



Roj: **STS 3390/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3390**

Id Cendoj: **28079130032018100366**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/10/2018**

Nº de Recurso: **2599/2016**

Nº de Resolución: **1445/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1672/2016,**  
**STS 3390/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.445/2018**

Fecha de sentencia: 01/10/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2599/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2599/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1445/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 1 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 2599/2016, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2016, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 294/14 . Se ha personado como parte recurrida la Procuradora D<sup>a</sup>. Ascensión de Gracia López Orcera en representación de VODAFONE ESPAÑA SAU, con la asistencia letrada de D<sup>a</sup> Raquel Gómez Blanco.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento contencioso-administrativo número 294/14 seguido ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por VODAFONE ESPAÑA SAU, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 24 de abril de 2014, en el expediente sancionador SNC/DTSA/388/13 ROAMING VODAFONE por la que se impone sanción de 3.116.000 euros, por infracción del artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , por haber incumplido de manera grave las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

**SEGUNDO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia de fecha 8 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva acuerda:

<<FALLAMOS:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ascensión de Gracia López Orcera, en nombre y representación de Vodafone España, SAU, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de abril de 2014, la cual anulamos en el extremo referido al importe de la sanción, que queda fijado en la cuantía de 1.557.740,28 euros.

SEGUNDO.- No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.>>

Contra la referida sentencia, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO manifestó su intención de recurrir en casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de 14 de octubre de 2016 de interposición del recurso de casación en el que expuso el motivo siguiente:

Único.- Al amparo de lo establecido en el art.88.1.d) de la LJCA , por infracción en la sentencia recurrida de los artículos 9.3 CE , 53.s ) y 54.p) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT/2003); 44.17, 79.1.c) y 80.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT/2014), y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJPAC, así como la jurisprudencia que cita al desarrollar el motivo.

Terminando por suplicar a la Sala dicte sentencia que estime el recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, y en su lugar, se dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando la conformidad a derecho de la Resolución de la CNMC. Subsidiariamente, que, con casación y anulación de la sentencia recurrida, se fije la multa en 2.336.610 euros.

**CUARTO.-** Por Providencia de 1 de diciembre de 2016, se admite el recurso de casación y se remiten las actuaciones a la Sección Tercera de la Sala de conformidad con el reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Fue evacuado el trámite de oposición al recurso de casación, por la mercantil VODAFONE ESPAÑA SAU, en su escrito de 27 de enero de 2017, y tras realizar las alegaciones que considera oportunas a su derecho, termina por suplicar dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el citado recurso de casación y confirme la doctrina mantenida por la sentencia impugnada, imponiendo las costas al recurrente.



**SEXTO** .- Se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2018, fecha en que ha comenzado la deliberación, continuando en días sucesivos, con observancia de las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Administración General del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en el procedimiento contencioso-administrativo número 294/2014, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de abril de 2016, cuyo fallo dice literalmente:

<<PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ascensión de Gracia López Orcera, en nombre y representación de Vodafone España, SAU, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de abril de 2014, la cual anulamos en el extremo referido al importe de la sanción, que queda fijado en la cuantía de 1.557.740,28 euros.>>

**SEGUNDO.** - El pronunciamiento de la sentencia se fundamentó en las siguientes consideraciones jurídicas en relación a la cuestión sobre la que se ha suscitado debate en casación, esto es, la proporcionalidad en la graduación de la multa:

«CUARTO.- En cuanto a la retroactividad de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, la infracción objeto de expediente ha sido la establecida en el artículo 53.s) de la Ley anterior. Dicho tipo infractor sanciona, como hemos señalado el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas. El mismo tipo infractor se contiene en la nueva ley como infracción grave, en el artículo 77.17, instando la actora que se aplique retroactivamente la ley más favorable. Dispone el artículo 77.17, como falta grave: <<La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas>>».

La administración demandada se opone a dicha pretensión afirmando que la conducta encuentra encaje como falta muy grave en la nueva Ley, artículo 77.37 "vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo". No obstante ello, en el escrito de conclusiones, la administración reconoce que la infracción cometida no puede ser muy grave, por el cambio normativo, debiendo considerarse infracción grave, pero manteniendo la sanción impuesta, puesto que cabe multa del tanto al duplo.

La resolución administrativa señala que la sanción a imponer podría ser del tanto al quíntuplo, imponiendo la sanción aproximadamente en el doble, es decir, se mantiene en la mitad inferior de lo posible.

El artículo 79.1.c) de la nueva Ley establece que la sanción para las infracciones graves tendrá el límite del duplo del beneficio bruto obtenido o el máximo de dos millones. Los criterios para la graduación se establecen en el artículo 80. La resolución impugnada sitúa la sanción en la mitad inferior de lo posible, dos quintos de la cuantía máxima. Siguiendo el mismo criterio de proporcionalidad de la sanción, con la nueva normativa, la sanción a imponer, a juicio de la Sala, debe situarse en el tanto del beneficio estimado, es decir, en la cuantía de 1.557.740,28 euros. Dicha cuantía entendemos, además, que sería la mínima a imponer en el presente supuesto al constituirse como límite mínimo el beneficio estimado.

En cuanto a la proporcionalidad, dado que se aprecia la indicada retroactividad de la norma más favorable y se modula la sanción a imponer, no cabe apreciar que se vulnere dicho principio.»

**TERCERO.-** El único motivo de casación que formula en su escrito el Abogado del Estado alega la vulneración de los artículos 9.3 CE, 53.s) y 54.p) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel/2003); y los artículos 77.17, 79.1.c) y 80.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel/2014), y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJPAC, así como la jurisprudencia que cita al desarrollar el motivo.

Según el Abogado del Estado tales preceptos han sido infringidos porque la sentencia considera que debe aplicarse retroactivamente la Ley General de Telecomunicaciones 2014, por ser más favorable que la Ley General de Telecomunicaciones de 2013, conclusión que se extrae de que la primera califica la infracción cometida como grave y la segunda de muy grave. Y que aun cuando en el tipo de la infracción no se produce discrepancia, es cierto que -continúa la Abogacía del Estado- la consideración de la infracción como grave no alteraba la cuantía de la multa ya que para dicha conducta cabe multa del tanto al duplo, postulando así que se mantuviera la cuantía de la sanción inicialmente impuesta.

Frente a esta alegación de la Abogacía del Estado, la sentencia consideró que, dentro del marco permitido por el artículo 79.1.c) LGT /2014, que fija el límite para las infracciones graves en sanción del duplo del beneficio obtenido o 2 millones de euros, y aplicando el principio de proporcionalidad atendidos los criterios



de graduación del artículo 80 LGT /2014, procedía sancionar acorde con el criterio de la resolución impugnada (que había fijado la multa en 2/5 de la cuantía máxima) imponiendo una sanción de multa de 1.557.740,28 euros.

Y la sentencia no ha aplicado correctamente el artículo 80 LGT /2014 puesto que no consideró las circunstancias probadas que si se reflejan en la propia sentencia, de reiteración del incumplimiento infractor que también está contemplado en el artículo 131 LRJPAC, lo que hubiera debido llevar a mantener la misma sanción sin reducción alguna. Se expuso que el tipo de infracción del artículo 53.s) LGT/2003 incorporaba como elemento del tipo, la gravedad o reiteración del incumplimiento infractor que, sin embargo, no contempla el tipo aplicado del artículo 77.17 LGT /2014 y que debe ser incorporado al mismo ex artículo 80 LGT /2014, en orden a comparar las Leyes en concurrencia en conjunto para aplicar la regla de la retroactividad más favorable, garantizándose así el respeto al principio de proporcionalidad.

Añade que si la sentencia pretendió -como afirma en su FJ 4- trasladar de forma aritmética la multa inicialmente impuesta al nuevo segmento sancionador, dicha traslación del segmento sancionador previsto en el artículo 56.1.b) LGT/2003 (de 1 a 5) al nuevo segmento sancionador previsto en el artículo 79.1.c) LGT /2014 (de 1 a 2), no es correcta, y además no se encuentra motivada ya que no es posible deducir del escueto FJ 4 qué criterio, en defecto de error, se ha seguido para respetar la proporcionalidad desde la base del criterio recogido en la Resolución de la CNMC. Señala que debió considerarse la especial gravedad de la conducta que se refiere a los elevados beneficios ilícitos obtenidos, la dilatada duración, el considerable daño causado y la falta de reparación.

El motivo en lo que se refiere al planteamiento sobre falta de motivación debe ser desestimado. Se advierte, por lo pronto, que en alguno de los pasajes del motivo de casación lo que parece denunciarse es la falta de motivación de la sentencia en el punto relativo a la cuantificación de la sanción, aspecto este que lo habría sido necesario encauzar al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que es el cauce adecuado para denunciar la infracción de las normas reguladora de la sentencia.

En cuanto al resto de los preceptos invocados de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y de la Ley de 2014, según el Abogado del Estado tales preceptos han sido infringidos porque la sentencia considera que de aplicarse retroactivamente la Ley general de Telecomunicaciones de 2014, y en ese caso, era obligada la ponderación de las circunstancias concurrentes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 80 de la LGT /2014, lo que conllevaría la apreciación de circunstancias agravantes y la imposición de la sanción en la cuantía superior, todo ello sin explicitar la sentencia los términos en los que ha hecho el juicio de proporcionalidad que resultaba obligado con la valoración de las circunstancias agravantes indicadas.

Pues bien, no se discute en el proceso la procedencia de la aplicación retroactiva de la Ley General de Telecomunicaciones posterior, de 2014, por ser más beneficiosa para el sancionado, al estar las partes de acuerdo con tal operación jurídica de la retroactividad de la norma sancionadora, premisa de la que hemos de partir.

A partir de tal consideración, se observa que el texto de las normas reseñadas, la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y 2014, presentan diferentes matices. Así, mientras el artículo 53.s) de la primera Ley de 2003 establece:

«Infracción Muy Grave:

El incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.»

Y el artículo 54.p) de la misma ley de 2003 dispone:

«Infracción Grave:

El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.»

La segunda, la Ley General de Telecomunicaciones aplicada, de 2014, dispone en el artículo 77.17 lo siguiente:

«Infracción Grave:

La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.»

La CNMC, a la hora de tipificar la conducta desarrollada por Vodafone, opta por subsumir los hechos en la infracción muy grave del artículo 53.s) de la Ley de 2003, apreciando, en este extremo, -frente a las alegaciones de Vodafone de inexistencia de reiteración- que:

«En cuanto a la reiteración, la infracción recogida en el artículo 53.s) ("incumplimiento grave o reiterado") no exige que exista necesariamente la componente de reiteración, sino que también concurre el tipo de infracción muy grave si el incumplimiento de las condiciones para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas es grave a juicio de esta Comisión. En el presente caso, la conducta de Vodafone se considera como muy grave al incumplir un requisito esencial establecido en el Reglamento del Roaming, durante un período de 7 meses y habiendo informado anteriormente la CMT sobre su interpretación del Reglamento, sin modificar Vodafone su práctica hasta dictar ese organismo una medida cautelar. En este sentido, la magnitud de los beneficios que obtuvo Vodafone durante el período de tiempo que mantuvo la comercialización conjunta de estos planes de precios con la tarifa "Hablar y Navegar en Europa" pone de manifiesto la gravedad de su conducta.»

De la comparación de los textos antes transcritos se desprende que la nueva regulación contempla como único tipo infractor, en su consideración de infracción grave, la negativa a cumplir las condiciones para la prestación del servicio, en tanto que la precedente regulación, establecía como elemento del tipo infractor la exigencia de que el incumplimiento fuera «grave o reiterado» extremo este que desaparece en la norma de 2014, aplicada por la Audiencia Nacional. Así pues, la infracción considerada por la CNMC, era la prevista en el artículo 53.s) LGT/2003 que catalogaba como muy grave -incluyendo la gravedad y/o reiteración como parte del tipo infractor-, excluyendo la aplicación del artículo 54.p) que preveía la infracción grave. Ambos tipos infractores quedan reducidos en la LGT de 2014 a un solo tipo de infracción grave (artículo 77.17) que no incorpora los elementos de la gravedad y la reiteración.

Para la nueva determinación de la sanción, tras mencionar los límites de las infracciones graves ex artículo 79.1.c) LGT /2014 y los criterios de graduación ex artículo 80, la sala de instancia razona que ha de mantenerse el mismo criterio de proporcionalidad seguido en la resolución sancionadora de la CNMC. A partir de tal consideración, recuerda que esta resolución de la CNMC sitúa la sanción en la mitad inferior de lo posible (dos quintos de la cuantía máxima posible) con un resultado de 3.116.000 Euros. Trasladando el mismo criterio de proporcionalidad, considera la Audiencia Nacional que la de la cuantía de la sanción a imponer con la Ley de 2014 ha de situarse «en el tanto del beneficio estimado», que arroja la suma de 1.557.740,28 Euros, que es la mínima a imponer «al constituirse como límite mínimo el beneficio estimado».

Pues bien, a la hora de subsumir la conducta infractora, la resolución de la CNMC de 24 de abril de 2014 acude al tipo infractor muy grave del artículo 53.s) de la Ley de 2003 y recordando que la infracción es muy relevante dado que la recurrente vinculó una tarifa alternativa de *roaming* automáticamente sin dar opción a elegir las eurotarifas, en contra de la regulación específica del *roaming* aplicable a la Unión Europea y vigente desde el año 2007, teniendo en consideración la especial promoción que Vodafone hacía precisamente de los planes de precios RED y Base.

Por consiguiente -razona la CNMC- atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer Vodafone una sanción de 3.116.000 Euros por el incumplimiento grave de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, al haber incumplido el Reglamento del Roaming al asociar automáticamente a la contratación de los planes de precios nacionales RED y Base la tarifa de roaming «Hablar y navegar en Europa», sin ofrecer al cliente la posibilidad de elegir las eurotarifas o cualquier otra tarifa alternativa de roaming.

Para comprobar la corrección de la operación realizada por la sala de instancia, es necesario tomar en consideración, que, tras la nueva reducción de los precedentes tipos muy grave y grave de los arts. 53.s) y 54.p) de la Ley de 2003 al tipo de infracción grave del artículo 77.17 de la Ley de 2014, incorpora las siguientes previsiones:

El artículo 79.1.c) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, dispone:

«c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en su caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.»

Y el artículo 80 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, señala

«Criterios para la determinación de la cuantía de la sanción.

1. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, lo siguiente:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- b) La repercusión social de las infracciones.
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d) El daño causado y su reparación.
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.»

Es este último precepto el que la Abogacía del Estado considera infringido, en la medida que entiende que concurre la especial gravedad de la conducta, que necesariamente ha de operar como circunstancia agravante, y que, en su opinión, la nueva sanción debe imponerse en el segmento sancionador previsto, que discurre del tanto al duplo del beneficio ilícito, como mínimo el tanto más su mitad, con un resultado de 2.336.610 Euros.

Pues bien, tiene razón la Abogacía del Estado cuando sostiene que no se ha aplicado correctamente el artículo 80 de la Ley de 2014. Así, si la sala considera más beneficiosa la posterior Ley de 2014 por degradación de la infracción muy grave que pasa a tener el carácter de grave, (artículo 77.17) es lo cierto que debió atenerse a los específicos criterios de graduación de la sanción. Si, como hemos razonado, la CNMC, entre las alternativas existentes en la Ley de 2003, optó por subsumir los hechos en una infracción de carácter muy grave- y no como infracción grave- fué por la apreciación de los elementos que caracterizan a este tipo infractor, cual es la gravedad o la reiteración. Precisamente la CNMC razona y explicita a lo largo de su resolución sancionadora el motivo por el que advierte la concurrencia de este elemento, singularmente, la gravedad de la conducta desarrollada por Vodafone, que consiste en la importancia de la vulneración del Reglamento y la duración de la infracción, por más de 7 meses, así como la falta de reparación del daño.

La sala debió -según reconoce la propia sentencia- partir de las propias apreciaciones expuestas en la resolución sancionadora y tomar en consideración los criterios de graduación de la Ley del año 2014, cuyo artículo 80 contempla las causas de determinación de la sanción. Aun cuando la resolución sancionadora de la CNMC no aprecia específicamente las circunstancias agravantes, estas se encontraban insitas e implícitas en la propia definición del tipo del artículo 53.s) de la Ley de 2003, que fué el aplicado por la CNMC y es claro que en la operación de subsunción de la conducta en el nuevo tipo infractor, la sala de instancia no debió de limitarse a imponer la sanción en la escala inferior, como lo había hecho la CMC, pues este órgano partía del tipo infractor muy grave.

Por contra, para mantener la lógica de la proporcionalidad había que tener presente que la cuantificación de la sanción en el grado inferior devenía precisamente de la aplicación de un tipo infractor que integraba la agravación, siendo así que el nuevo tipo del artículo 77 de la ley de 2014, no incorporaba el elemento de la gravedad de la conducta, que el órgano sancionador puso de manifiesto en su resolución y fue determinante de la calificación de la infracción como muy grave. La sala, por el contrario, en vez de limitarse a sustituir un tipo por otro y dada la falta de simetría entre ambos, debió tener en consideración la nueva definición de la infracción, aplicar el catálogo de circunstancias del artículo 80 de la Ley de 2014, que conllevaba apreciar la concurrencia de la gravedad de la conducta tal como se describe de forma detallada en la resolución sancionadora.

**CUARTO** .- Lo anteriormente razonado determina la estimación del recurso de casación formulado por la Abogacía del Estado, lo que conlleva la casación de la sentencia en lo relativo a la cuantificación de la sanción.

Partiendo, pues, de la misma lógica de proporcionalidad de la resolución sancionadora al nuevo tipo más favorable del artículo 77.17 LGT de 2014, procede aplicar la circunstancia de gravedad de la conducta imputada a Vodafone -en términos en los que razona en la resolución de la CNMC-, consistente en los elevados beneficios obtenidos por la infracción, ex art. 80.c) de la LGT de 2014, la duración de la infracción -7 meses- y el daño causado en afectación a 150.000 clientes (143.349 líneas, -el 13,60 % de los abonados a una tarifa RED y BASE



de Vodafone que tenían asociada la tarifa «Hablar y Navegar en Europa»-), porcentaje relevante, como razona la CNMC, y la falta de reparación de daño, ex art.80.d) LGT de 2014, al no figurar la devolución de los importes.

Cabe acoger la alegación de la parte recurrida, Vodafone, que sostiene que son de aplicación las circunstancias atenuantes de la responsabilidad contempladas en el artículo 80 de la Ley de 2014 -la más favorable-. Tiene razón la parte recurrente en la instancia, en lo que concierne a la aplicación de las circunstancias de atenuación de la responsabilidad, pues, es claro que una vez establecido que la norma aplicable es la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, por ser más beneficiosa, lo es en su integridad.

Así pues, incluida en el apartado e) del artículo 80 de la Ley mencionada como causa de atenuación de la responsabilidad «el cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador» cabe acudir a las propias apreciaciones incluidas en los Hechos Probados de la resolución sancionadora aquí analizada, que afirma que «en cumplimiento de la medida cautelar, Vodafone dejó de asociar automáticamente la tarifa de roaming «Hablar y navegar en Europa» a los planes de precios nacionales RED y Base (...), con reseña de las fechas en las que se llevó a efecto, según se tratara de nuevas altas o de clientes que ya tenían contratados los planes de precios nacionales. Ello supone que Vodafone adoptó las medidas necesarias para dar efectividad a la medida cautelar adoptada por el Consejo de la Comisión del Mercado de la Competencia, sin necesidad de nuevos requerimientos y sin que fuera preciso que la Comisión adoptara medidas adicionales para lograr la implementación de lo acordado, la desvinculación automática de la tarifa de roaming. Cabe apreciar, por ello, la concurrencia de la circunstancia moderadora de la responsabilidad invocada por la recurrida contemplada en el apartado e).

En consecuencia, atendiendo a la concurrencia de las circunstancias de modificación de la responsabilidad tal como hemos razonado - agravantes (de los apartados c y d) y una atenuante (apartado e)- y con arreglo a lo dispuesto en el art. 79.1.c) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, LGT, procede la imposición de la sanción a partir del tanto del beneficio ilícito -establecido en 1.557.740,28 Euros-, quedando fijada la cuantía de la sanción en la suma de 1.869.288,34 Euros.

**QUINTO** .- En lo que se refiere a las costas, estimado el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer pronunciamiento expreso de las costas causadas en el proceso de instancia ni en casación.

## FALLO

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

1.- HA LUGAR al recurso de casación número 2599/2016, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2016, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 294/14 .

2.- Casar la sentencia de 8 de abril de 2016 dictada por la Audiencia Nacional en el recurso número 294/14 , en lo relativo a la cuantificación de la sanción.

3.- Fijar la sanción de conformidad con lo establecido en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, en la cantidad de 1.869.288,34 Euros.

4.- Sin imposición de costas, en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Ángel Ramón Arozamena Laso. -D. Fernando Román García. -Firmado.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. -Firmado.