

En la Villa de Madrid, a trece de noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1465/2010 interpuesto por “Telefónica de España, S.A.U.”, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada con fecha 18 de enero de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1270/2007, sobre sanción en materia de telecomunicaciones; es parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- “Telefónica de España, S.A.U.” interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1270/2007 contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de mayo de 2007 que en el expediente sancionador RO 2006/12, acordó:

“Primero.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido los apartados segundo y tercero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por TESAU en fecha 20 de enero de 2001, y los apartados primero y segundo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, por la falta de puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en relación con distintos procedimientos y las bases de datos de información especificadas en el texto de la presente Resolución, durante el período comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 y enero de 2007.

Segundo.- Imponer una sanción económica a Telefónica de España, S.A. por importe de trece millones (13.000.000) de euros. (...)

Tercero.- Ordenar a Telefónica de España, S.A. que ponga en funcionamiento de inmediato en el SGO los procedimientos que falten y que elimine las deficiencias encontradas en dicho sistema.”

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 30 de enero de 2008, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia “por la que, estimando el recurso deducido, declare inválida y contraria a Derecho la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de mayo de 2007 o, subsidiariamente, anule parcialmente la citada Resolución y acuerde reducir el importe de la sanción de multa impuesta de conformidad con los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos de esta demanda; y se impongan a la parte contraria las costas procesales, de acuerdo con lo previsto en

el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 17 de octubre de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

CUARTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 28 de octubre de 2008 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de fecha 10 de mayo de 2007, procedente del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que acordó imponerle una sanción de 13.000.000 € por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, declaramos conformes a Derecho los actos impugnados; todo ello con el fundamento y alcance que se contiene en la presente sentencia y sin hacer especial declaración en materia de costas."

QUINTO.- Con fecha 12 de abril de 2010 "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1465/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia: infracción de los artículos 24 de la Constitución, 12 del RPS y 70.2 de la LJCA (relativo a la desviación de poder), así como de la Jurisprudencia (...)."

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia: infracción de los artículos 7 del Código civil y 70.2 de la LJCA, así como de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y de la jurisprudencia que veta las valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarlas, irracionales claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica."

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico: Infracción de los artículos 44.2 y 42.6 de la LRJPAC."

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia: Infracción del artículo 4.6 del RPS y de la jurisprudencia relativa a la figura de la infracción continuada, así como a los principios de cosa juzgada y non bis in ídem.”

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción “del derecho de defensa y del principio de contradicción consagrados en el artículo 241 de la Constitución y en el 135 de la LRJPAC, con la consiguiente indefensión (...).”

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia: infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 135 de la LRJPAC y de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos (singularmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004) (...).”

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico (vulneración de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución) y de la Jurisprudencia (...).”

Octavo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico: Infracción de los artículos 53.r) de la LGTEL, 9.3 y 25.1 de la Constitución y 129 de la LRJPAC.”

Noveno: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico (artículo 24 de la Constitución) y de la jurisprudencia (...).”

Décimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico (artículo 53.r de la LGTEL) y de la jurisprudencia, singularmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007, que configura el dolo como elemento integrante del tipo infractor.”

Undécimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico (artículo 24 de la Constitución) y de la jurisprudencia (...).”

Duodécimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia:  
(i) infracción del artículo 130 de la LRJPAC e (ii) infracción del artículo 24 de la Constitución (presunción de inocencia) y de la jurisprudencia (...).”

Decimotercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia: Infracción del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la LRJPAC y 56,2 de la Ley General de Telecomunicaciones), del principio de presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución) y de la jurisprudencia dictada en desarrollo de ambos preceptos.”

Decimocuarto: al amparo 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, habiéndose producido indefensión, ya que la Sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, con infracción de los artículos 67 de la LJCA y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Decimoquinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico infracción de los artículos 56 de la LGTEL y 129.2 de la LRJPAC, en lo relativo a la determinación de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada por la infracción.”

SEXTO.- Por escrito de 21 de octubre de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó “sentencia por la que se declaren inadmisibles los motivos del recurso o, subsidiariamente, se desestimen, confirmando íntegramente la sentencia impugnada, con la imposición de las costas a la actora”.

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de junio de 2013 se dejó sin efecto el señalamiento efectuado a fin de resolver el presente recurso de casación conjuntamente con el número 4037/2010, y se señaló para su votación y fallo el día 29 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 18 de enero de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por “Telefónica de España, S.A.U.” contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de mayo de 2007 que acordó -en los términos que se han dejado transcritos en el antecedente de hechos primero-, imponerle una sanción pecuniaria de trece millones (13.000.000) euros en el expediente sancionador RO 2006/12.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró que “Telefónica de España, S.A.U.” había cometido una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al no haber respetado resoluciones anteriores del mismo organismo regulador en lo concerniente a la “puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en relación con distintos procedimientos y las bases de datos de información especificadas en el texto de la presente Resolución”.

SEGUNDO.- La Sala de la Audiencia Nacional desestimó las alegaciones de “Telefónica de España, S.A.U.” en la muy razonada y detallada sentencia de 18 de enero de 2010 (objeto del presente recurso de casación número 1465/2010) cuyo contenido aquel tribunal reproduciría, en buena parte, al desestimar ulteriormente, mediante la sentencia de 7 de mayo de 2010, el recurso contencioso administrativo número 46/2007. Este último había sido interpuesto por “Telefónica de España, S.A.U.” contra otra decisión previa de la misma Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (fecha de 16 de noviembre de 2006) y frente a la sentencia de 7 de mayo de 2010 “Telefónica de España, S.A.U.” entabló el recurso de casación número 4037/2010 que con fecha de hoy desestimamos.

En efecto, esta Sala ha deliberado y falla conjuntamente el presente recurso de casación número 1465/2010 con el que lleva por número 4037/2010, vista su innegable conexión. En buena lógica, dada la secuencia cronológica de fechas, hubiese sido preferible enjuiciar primero en la instancia la resolución administrativa de 16 de noviembre de 2006 (recurso número 46/2007) y después la resolución ulterior de 10 de mayo de 2007 (recurso número 1270/2007), tanto más cuanto que la demanda frente a ésta última invocaba precisamente que su contenido estaba anticipado en la primera resolución. El hecho de que no haya sido así, sin duda por las vicisitudes de tramitación de ambos procesos, no tiene mayor trascendencia y, en todo caso, repetimos, la deliberación simultánea por nuestra parte de los dos recursos de casación suple cualquier eventual desajuste en el examen temporal de las cuestiones controvertidas.

TERCERO.- Anticipábamos en el fundamento jurídico anterior que buena parte de la sentencia de 18 de enero de 2010 -objeto de este recurso de casación- fue reproducida por la Sala de la Audiencia Nacional en la de 7 de mayo de 2010, que hoy confirmamos. Quiérese decir con ello que la mayoría de sus consideraciones jurídicas - frente a las que “Telefónica de España, S.A.U.” plantea no menos de quince motivos de casación- son correctas, lo que no evitará sin embargo la estimación del motivo casacional cuarto “relativo a la continuidad de la presunta infracción con la ya sancionada en la resolución de 2006”.

En efecto, tanto las premisas como la conclusión que el tribunal de instancia expone en la parte correlativa de su sentencia sobre la “duplicidad de la sanción e infracción continuada” no pueden ser compartidas. El presupuesto del que parte la Sala de la Audiencia Nacional para juzgar sobre esta cuestión es la “doctrina” de dicha Sala había expuesto en otra sentencia precedente, de 23 de marzo de 2009, en la que afirmó “la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora”. En aquella sentencia estimó “(...) inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial)”.

La doctrina de la sentencia de 23 de marzo de 2009 sobre la inaplicabilidad del artículo 4.6 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993 -que incorpora en la que ahora es objeto de recurso algunas matizaciones en cuya virtud la Sala no plantea la cuestión de ilegalidad del precepto reglamentario- es “trasladada” por el tribunal al caso de autos advirtiéndole que “adquiere importancia capital para la resolución del bloque de motivos que ahora nos ocupa, pues, como se verá, la regulación económica para la competencia, modelo al que responden tanto la Ley General de Telecomunicaciones como las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en aprobación de la Oferta del Bucle de Abonado, obliga a aquilatar la dimensión de las categorías 'plan preconcebido', 'idéntica ocasión' y 'mismo o similares preceptos infringidos', propios del delito continuado, por exigencias de la teleología de las instituciones aplicadas.”

Las afirmaciones de la Sala de instancia al respecto son del siguiente tenor:

“(…) La continuidad infractora como categoría procedente del Derecho Penal a partir de la del delito continuado no puede trasladarse acríticamente y en masa, hasta el punto de que acabe vaciando de contenidos la actividad reguladora del organismo competente -ahora la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- en un concreto sector.

Ciertamente en el caso decidido en la resolución de 16 de noviembre de 2006 la propia Administración aplicó la categoría de la 'infracción continuada' al incumplimiento de los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado durante el periodo comprendido entre, al menos, los meses de enero de 2004 y abril de 2005, excluyendo no obstante, según hemos dicho de aquel procedimiento y de aquella sanción, los incumplimientos de puesta en funcionamiento del Sistema de Gestión de Operadores y las bases de datos.

Sin embargo, extender la privilegiada figura de la 'continuidad sancionadora' aplicada por la Administración en aquel procedimiento, a cualquier incumplimiento de los mandatos contenidos en la Oferta del Bucle de Abonado, pugnaría, de modo directo, con las finalidades de las disposiciones reguladoras dicha Oferta como parte del designio más amplio de alcanzar la competencia en el sector.

Y es que, más aún, podría llegar a decirse -ahondando en la exposición de ideas formulada por la demandante- que todo acto de una empresa con poder significativo de mercado en uno de los llamados 'sectores regulados' que tuviera por finalidad entorpecer la competencia en el mercado en el que opera, podría estar abrazado por el mismo dolo genérico y responder a idéntico “plan preconcebido” (entorpecer la libre competencia); de ahí que todos y cada uno de sus actos de obstaculización a la competencia debieran ser siempre objeto de una única y misma sanción por aplicación de la infracción continuada.

Pero resulta patente que aceptar tal cosa comporta otorgar una dimensión desmesurada al concepto 'plan preconcebido' y al dolo unitario, y tendría por efecto socavar la misma razón de existir de la norma de regulación.

En consecuencia, en nuestro caso, la diferenciación de mandatos contravenidos, entre las obligaciones genéricas de la OBA y los referentes al SGO y las bases de datos, permiten trasvasar la continuidad sancionadora entre sí y dar lugar a una dualidad de respuesta punitiva.

Recordemos por último que como argumento de cierre la misma recurrente nos indica que la propia Administración no habría distinguido entre los daños producidos, por unos incumplimientos, en su resolución sancionadora de 16 de noviembre, y por otros, en nuestro caso (en la resolución de 10 de mayo de 2007), por lo que, en su opinión, tal identidad de tratamiento de los daños sería asimismo demostrativa de la presencia de una misma continuidad en la acción y de tratamiento en la sanción.

Pero, naturalmente, en sectores del ordenamiento como el presente, en el que el bien jurídico globalmente tutelado es el alcance, en el mayor grado posible, de las condiciones de competencia en el mercado, el resultado (esto es los daños) de toda acción tienen necesariamente que conducir a un mismo y único resultado: la lesión de este estado de la competencia; con independencia, naturalmente, de que de manera inmediata puedan verse lesionados derechos o intereses de operadores concretos del sector”.

CUARTO.- Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia de instancia y considera, por el contrario, que el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, es plenamente aplicable, no instaura ningún “privilegio”, no suscita dudas de ilegalidad y se limita, en síntesis mediante la utilización de categorías similares a las que configuran el delito continuado, a evitar las consecuencias inherentes a una multiplicidad de respuestas sancionadoras que el ordenamiento jurídico rechaza para los casos de continuidad infractora. Conclusiones que la Sala de instancia, por lo demás (cierto que en doctrina de secciones distintas de la que dicta la ahora impugnada, como la Sección Sexta) ha aceptado repetidamente al enjuiciar otros supuestos, de los que constituye un ejemplo, entre otros, el que fue objeto de la sentencia de 28 de febrero de 2005, confirmada por la de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 al resolver el recurso de casación número 3063/2005.

La realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, debe ser objeto de una respuesta punitiva única y no de tantas cuantos actos ilícitos se hayan cometido, conforme previene el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Cuestión distinta es que dicha respuesta única pueda tomar nota de la repetición y continuidad en el tiempo de los actos ilícitos para modular la intensidad de la sanción que el conjunto de todos ellos merezca.

Hasta tal punto ello es así que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con acierto, no dudó en utilizar la categoría de “infracción continuada” para los incumplimientos de “Telefónica de España, S.A.U.” que fueron objeto del expediente al que puso fin la resolución de 16 de noviembre de 2006, aun siendo muy variados los actos ilícitos en él comprendidos. Precisamente por considerar que todos ellos, referidos a la conducta reiterada de “Telefónica de España, S.A.U.” respecto de diversos (la práctica totalidad) operadores, tenían no sólo una base común sino un mismo designio obstaculizador del acceso de éstos al bucle de abonado, según un plan preconcebido o en aprovechamiento de la ocasión que le facilitaba su posición de titular de la red, precisamente por estas razones, decimos, y a la vista de que aquellos actos infringían el mismo precepto legal, impuso una única sanción.

Apreció de este modo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin dificultades interpretativas respecto de los preceptos aplicables en materia de continuidad infractora, que “Telefónica de España, S.A.U.” había incumplido “de manera continuada y generalizada” las resoluciones administrativas que determinaban el contenido obligatorio de la oferta de referencia, razón por la que la respuesta sancionadora fue única y no plural. Semejante apreciación, según hemos corroborado en nuestra sentencia de esta misma fecha al desestimar el recurso de casación 4037/2010, fue admitida por la Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de él y resulta conforme a Derecho.

QUINTO.- La queja de “Telefónica de España, S.A.U.” debe ser atendida cuando se cuestiona por qué no fueron incluidos en aquella respuesta única otros actos que participan de las mismas notas de los analizados en la resolución de 16 de noviembre de 2006 y que, en caso de ser ciertos (lo que “Telefónica de España, S.A.U.” no admite, por principio), no tendrían sino un carácter meramente instrumental para conseguir el mismo fin y habrían provocado el mismo efecto dañoso. Los hechos castigados en la “segunda sanción” no diferían, en sustancia, de los castigados en la primera y unos y otros suponían -a los efectos dialécticos, repetimos, pues “Telefónica de España, S.A.U.” niega su ilicitud- la vulneración de las mismas resoluciones administrativas.

Lleva razón la parte recurrente. Si una previa resolución administrativa (la de 16 de noviembre de 2006) había declarado ya que “Telefónica de España, S.A.U.” incumplió de manera “generalizada y continuada” los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en la OBA, tal como ésta había sido configurada preceptivamente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, razón por la que le impuso una sanción pecuniaria de veinte millones de euros, el organismo regulador no podía más tarde individualizar otro más de los incumplimientos -cuando ya había sido detectado al dictar la resolución de 16 de noviembre de 2006, estando en curso un procedimiento por tal hecho- para sancionarlo por separado, según hizo en su acuerdo de 10 de mayo de 2007. La “generalización continuada” a la que se refería la primera resolución debió englobar las acciones “singulares” que, como la correspondiente a la gestión y seguimiento del sistema de incidencias y bases de



datos, obedecían a un mismo designio, respondían a una práctica homogénea, infringían el mismo precepto legal y se realizaban -en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la situación- para obstaculizar, como ocurrió, el acceso de los operadores alternativos al bucle de abonado.

La “estrategia común” o acción coordinada de “Telefónica de España, S.A.U.” para dificultar el acceso de los operadores a los servicios regulados en la OBA había sido ya declarada en la resolución de 16 de noviembre de 2006, tras constatar cómo la resistencia de la operadora afectaba al conjunto (por eso se habla de incumplimiento “generalizado”) de aquellos servicios, incluidas sus condiciones técnicas, precios y demás obligaciones incluidas preceptivamente en la oferta. Los incumplimientos detectados en la implantación y utilización del denominado “SGO” (sistema de gestión de operadores) y en la utilización de bases de datos y facilidades de internet revelan, caso de ser ciertos, que “Telefónica de España, S.A.U.” demoraba o dificultaba la utilización de este sistema (meramente instrumental y cuya finalidad era atender más eficazmente a la provisión de los servicios que “Telefónica de España, S.A.U.” debía facilitar a los operadores alternativos) precisamente con el mismo objetivo de poner obstáculos a la prestación de dichos servicios.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones era consciente de que, al dictar su resolución de 16 de noviembre de 2006, tenía en trámite un procedimiento sancionador (el expediente RO 2006/12) sobre el incumplimiento por parte de “Telefónica de España, S.A.U.” de las obligaciones de la OBA relativas al funcionamiento del SGO, según habían sido definidas en los apartados segundo y tercero de la resolución de 29 de abril de 2002 y en los apartados primero y segundo de la resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA. No cabe alegar, pues, que en el caso de autos se trataba de hechos aún desconocidos que no podrían lógicamente formar parte de un solo procedimiento; por el contrario, ninguna dificultad hubiese existido para ampliar el “primer” expediente sancionador de modo que incluyera los incumplimientos de las mismas resoluciones que serían objeto del “segundo”, visto el alcance “generalizado” del primero y la concurrencia de las circunstancias previstas para apreciar la infracción continuada.

La dimensión temporal de los hechos no es óbice a cuanto se deja dicho pues, además de que la resolución de 16 de noviembre de 2006 no fijaba con exactitud el inicio de la conducta sancionada (emplea la expresión “al menos” para referirse a un determinado período y toma en cuenta, entre otros factores, la existencia de conflictos de acceso reveladores de las trabas impuestas desde el año 2002 al año 2006), lo determinante es que en el momento en que aquélla se dicta no había dificultad para integrar en el expediente sancionador relativo a la “conducta generalizada y continuada” de incumplimiento unos hechos singulares que -teniendo con los incluidos en aquél las notas de conexidad antes subrayadas- ya entonces eran objeto de análisis por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con vistas a su castigo.

SEXTO.- Procede, pues, la estimación del cuarto motivo casacional, lo que hace innecesario el estudio del resto, y la subsiguiente casación de la sentencia de instancia.

Y las mismas razones justificativas son válidas para estimar igualmente el recurso contencioso-administrativo número 1270/2007 y anular la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra la que se dirigía.

SÉPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a imponer las costas ni de la instancia ni de la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### FALLAMOS

Primero.- Estimar el recurso de casación número 1465/2010 interpuesto por “Telefónica de España, S.A.U.” contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 18 de enero de 2010 en el recurso 1270 de 2007, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo 1270/2007 y anular la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de mayo de 2007 recaída en el expediente sancionador RO 2006/12.

Tercero.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.