanto, la resolución de 11 de mayo de 2017, relativa a la denuncia de Euskaltel contra Telefónica, que fue la base del ulterior procedimiento sancionador, es firme y consentida. Sin embargo, este hecho, la firmeza de la resolución previa que analiza la replicabilidad, fue ignorado por la Sala en su sentencia de 23 de octubre de 2020.

* El procedimiento administrativo por el que se determinó el carácter irreplicable de la oferta presenta todos los caracteres de un procedimiento administrativo autónomo y distinto del procedimiento sancionador.

* La resolución administrativa que define la concreta oferta como irreplicable no constituye un "acta" en un procedimiento de comprobación administrativa de hechos susceptibles de ser calificados como infracción administrativa. Los criterios firmes en cuanto consentidos y contenidos en la resolución de replicabilidad no pueden discutirse en proceso posterior.

* Aunque es cierto que existe jurisprudencia sobre los criterios del artículo 28 de la LJCA y la irrecurribilidad de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, la cuestión que se plantea en este recurso de casación debe resolverse en el sentido de considerar que en un proceso contencioso-administrativo que revisa jurisdiccionalmente un expediente sancionador, incoado como consecuencia de una previa resolución firme que concluye, tras la realización del oportuno test de replicabilidad, que se ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, no pueden analizarse de nuevo los elementos y criterios tenidos en cuenta al aplicar el test de replicabilidad a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción tipificada en el artículo 76.12 LGTel.

* En definitiva, debe resolverse el proceso de instancia de acuerdo con lo declarado en el Hecho Probado Único de la resolución sancionadora.

* De acuerdo con lo anterior y una vez fijada jurisprudencia en los términos citados, la sentencia que resuelva este recurso ex artículo 93 LJCA, debe, con estimación del presente recurso de casación, casar y anular la sentencia recurrida y resolver desestimando el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2018 (procedimiento sancionador SNC/DTSA/067/17), que debe ser confirmada en su integridad por ser ajustada a derecho.

* Para el caso de que esta Sala considerara que no puede resolver el recurso de casación desestimando el recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto el artículo 93.1, último inciso, de la LJCA debe ordenar la retroacción de las actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia, al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se dicte una nueva sentencia que resuelva lo que proceda respecto a los restantes motivos de impugnación planteados en la demanda, en el bien entendido de que la nueva sentencia que dicte debe



considerar la jurisprudencia sentada al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 15 de mayo de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de Telefónica de España S.A.U formalizó su oposición mediante escrito presentado el 29 de julio de 2021 en el que, en síntesis, alega lo siguiente:

* Existen pronunciamientos de la Audiencia Nacional de los que resulta que la firmeza de las resoluciones previas que sirven de base al inicio de la actuación sancionadora no suponen un obstáculo procesal para examinar la resolución sancionadora; por lo que no sería de aplicación en este caso el artículo 28 de la LJCA ("No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma").

* No existe diferencia entre los procedimientos sancionadores de la CNMC y el resto de procedimientos sancionadores, entre ellos los tributarios. Y en relación con éstos últimos existe jurisprudencia en cuya virtud, en un expediente sancionador, la existencia del acta no impide el ejercicio del derecho fundamental a la prueba, sino que lo modula o lo matiza; y ello porque las actas de la inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho y no impiden que un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, como ha sucedido en el presente pleito, forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de todas las pruebas practicadas a lo largo del procedimiento.

* La inimpugnabilidad de la resolución sancionadora ocasionaría indefensión a Telefónica.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia e imponiendo a la recurrente las costas del presente proceso. Y en caso de que se estimase el recurso de casación que, con arreglo al artículo 93.1 de la LJCA, se ordene la retroacción de las actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia, al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que la Sala de la Audiencia Nacional, Sección Octava, dicte una nueva sentencia que resuelva lo que proceda respecto a los restantes motivos de impugnación planteados en la demanda.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 4 de octubre de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Mediante nueva providencia de 22 de octubre de 2021 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 14 de diciembre de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 1070/2021 lo dirige la representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2020 (recurso contencioso-administrativo 667/2018).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, ahora recurrida en casación, estima el recurso contencioso-administrativo que interpuso Telefónica de España S.A.U contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 25 de abril de 2018 (expediente SNC/D TSA/067/17) en la que se acuerda imponer a dicha entidad una multa por importe de ocho millones quinientos mil euros (8.500.000 €) como responsable directo de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la resolución de 22 de enero de 2009, relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, y la resolución de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

La sentencia anula la resolución sancionadora impugnada y condena a la Administración demandada a que publique la parte dispositiva de la sentencia en su página web, en el expediente SNC/D TSA/067/17, así como al pago de las costas procesales.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo y consiguiente anulación de la resolución



sancionadora impugnada. Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de abril de 2021, de admisión del recurso de casación.

SEGUNDO.- Algunas indicaciones sobre el concepto y significado del test de replicabilidad.

Según explica la CNMC aquí recurrente en su página *web* () la regulación mayorista de los mercados de banda ancha se aprobó en febrero de 2016 y en ella se impuso a Telefónica la obligación de prestar el servicio mayorista NEBA local (acceso virtual a la fibra de Telefónica) en toda España, excepto en los 66 municipios más competitivos. También se impuso a Telefónica la obligación de continuar prestando el servicio NEBA fibra.

Los precios de los servicios NEBA local y NEBA fibra son fijados libremente por Telefónica; no obstante, se establece como condición que todos los productos de fibra más representativos de Telefónica (los llamados "productos BAU emblemáticos ") puedan ser *replicados*, es decir, que un operador alternativo eficiente que utilice estos servicios mayoristas de fibra pueda ofrecer un servicio equivalente a un precio similar.

El denominado test de replicabilidad es el conjunto de reglas y criterios que emplea la CNMC para evaluar si Telefónica cumple con esta condición. Como los productos de fibra de Telefónica son normalmente bastante complejos (integran servicios móviles y televisión, tienen promociones de distinto tipo, modifican frecuentemente sus precios y prestaciones...), la CNMC consideró necesario que tanto Telefónica como los operadores alternativos y cualquier otra persona interesada conociera la manera en que el regulador lleva a cabo el test. Así, el 6 de marzo de 2018 la CNMC aprobó la metodología con la que realiza el análisis de replicabilidad.

Pues bien, es oportuno recordar que en la resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2017 -previa a la resolución sancionadora impugnada en el proceso que nos ocupa- se había acordado lo siguiente:

<<ÚNICO.-En relación con el concurso convocado por Eusko Jaurlaritzza/Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001, Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación>>.

TERCERO.- Cuestión que presenta interés casacional.

Como vimos en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si en un expediente sancionador, incoado como consecuencia de una previa resolución firme en la que se afirma, tras la realización del oportuno test de replicabilidad, que se ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, pueden o no analizarse de nuevo, a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción, los elementos y criterios tenidos en cuenta al aplicar el test de replicabilidad.

Y el propio auto deja señaladas las normas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: los artículos 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y 2.1, 13.1 y 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; todo ello sin perjuicio -añade el auto- de que la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación.

CUARTO.- Sobre la invocación del artículo 28 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la alegación de la parte recurrida de que la inimpugnabilidad de la resolución sancionadora ocasionaría indefensión a Telefónica de España, S.A.U.

Ante todo, es oportuno destacar que en el proceso de instancia la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (parte demandada) en ningún momento adujo la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ni invocó el artículo 28 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ni este precepto es examinado o mencionado siquiera en la sentencia recurrida.

La que la parte demandada aducía -y la sentencia recurrida rechaza- es que Telefónica de España S.A.U. no podía cuestionar en el proceso datos y criterios que ya habían quedado fijados en una resolución administrativa anterior que había devenido firme. Pero, como decimos, en ningún momento se planteó la inadmisibilidad del



recurso contencioso-administrativo, pues nadie cuestionó que Telefónica de España S.A.U. pudiese impugnar la resolución sancionadora para combatirla en sus diferentes aspectos, salvo aquéllos a los que aludía la parte demandada.

La sentencia recurrida rechaza el planteamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por entender la Sala de la Audiencia Nacional (F.J. 7º de la sentencia) que en el marco de la revisión de una sanción, y a fin de determinar si concurre o no el elemento objetivo de la infracción, el Tribunal puede examinar los hechos probados a la luz de las pruebas practicadas en autos, y en concreto, puede examinar el carácter irreplicable de la oferta y los criterios tenidos en cuenta a la hora de aplicar el test de replicabilidad.

Y esta es, precisamente, la cuestión controvertida en casación: si al enjuiciar la resolución recaída en un expediente sancionador incoado como consecuencia de una previa resolución firme en la que, tras el oportuno test de replicabilidad, la CNMC dejó establecido que Telefónica había incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, el órgano jurisdiccional puede, o no, revisar de nuevo los elementos y criterios tenidos en cuenta al aplicar aquel test de replicabilidad a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción. Pues bien, abordamos ahora el examen de esa cuestión.

QUINTO.- Sobre la jurisprudencia referida a expedientes sancionadores en materia tributaria.

Como hemos visto, la sentencia recurrida (F.J. 7º) invoca la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina constitucional en las que se examina el valor de las actas de la inspección tributaria en relación con el procedimiento administrativo sancionador para señalar que lo que exige el respeto a los derechos que declara el artículo 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. Así -señala la sentencia recurrida- en vía judicial las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas (cita STS, Sala 3ª, de 22 de octubre de 2001 y las SsTC 76/1990, de 26 de abril, 23/1995, de 30 de enero, y 169/1998, de 21 de julio).

Es cierto que en el caso que nos ocupa la resolución sancionadora impugnada en el proceso no se sustenta en una previa acta de inspección sino, como hemos señalado, en una anterior resolución de la CNMC que, tras el oportuno test de replicabilidad, vino a declarar que Telefónica de España S.A.U. había incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica. Pero, hecha esta puntualización, la argumentación de la Sala de instancia resulta enteramente asumible.

En efecto, abundando en la línea de razonamiento recogida en los pronunciamientos que cita la sentencia recurrida, existen sentencias más recientes de la Sección Segunda de esta Sala en los que se aborda la cuestión de si en la impugnación de un acuerdo sancionador, con independencia de que éste tenga su origen en una liquidación derivada de un acta de conformidad o de disconformidad, cabe cuestionar la validez y eficacia de unas actuaciones inspectoras en las que se sustenta la liquidación tributaria. Cabe citar en este sentido las sentencias nº 734/2020, de 10 de junio (casación 6622/2017), nº 1168/2020, de 16 de septiembre (casación 2824/2019) y nº 1197/2020, de 23 de septiembre (casación 2839/2019), todas ellas de la Sección Segunda de esta Sala.

En esta última resolución que acabamos de mencionar - sentencia nº 1197/2020, de 23 de septiembre (casación 2839/2019)- se abordan dos puntos controvertidos:

<< (...) en primer término, el del efecto conclusivo u obstativo de la firmeza administrativa derivada de la falta de un impugnación de un acto y su extensión o prolongación a otros posteriores, y qué habilitación legal permitiría tal limitación; y, en segundo lugar, el de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), que puede ponerse en conexión con la libertad de ejercicio de pretensiones, motivos y argumentos que reconoce nuestra ley procesal (artículos 56,1 ; 65 y 67.1 de la Ley de esta Jurisdicción)...>>. (F.J. cuarto.2/)

Pues bien, afirma la sentencia que el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 *<< no consiente (...) que los motivos de nulidad que puedan aducirse frente a un acto fiscalizado jurisdiccionalmente queden restringidos por el hecho de la firmeza administrativa de un acto anterior y condicionante del que se impugna>>* (F.J. cuarto.2/)

Explica la citada STS sentencia nº 1197/2020, de 23 de septiembre, que la liquidación tributaria no impugnada despliega sus efectos propios, entre otros la posibilidad de ejecución forzosa; pero el hecho de que tal liquidación no fuese impugnada *<< (...) no significa que los actos posteriores, como lo es el acto sancionador, fruto del ejercicio de una potestad cualitativamente diferente (...) queden constreñidos también por esa limitación o, si se quiere, por esa autolimitación o, por el contrario, pueden ser traídos al proceso con la finalidad de lograr su*



invalidación, para lo cual debe gozar el sancionado de posibilidades plenas de articulación de pretensiones y, para sostener éstas, de libertad para esgrimir los motivos jurídicos y argumentos que considere conveniente, incluso aquellos que, aunque la mantengan intangible, afectasen a la validez de la liquidación de la cual es dimanante, a los efectos de su traslación a la sanción>> (F.J. cuarto.3/)

En fin, de la fundamentación de esta sentencia de la Sección Segunda de 23 de septiembre de 2020 a la que nos venimos refiriendo resulta procedente reproducir aquí estos otros fragmentos:

<< (...) La argumentación excluyente de la sentencia de instancia, sin mencionarla -es posible que sin tomarla en consideración- parte de una idea de firmeza más propia de las resoluciones judiciales que de los actos de la administración, en tanto incorpora una especie de presunción ultra vires, no sólo de validez del acto de liquidación, porque no fue impugnado, sino de acierto de su contenido, que sería la razón, no explicitada, que haría posible blindar un hecho puramente negativo, no examinado formalmente -que la liquidación no ha sido adoptada tras declinar el ejercicio de la potestad conferida al efecto por la Ley (arts. 64 y concordantes de la LGT)- tomándolo como presupuesto intangible en actos posteriores, que quedarían así mutilados, como en este caso ha sucedido, en sus posibilidades de revisión>> (F.J. cuarto.4/).

<< (...) la sanción es la expresión de una las potestades más intensas y gravosas que se atribuyen a la Administración, de suerte que al sancionado -equiparable a estos efectos al condenado penal- no se le puede privar o condicionar su derecho de defensa en toda su extensión real o potencial, lo que implica que en el procedimiento judicial en que se ventila la legalidad de la sanción se pueden hacer valer, en plenitud, cuantos motivos jurídicos pudieran hacer prosperar la acción destinada a invalidarla, aunque vengan referidos a un acto distinto, pero vinculado al sancionador [...]>> (F.J. octavo.6/).

Las diversas sentencias que hemos citado de la Sección Segunda de esta Sala se refieren a casos en los que al impugnar la resolución sancionadora la parte recurrente aducía que la liquidación tributaria -no impugnada en su día- había sido dictada de manera extemporánea, cuando ya había prescrito el derecho de la Administración a practicarla. Ahora bien, esta coincidencia en el motivo de impugnación aducido en aquellos casos no resta virtualidad a la doctrina general que acabamos de reseñar. En efecto, de los fragmentos que hemos transcrito de la sentencia de 23 de septiembre 2020 (casación 2839/2019) resulta con claridad que, pese a haber devenido firme la liquidación tributaria, al interesado que impugna la ulterior resolución sancionadora no solo se le permite alegar la extemporaneidad de la liquidación tributaria sino que se le reconoce, de forma amplia, la posibilidad de esgrimir toda clase de motivos de impugnación (*<< (...) libertad para esgrimir los motivos jurídicos y argumentos que considere conveniente, incluso aquellos que, aunque la mantengan intangible, afectasen a la validez de la liquidación de la cual es dimanante, a los efectos de su traslación a la sanción>>*).

SEXTO.- Respuesta de esta Sala a la cuestión debatida en casación.

Por identidad de razón, entendemos que las consideraciones que acabamos de reseñar en el apartado anterior, expuestas por la Sección Segunda de esta Sala a propósito de expedientes sancionadores incoados en materia tributaria, son enteramente trasladables a un caso como el que aquí se examina, referido a un expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Y ello en los siguientes aspectos:

* La firmeza de un acto administrativo en modo alguno confiere a este una virtualidad equiparable al efecto positivo de la cosa juzgada (artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que es exclusivo de las resoluciones judiciales firmes. El hecho de que una resolución administrativa adquiera firmeza implica que existe un acto válido, que no puede ser impugnado y que puede desplegar los efectos que le son propios; pero no obliga a suponer el acierto de su contenido ni determina que deba ser considerado como presupuesto intangible en un acto posterior en el que se ejerce una potestad administrativa distinta.

* El derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), puesto en relación con la libertad de ejercicio de pretensiones, motivos y argumentos de impugnación que reconoce nuestra ley procesal (artículos 56,1; 65 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), impide que los motivos de nulidad aducibles frente a una resolución sancionadora puedan resultar limitados o restringidos por el hecho de ser firme un acto administrativo anterior que motivó la incoación del procedimiento sancionador. Así, quien impugna una resolución administrativa sancionadora ha de poder cuestionar ésta en todos sus aspectos y tiene derecho a su revisión en un proceso de plena jurisdicción, sin que sus derechos de alegación y de defensa puedan quedar restringidos. Ello significa que quien impugna en vía jurisdiccional una resolución administrativa sancionadora debe disponer en plenitud de la posibilidad de formular alegaciones y proponer, en su caso, pruebas y, en suma, para ejercitar sin trabas su derecho a la tutela judicial efectiva, a valerse de los medios de prueba y a no padecer indefensión (artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución).



* Por ello, la existencia de una anterior resolución de la CNMC, que devino firme, en la que se concluyó que la oferta económica presentada por Telefónica de España S.A.U. en el concurso público convocado por el Gobierno Vasco no era replicable económicamente por un operador generalista como Euskaltel no excluye que, una vez incoado un expediente sancionador a raíz de aquella resolución, Telefónica pueda combatir la concurrencia del elemento objetivo de la infracción a base de cuestionar los criterios y estándares aplicados por la CNMC al realizar aquel test de replicabilidad.

SÉPTIMO.- Resolución del recurso y costas procesales.

Atendiendo a lo razonado en los apartados anteriores, fácilmente se constata que la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional es conforme con la doctrina que aquí hemos expuesto.

Sólo queda añadir que en el escrito de interposición del presente recurso la representación procesal de la CNMC no ha entrado a cuestionar, ni a examinar siquiera, las razones que se exponen en los fundamentos jurídicos octavo, noveno y décimo de la sentencia recurrida acerca de la replicabilidad de la oferta a la que se refiere la controversia. Como hemos visto, todo el esfuerzo argumental de la recurrente se centra en afirmar que, con ocasión del enjuiciamiento de la resolución sancionadora impugnada, la Sala de la Audiencia Nacional no podría entrar a revisar los criterios que había aplicado la CNMC en su anterior resolución en la que afirmaba que se había incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica. Por ello, una vez desestimado ese planteamiento de la parte recurrente en casación, la conclusión es que habremos de declarar no haber lugar al recurso de casación.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; y respecto de las costas del proceso de instancia, debe estarse a lo decidido al respecto en la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

FALLO

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

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 1070/2021 interpuesto en representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2020 dictada en el recurso contencioso-administrativo 667/2018.

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniendo el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que refiere a las costas del proceso de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde a la sentencia dictada en el recurso de casación número 1070/2021, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

Discrepo del parecer mayoritario del Tribunal y, por lo tanto, de la doctrina fijada y de la solución alcanzada en la sentencia.

A mi juicio, el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia debe ser estimado, anulando la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada y confirmando la resolución sancionadora impugnada.

La cuestión controvertida, tal y como ha quedado expuesto en la sentencia de la que disiento, consiste en determinar si con motivo de la impugnación de una sanción, que toma como presupuesto lo afirmado en una resolución administrativa anterior que había devenido firme, es posible volver a cuestionar y analizar la conformidad a derecho de la decisión administrativa previa.

La cuestión que se plantea tiene, a mi juicio, un gran alcance y se proyecta sobre un gran número de supuestos.



La sentencia de la que discrepo, apoyándose en lo afirmado en una sentencia de la sección segunda de este Tribunal Supremo (STS nº 1197/2020, de 23 de septiembre), se sustenta fundamentalmente en dos razones: a) en primer lugar, entiende que la firmeza de un acto administrativo no le confiere la virtualidad equiparable al efecto positivo de la cosa juzgada judicial, de donde deduce que el hecho de que una resolución administrativa adquiera firmeza implica que exista un acto valido pero no obliga a suponer el acierto de su contenido pudiendo volver a ser cuestionado cuando se incorpora como presupuesto de un acto posterior, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora; b) se sostiene, en segundo lugar, que el derecho a la tutela judicial efectiva impide que los motivos de nulidad aducibles frente a una resolución sancionadora puedan quedar limitados por lo afirmado en un acto administrativo anterior firme.

Considero que la tutela judicial efectiva, entendida como el derecho de acceso a la jurisdicción para poder plantear sus pretensiones, no se vulnera por el hecho de que no se pueda volver a cuestionar aquello que quedó consentido y firme.

Y también discrepo de la afirmación consistente en que una decisión administrativa firme solo produce efectos en el terreno de lo formal (imposibilidad de impugnarla) pero no impide que su contenido pueda ser cuestionado de nuevo si se incorpora en una resolución administrativa posterior (especialmente si tiene un contenido sancionador) y que la firmeza no determina una presunción de acierto.

El establecimiento de plazos para recurrir se funda en el respeto del principio de seguridad jurídica, de modo que la inadmisibilidad del recurso, cuando se pretende ejercer una acción fuera del plazo marcado por la norma, no vulnera la tutela judicial efectiva. Y tampoco se lesiona este derecho cuando se impide impugnar actos posteriores que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes, ni los confirmatorios por no haber sido recurridos en tiempo y forma, así lo dispone el art. 28 de la LJ, previsión que conforme ya señaló la STC 126/1984, de 26 de diciembre, tiene el sentido de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros.

El principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución exige que los actos administrativos no puedan ser impugnados indefinidamente, su revisión está sujeta a plazos, y que una vez dictados y mientras no sean revocados se presumen válidos y producen efectos (art. 39 de la Ley 39/2015). Tan solo de forma excepcional nuestro ordenamiento permite revisar el contenido de un acto administrativo firme mediante el recurso extraordinario de revisión por motivos tasados o mediante la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, pero incluso en este caso la facultad de revisión no puede ser ejercitada cuando por el tiempo transcurrido su ejercicio resulte contrario a la equidad, buena fe o al derecho de los particulares (art. 110 de la Ley 39/2015).

Ello determina, a mi juicio, que una resolución administrativa firme incorpora un contenido que no puede ser revisado fuera de los cauces y los plazos legalmente establecidos, sin que la decisión adoptada pueda ser analizada de nuevo por el hecho de que su contenido se incorpore total o parcialmente como presupuesto a una resolución administrativa posterior. No existe, a mi juicio, esa pretendida disgregación entre la decisión y el acto formal que la incorpora. La resolución administrativa es el soporte de una decisión y su inimpugnabilidad no solo afecta al aspecto formal del acto sino al contenido de la decisión que se incorpora.

La sentencia de la que discrepo sostiene que la posibilidad de revisión es especialmente intensa cuando se trata de recurrir una sanción, afirmándose que quien impugna una resolución sancionadora ha de poder cuestionar ésta en todos sus aspectos y tiene derecho a su revisión plena sin límite o traba alguna, pues en caso contrario se vulneraría su derecho de defensa.

El correcto entendimiento del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva no puede generar contradicciones incompatibles con el principio de seguridad jurídica.

Si con motivo de la impugnación de una sanción, que toma como presupuesto el contenido de una decisión administrativa firme, se puede volver a revisar la legalidad de ésta última se corre el riesgo de que una misma decisión sea al mismo tiempo conforme y contraria al ordenamiento jurídico. Tal vez un ejemplo contribuya a aclarar esta afirmación. Supongamos que una resolución administrativa declara que una construcción es ilegal por ser contrario al planeamiento urbanístico vigente y que dicha decisión deviene firme, pero con motivo del ejercicio posterior de la potestad sancionadora, en la que se parte de la ilegalidad de lo construido, se pudiese volver a cuestionar si la construcción es o no conforme con el planeamiento urbanístico y tras realizar una nueva valoración se llega a la conclusión de que es conforme al Plan. Se estaría admitiendo que una misma construcción es contraria y conforme con el planeamiento urbanístico al mismo tiempo y en virtud de decisiones diferentes.



Considero que esta misma reflexión sería extrapolable al ámbito penal, pues un tribunal de lo penal al enjuiciar si se ha cometido o no el delito consistente en realizar construcciones o edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable (art. 319.2 Código Penal), no puede volver a reproducir el debate sobre si la construcción era o no legalizable conforme al planeamiento urbanístico que ya se analizó en una decisión administrativa previa. El Tribunal de lo penal podrá enjuiciar muchos aspectos, incluida la culpabilidad de la conducta, pero no volver a analizar si la decisión administrativa previa firme que declaró que la construcción no era legalizable es o no conforme a derecho.

En el caso que nos ocupa la CNMC analizó si Telefónica había incurrido en una práctica (de irreplicabilidad económica) contraria a las obligaciones que tenía contraídas en virtud de una resolución de la CMT de abril de 2013. La decisión administrativa que así lo determinó le fue notificada y en ella se especificaba que ponía fin a la vía administrativa y que podía interponer contra la misma recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. De hecho, Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo, pero finalmente no presentó el escrito de demanda por lo que se declaró caducado el recurso. De modo que la decisión administrativa que determinó que Telefónica había incurrido en una oferta irreplicable y, por lo tanto, contraria a derecho, quedó firme y consentida por decisión de la empresa.

Fue después cuando se abre un procedimiento sancionador, en el que se parte como hecho acreditado que Telefónica había incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, cuando dicha empresa trata de cuestionar la legalidad de dicha decisión previa, en concreto los criterios y estándares aplicados por la CNMC para realizar el test de replicabilidad.

Considero, en contra del criterio sustentado por la sentencia mayoritaria, que al enjuiciar la sanción administrativa no se puede volver a reabrir el debate sobre el extremo referido a la irreplicabilidad económica. Se respeta así, a mi juicio, el principio de seguridad jurídica sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva del interesado, pues la legalidad del test pudo cuestionarla antes y no lo hizo.

Dado en Madrid, en la misma fecha que su sentencia.

Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde. Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso