



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión Nº 32/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba en el expediente número RO 2009/754 la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN A PAGAR POR TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/7101, EN CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 232/2006.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2002, por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se aprobó la Resolución mediante la cual se adoptaron medidas cautelares con respecto a la "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para locutorios" de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. (en adelante, TTP), en el seno del expediente OM 2002/6634.

En el Resuelve del mencionado Acuerdo se establecía lo siguiente:

***"Primero.-** Obligar a TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. a paralizar su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios" a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.*

***Segundo.-** Obligar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a eliminar, en el plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, cualquier tipo de discriminación que pueda estar realizando entre TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. y cualquier otra empresa de telefonía de uso público y, en particular, las relativas a:*

- 1. La posibilidad de contratación de nuevas líneas telefónicas.*
- 2. El tiempo de entrega de las líneas telefónicas solicitadas.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Las tarifas cobradas por la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.
4. La exigencia de avales o prepago y la cuantía relativa de los mismos.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.”

SEGUNDO.- Por Acuerdo de 4 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA o TESAU) y contra TTP, como presuntas responsables directas de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 11/1998), por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002.

TERCERO.- Con fecha 30 de abril de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución del expediente sancionador AJ 2002/7101, citado en el Antecedente de Hecho Segundo anterior. En virtud de dicha Resolución respecto de TTP, se acordó lo siguiente:

*“**TERCERO.** Declarar responsable directa a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en su sesión de 29 de abril de 2002, adoptando medidas cautelares con respecto a la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas.*

***CUARTO.** Imponer a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. una sanción por importe de ochocientos mil (800.000) Euros.”*

CUARTO.- Con fecha 25 de marzo de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha recibido copia de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 25 de febrero de 2009, por la que se ha estimado parcialmente el recurso de casación (núm. 232/2006) interpuesto por TTP contra la Sentencia de fecha 14 de octubre de 2005, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 561/2003, desestimatoria del recurso interpuesto por la citada entidad contra la Resolución de este organismo dictada en el expediente AJ 2002/7101.

QUINTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 16 de junio de 2009 se requirió a TTP los ingresos brutos de explotación en la rama de actividad afectada, esto es, telefonía de uso público en locutorios, durante el ejercicio 2001.

SEXTO.- Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 30 de junio de 2009, TTP contestó al requerimiento de información al que hace referencia el punto anterior manifestando que los ingresos brutos por la prestación del servicio de uso público en locutorios durante el ejercicio 2001 fueron cero euros. Asimismo, comunicó que los ingresos durante el ejercicio posterior, esto es, el 2002, fueron 10.752.000 euros.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Con fecha 29 de julio de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se acordaba la propuesta de determinación de la sanción a pagar por TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. en el expediente sancionador AJ 2002/7101, en cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 232/2006. En virtud de dicha Resolución se acordó lo siguiente:

“Primero. Mantener el importe de la sanción económica impuesta a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. cuya cuantía asciende a ochocientos mil (800.000) euros, en cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 232/2006.

Segundo. Acordar la notificación de la propuesta citada a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. para que en el plazo máximo de diez días alegue y presente los documentos y justificaciones que tenga por convenientes.”

OCTAVO.- En fecha 14 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de alegaciones de TTP por el que se manifestaba, fundamentalmente, lo siguiente:

- **Improcedencia de que se mantenga en 800.000 euros la sanción del expediente AJ 2002/7101. La sanción máxima procedente es de 192.624,37 euros.**

TTP entiende que la Propuesta de Resolución acordada por el Consejo de esta Comisión con fecha 29 de julio de 2009 emite juicios de valor sobre si procede o no aplicar retroactivamente la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), *“cuando la procedencia de esa aplicación retroactiva es algo que ya ha sido resuelto de modo firme en la STS de 25 de febrero de 2009. A juicio de esta parte, la ejecución pura y simple de la STS de 25 de febrero de 2009 determina que no pueda mantenerse la sanción de 800.000 Euros impuesta en el expediente AJ 2002/7101, sino que esa sanción deberá fijarse en 192.624 Euros. Se desarrollan a continuación las razones que sustentan esta petición.”*

1. Consideraciones generales sobre el objeto del presente procedimiento: su objeto debe limitarse a llevar a puro y debido efecto la STS de 25 de febrero de 2009.

TTP manifiesta que esta Comisión no puede introducir valoraciones nuevas, ni entrar a debatir cuestiones que serían propias de la fase declarativa, no de la fase de ejecución. Asimismo, entiende que *“la ejecución de una sentencia debe limitarse a llevar a efecto los pronunciamientos contenidos en el fallo, sin que en esa fase la Administración pueda emitir declaración de derecho alguna que innove el contenido de la sentencia que se trata de ejecutar. [...] Así, la ejecución consiste tan sólo en desplegar en la realidad los efectos jurídicos del fallo en los términos exactos que éste haya ordenado, siendo improcedente la emisión de valoraciones, extralimitación que, esta parte reitera, conculcaría el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.*

En opinión de TTP, la Propuesta de Resolución va más allá de la pura y simple ejecución de la STS de 25 de febrero de 2009. Y es esa extralimitación, continúa TTP, la que conduce a proponer, de modo improcedente que se mantenga en 800.000 euros la sanción del expediente AJ 2002/7101.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Extralimitación de la Propuesta de Resolución y aplicación retroactiva de la LGTel.

Según TTP, la STS de 25 de febrero de 2009, estima el recurso contencioso-administrativo de la referida entidad *“porque considera que la LGTel resulta más favorable y, por tanto, de aplicación retroactiva. [...] En otras palabras, el Tribunal Supremo ya ha resuelto de modo firme que procede aplicar retroactivamente la LGTEL 2003 por resultar más favorable. En la fase de ejecución de ese pronunciamiento, no cabe volver a plantear si procede o no aplicar la LGTEL 2003 y si ésta es o no más favorable para TTP. Se trata de una cuestión resuelta de modo firme.”*

Asimismo, TTP entiende que esta Comisión se aparta de ese pronunciamiento, por lo establecido del Fundamento Jurídico Cuarto de la propuesta de resolución:

“Por todo lo anterior, y dado que la aplicación de la LGTel, en el presente caso, tendría un efecto desfavorable sobre TTP, provocando un importante incremento en el montante de la sanción, no resulta procedente la aplicación retroactiva de la citada norma ya que se estaría contraviniendo lo dispuesto en los artículos 113.3 y 128.2 de la LRJCA y 21.3 del RPS¹ que prohíben la “reformatio in peius” tal y como se ha confirmado por reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 10 de noviembre de 2004) como del Tribunal Constitucional (STC de 15 enero de 1996).”

Esta Comisión entiende que la referida entidad está solicitando una aplicación parcial de los artículos 56.1.a) de la LGTel y 82 de la Ley 11/1998 utilizando las partes más favorables de cada uno de los mismos. Así, TTP solicita a esta Comisión que realice *“de nuevo los cálculos ateniéndose exclusivamente al parámetro del 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenido por TTP en la rama de actividad afectada, manteniendo intacto en lo demás la anterior resolución sancionadora. Y eso llevaría a hacer los cálculos de la siguiente manera:*

- (i) Inicialmente, la sanción de 800.000 euros se impuso sobre la base de un límite máximo de 2.495.842 euros (1% de los ingresos brutos anuales totales).*
- (ii) Realizando de nuevo los cálculos ateniéndose al parámetro del 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por TTP en el ejercicio 2001 en la rama de actividad afectada, resulta que éstos son de 107.520 euros (pág. 8 de la Propuesta de Resolución). Ésa es la nueva cantidad que ha de introducirse en los cálculos del expediente AJ 2002/7101. Y, como se ha visto, la razón por la cual se remiten las actuaciones a la CMT es a los solos efectos de determinar la rama de actividad afectada y los ingresos a ella asociados.*
- (iii) El artículo 82.1.a) de la LGTEL 1998, que es de aplicable en todo lo que no sea el criterio del 1% de los ingresos brutos de la rama de actividad afectada, establece que, si esa cantidad es inferior a 100.000.000 ptas. (601.012,10 Euros), será ésta última cantidad la que constituya el nuevo límite máximo de la sanción. No procede considerar el importe de 20 millones de euros del artículo 56.1.a) de la LGTEL 2003 porque ello sería dar un alcance retroactivo a esa norma que iría más allá de lo resuelto por la STS de 25 de febrero de 2009.*

¹ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (iv) *Por ello, dado que el nuevo límite máximo de la sanción sería de 601.012,10 Euros, la nueva sanción debería guardar la misma proporción con ese límite máximo, que la sanción inicialmente impuesta con un límite máximo de 2.495.842 Euros. Esto es, 800.000 Euros (la sanción primitiva) representa un 32,05% del límite máximo de 2.495.842. En consecuencia, la nueva sanción deberá representar un 32,05% del nuevo límite máximo de 601.012,10 Euros. Ello determina que la nueva sanción será de 192.624,37 Euros.*

Finalmente, TTP solicita (i) *“que se determine como sanción a imponer en el expediente sancionador AJ 2002/7101 la cantidad de 192.624,32 euros, en lugar de 800.000 euros y (ii) habiendo TTP abonado en su día el importe de 800.000 euros, se proceda, previos los trámites oportunos, a la devolución de la cantidad que diste con la nueva sanción, con sus correspondientes de demora.”*

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para dar cumplimiento al Resuelve Segundo del Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA), al ser el órgano que dictó la Resolución de 30 de abril de 2003, anulada, en cuanto a la fijación del importe de la multa impuesta, en virtud del citado pronunciamiento judicial.

SEGUNDO.- Objeto del presente expediente.

El presente expediente tiene por objeto llevar a puro y debido efecto, de conformidad con los artículos 104 y siguientes de la LRJCA, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, en cuya parte dispositiva, una vez estimado parcialmente el recurso de casación y en consecuencia, anulada la Resolución impugnada, ordena a esta Comisión *“imponer la sanción pecuniaria con aplicación retroactiva de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.”*

La sentencia dictada en sede casacional estima parcialmente el recurso interpuesto por TTP y acoge el último motivo formulado y, por tanto, debe aplicarse retroactivamente el artículo 56.1.a) de la LGTel, si resulta más favorable, en lugar del artículo 82.1.a) de la Ley 11/1998. El fundamento de derecho noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009 señala:

“Noveno.- Al igual que hicimos en la sentencia de 10 de julio de 2008 respecto de “Telefónica de España, S.A.U.”, y en otras anteriores, también en ésta hemos de acceder a la pretensión de que la nueva Ley 32/2003 sea aplicada de modo retroactivo en cuanto a uno de los factores determinantes de la multa impuesta, esto es, el porcentaje de los ingresos de la sociedad sancionada.

En nuestra sentencia 6 de junio de 2007 (y en la de 29 de abril de 2008, recurso de casación número 5199/2005) dijimos lo siguiente al resolver otro recurso de casación (el número 8217/2004) interpuesto por la misma empresa hoy recurrente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“La novedad legislativa introducida por la Ley 32/2003 en su artículo 56.1.a) contrasta con el artículo 82.1.a) de la Ley de 11/1998 (derogada por aquélla) en cuanto al cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción. Dichos ingresos brutos anuales son ahora los “obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada”, cantidad que podrá diferir -en menos- de la prevista en la Ley de 11/1998 pues el artículo 82.1.a) de ésta no distingue entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad.

El nuevo artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 puede significar, pues, para la recurrente un efecto más favorable que el resultante del precepto legal aplicado, lo que determinará su aplicación in melius a un caso pendiente como éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992. El hecho de que tal aplicación retroactiva no fuese instada por la actora en la instancia supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva. [...]

En todo caso procederá que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al dictar una nueva resolución que sustituya a la de 23 de julio de 2002, aquí impugnada, aplique el artículo 56.1.a) de la Ley 32/2003 sobre la base de los ingresos brutos anuales obtenidos por 'Telefónica de España, SAU.' en el ejercicio de 2001 en la rama de actividad correspondiente. No podemos acceder a la pretensión actora de que por tal 'actividad' se entienda de modo necesario la de 'prestación del servicio telefónico básico en régimen de GCU', pues habrá de ser el organismo regulador quien, con el conocimiento que posee de las actividades de la operadora y del mercado en su conjunto, precise cuál es la rama de actividad realmente afectada. Y tampoco podemos acceder a la solicitud actora de que sea la Sala de la Audiencia Nacional quien, en ejecución de sentencia, de modo directo 'realice esa labor y determine el importe en que, en su caso, deba fijarse la sanción con arreglo a las bases señaladas' pues, como ya hemos expuesto, se trata de operaciones que requieren determinadas apreciaciones para las que es competente en principio (a reserva, obviamente, de su ulterior control jurisdiccional) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

En esta misma línea, dado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó como uno de los parámetros sancionadores decisivos el 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por "Telefónica de España, SAU." en el ejercicio de 2001, procederá que el organismo regulador haga de nuevo sus cálculos sobre la base de los obtenidos por la entidad infractora en la rama de actividad afectada.”

En conclusión, el citado artículo 56.1.a) de la LGTel introduce una novedad legislativa frente al antiguo artículo 82.1.a) de la Ley 11/1998, que consiste en que el cómputo de los ingresos brutos de explotación de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se calcula el porcentaje del 1 por ciento para fijar el límite máximo del importe de la sanción, ha de hacerse sobre la rama de actividad afectada y no sobre el total de los ingresos brutos obtenidos en el año anterior.

Únicamente se procede a determinar la sanción aplicable mediante la aplicación del artículo 56.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tal y como ha fallado el Tribunal Supremo, sin revisar los demás aspectos decididos en la Resolución dictada en el expediente AJ 2002/7101 que han sido confirmados primero por la Audiencia Nacional y posteriormente en casación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Sobre la conducta sancionada por la Resolución del expediente AJ 2002/7101.

La Resolución del expediente sancionador AJ 2002/7101, de 30 de abril de 2003, impuso a TTP una sanción de ochocientos mil (800.000) euros, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, por el incumplimiento de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002 que adoptaba medidas cautelares con respecto a la Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para locutorios de TTP, en el seno del expediente OM 2002/6634.

Como se ha señalado en el Antecedente Primero, el Resuelve Segundo de la mencionada Resolución de 29 de abril de 2002 establecía lo siguiente:

“Primero.- Obligar a TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. a paralizar su “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios” a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.”

Por Acuerdo de 4 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar el expediente sancionador de referencia contra TELEFÓNICA y TTP, como presuntas responsables directas de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, dictándose la posterior Resolución del procedimiento sancionador mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión con fecha 30 de abril de 2003.

Pues bien, del Hecho Probado Sexto de la Resolución del expediente AJ 2002/7101, de fecha 30 de abril de 2003, se desprende que TTP continuó ofertando servicios de comunicaciones electrónicas para locutorios a partir del día 1 de mayo de 2002.

Asimismo, cabe señalar que en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad existen dos circunstancias atenuantes, la escasa repercusión social de la infracción cometida y la inexistencia de otras infracciones y ninguna circunstancia agravante.

CUARTO. Sanción aplicable a la infracción.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de determinación de la sanción de 14 de septiembre de 2009, TTP manifiesta que esta Comisión se ha extralimitado en la Propuesta de Resolución y que ha ido “más allá de la pura y simple ejecución de la STS de 25 de febrero de 2009.” Pues bien, esta Comisión no ha introducido ninguna valoración nueva sino que tanto en la Resolución de 29 de julio de 2009 como en la presente se ha limitado a comprobar si la aplicación retroactiva del artículo 56.1.a) de la LGTel resulta más favorable que la aplicación, que en su día se hizo, del artículo 82 de la Ley 11/1998 tal y como se expone a la largo en este Fundamento de Derecho Cuarto.

Asimismo, en dicho escrito de alegaciones, TTP expone que se debe de aplicar el artículo 56.1.a) de la LGTel al resultar más favorable según el mecanismo de aplicación “parcial” expuesto en el Antecedente de Hecho Séptimo de la presente Resolución. En efecto, TTP solicita la aplicación del concepto de rama de actividad desarrollado en el artículo 56.1.a) de la LGTel pero utilizando el artículo 82.a) de la antigua Ley 11/1998 para determinar el límite máximo de la sanción lo que implica una cantidad máxima de cien (100) millones de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pesetas (601.012,10 euros). Esto es, según los cálculos de TTP, dado que el nuevo límite máximo de la sanción sería de 601.012,10 Euros, *“la nueva sanción debería guardar la misma proporción con ese límite máximo, que la sanción inicialmente impuesta con un límite máximo de 2.495.842 Euros. Esto es, 800.000 Euros (la sanción primitiva) representa un 32,05% del límite máximo de 2.495.842. En consecuencia, la nueva sanción deberá representar un 32,05% del nuevo límite máximo de 601.012,10 Euros. Ello determina que la nueva sanción sería de 192.624,37 Euros.”*

Sobre este particular, existe reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo manifestando que el principio de retroactividad de la ley penal² más favorable supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo. En efecto, el Fundamento de Derecho Cuarto in fine de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 establece:

“Tampoco está de más que, en el contexto de este caso concreto, hagamos referencia a nuestras afirmaciones sobre los mecanismos de sucesión de normas en el tiempo y, más concretamente, a la retroactividad de la ley penal más favorable. Ya en la STC 131/1986, de 29 de octubre tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero.”

Del mismo modo, recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2008 (Fundamento Jurídico Segundo) se ha manifestado en el mismo sentido:

“Se suscita, por tanto, como hemos declarado en la SAN de 20 de septiembre de 2005 un mecanismo de sucesión de normas en el tiempo y, más concretamente, el alcance de la retroactividad de la ley penal más favorable. Dicho principio, con fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución, supone (por todas, sentencia de 8 de abril de 2002 del Tribunal Constitucional la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga un beneficio para el sancionado ya que, en otro caso, la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva.”

Por tanto, en este caso y según la jurisprudencia anteriormente señalada la aplicación debe de ser íntegra, no ya sólo de un artículo completo sino de toda la Ley que se entienda pueda ser más beneficiosa para la entidad sancionada.

² Los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 establece que: *“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal [...].*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, en su Fundamento Derecho Noveno in fine, establecía:

“El nuevo artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 puede significar, pues, para la recurrente un efecto más favorable que el resultante del precepto legal aplicado, lo que determinará su aplicación in melius a un caso pendiente como éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992. El hecho de que tal aplicación retroactiva no fuese instada por la actora en la instancia supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva. [...]”

De manera clara, el Tribunal Supremo expone que la LGTel **puede significar** un efecto más favorable en su conjunto, lo que determinaría su aplicación in melius.

Por tanto, es necesario conocer si la aplicación del artículo 56.1.a) de la actual LGTel resulta más favorable para TTP:

En virtud del artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) del mismo texto legal son las siguientes:

“(...) multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

Por su parte, el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común determina que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, estableciendo el apartado siguiente del precepto los criterios que han de ser tenidos en consideración para la graduación de la sanción.

A. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En aplicación de los anteriores criterios y en atención a lo ya señalado en la Resolución dictada en el expediente AJ 2002/7101, procede señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, no es viable fijar cuál fue el beneficio bruto obtenido por TTP por la comisión de la infracción, como se estableció en la Resolución de 30 de abril de 2003.
2. Asimismo, resulta imposible determinar el 5 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, como se señalaba en la Resolución de instancia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Es necesario, por tanto, cuantificar la sanción estableciendo como máximo la cifra más alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio (2001) o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual y la cifra de 20 millones de euros.

No existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y las referencias existentes en el ámbito fiscal y mercantil no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.

Así, por ejemplo, el artículo 83.4 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, se refiere a la rama de actividad como *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*. De ésta y otras alusiones presentes en la normativa tributaria, se desprende que el concepto tradicional de rama de actividad se refiere a un conjunto de elementos patrimoniales que conforman una unidad económica en cierta forma autónoma.

Sin embargo, como se ha señalado en otras ocasiones por esta Comisión, lo realmente relevante a efectos de calcular el importe de la sanción es determinar qué actividad o actividades se han visto afectadas por la infracción cometida, aunque no pertenezcan a una rama de actividad propiamente dicha en su acepción tributaria o mercantil.

Por tanto, esta Comisión entenderá por la rama de actividad afectada aquellos servicios sobre los que la conducta de TTP haya impactado realmente:

Mercado afectado.

En la Resolución de 19 de septiembre de 2002 se concluyó que TESAU no actuó directamente sobre el mercado de telefonía de uso público en locutorios, sino que únicamente lo hizo a través de TTP. Por tanto, este mercado es el afectado por las actividades desarrolladas por TTP. Por tanto, el mercado afectado será el de telefonía de uso público.

Determinación del ámbito geográfico del mercado afectado.

Por mercado geográfico se entiende *“la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de los servicios de referencia, en que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas.”*³

En el análisis realizado en la citada Resolución, se sostiene que *“en cuanto al mercado geográfico, ha de considerarse el comprendido por el territorio nacional en su conjunto, en tanto que los agentes presentes en el mercado de producto (telefonía de uso público en locutorios) pueden competir entre sí en todo el territorio nacional, sin diferencias*

³ Definición extraída de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Asunto 27/76 United Brands Co & United Brands Continental BU c. Comisión (1978)* y luego recogida por la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sustanciales en las características de la demanda en el mismo y con sujeción además a una misma normativa. Así, puede afirmarse que las condiciones de competencia son similares en todo el territorio nacional y, por tanto, éste ha de ser el mercado geográfico considerado”.

Conclusión.

En definitiva, la actividad sobre la que se desarrolló la infracción cometida por TTP, sociedad unipersonal en el expediente AJ 2002/7001 es:

- Servicio de telefonía de uso público de ámbito geográfico nacional.

Determinación del 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por TTP en la rama de actividad afectada.

En lo concerniente al servicio de telefonía de uso público de ámbito geográfico nacional (locutorios) no se conocen los ingresos brutos obtenidos por TTP en 2001 debido a que la citada entidad no declaró ingreso alguno en el marco del requerimiento anual de información del ejercicio 2001. Asimismo, la misma información fue comunicada por la propia TTP en la contestación al requerimiento efectuado por el Secretario de esta Comisión con fecha 16 de junio del presente año.

En virtud del artículo 56.1 a) de la LGTel por el que se establece que en caso de inexistencia de ingresos brutos en la rama de actividad afectada del último ejercicio se tomará en consideración la cifra del ejercicio actual (2002). En este sentido, en la contestación al requerimiento de información que se hace referencia en el párrafo anterior, TTP comunicó que los ingresos de la citada compañía en la rama de actividad afectada en el ejercicio 2002 ascendieron a diez millones setecientos cincuenta y dos mil (10.752.000) euros.

Por tanto, el 1 por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por TTP en el ejercicio 2002 en la rama de actividad afectada ascienden a ciento siete mil quinientos veinte (107.520) euros cantidad inferior a veinte (20) millones de euros.

En consecuencia, en aplicación de la LGTel, la sanción debería determinarse tomando como límite máximo de la sanción la cantidad mayor, esto es, veinte (20) millones de euros.

B. Determinación de la sanción que se propone.

De la aplicación al presente caso de las reglas enunciadas anteriormente resultan las siguientes conclusiones:

- No es posible determinar cuál es el beneficio bruto obtenido por TTP por la comisión de la infracción en el presente caso ni resulta aplicable el criterio de los fondos totales utilizados en la infracción.

- Como se ha señalado anteriormente, en el presente caso, la rama de actividad afectada se encuentra delimitada por el servicio de telefonía de uso público con dimensión geográfica nacional. El 1 por ciento de los ingresos obtenidos en 2002 por dicho servicio asciende a 107.520 euros, siendo tal cantidad inferior a la de 20 millones de euros fijada



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por el artículo 56.1.a) de la LGTel, por lo que ésta última debería de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.

- Tal y como se señaló en la resolución de instancia en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad existen dos circunstancias atenuantes, la escasa repercusión social de la infracción cometida y la inexistencia de otras infracciones y ninguna circunstancia agravante.

- Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. No se tiene conocimiento del beneficio que ha obtenido TTP por la comisión de la infracción.

En virtud del artículo 56.1.a) de la LGTel el límite máximo de la sanción sería de veinte (20) millones de euros frente a los dos millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos cuarenta y dos (2.495.842) euros (1% de los ingresos brutos totales anuales de TTP en 2001) cifra, ésta última, tomada en el expediente sancionador 2002/7101 como sanción máxima en virtud del artículo 82 de la Ley 11/1998.

En este sentido, cabe destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, en su Fundamento Derecho Noveno, establecía:

En nuestra sentencia 6 de junio de 2007 (y en la de 29 de abril de 2008, recurso de casación número 5199/2005) dijimos lo siguiente al resolver otro recurso de casación (el número 8217/2004) interpuesto por la misma empresa hoy recurrente:

“La novedad legislativa introducida por la Ley 32/2003 en su artículo 56.1.a) contrasta con el artículo 82.1.a) de la Ley de 11/1998 (derogada por aquélla) en cuanto al cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción. Dichos ingresos brutos anuales son ahora los “obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada”, cantidad que podrá diferir -en menos- de la prevista en la Ley de 11/1998 pues el artículo 82.1.a) de ésta no distingue entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad.

El nuevo artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 puede significar, pues, para la recurrente un efecto más favorable que el resultante del precepto legal aplicado, lo que determinará su aplicación in melius a un caso pendiente como éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992. El hecho de que tal aplicación retroactiva no fuese instada por la actora en la instancia supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva. [...]

Por tanto, si tal y como solicita TTP se aplicase la retroactividad de la LGTel y la sanción que se impusiese guardase la misma proporción con el nuevo límite máximo, esto es, veinte (20) millones euros, la nueva sanción a imponer se correspondería con la cifra de seis millones cuatrocientos diez mil seiscientos sesenta y dos euros y 21 céntimos (6.410.662,21), cantidad superior a los ochocientos mil (800.000) euros impuestos en el expediente AJ 2002/7101.

Por todo lo anterior, y dado que la aplicación de la LGTel, en el presente caso, tendría un efecto desfavorable sobre TTP, provocando un importante incremento en el montante de la sanción, no resulta procedente la aplicación retroactiva de la citada norma ya que se estaría



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contraviniendo lo dispuesto en los artículos 113.3 y 128.2 de la LRJCA y 21.3 del RPS⁴ que prohíben la “reformatio in peius” tal y como se ha confirmado por reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 10 de noviembre de 2004) como del Tribunal Constitucional (STC de 15 enero de 1996).

En virtud de las consideraciones de Hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

III.- RESUELVE

Único. Mantener el importe de la sanción económica impuesta a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. cuya cuantía asciende a ochocientos mil (800.000) euros, en cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 232/2006.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, no cabe la interposición de recurso en vía administrativa, no obstante, se podrá promover incidente de ejecución de Sentencia ante la Audiencia Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 en relación con el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.

⁴ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.