



Roj: **STS 5597/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5597**

Id Cendoj: **28079130032016100513**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **114/2014**

Nº de Resolución: **2717/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4803/2013,**  
**STS 5597/2016,**  
**ATS 13185/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **114/2014**, interpuesto por Telefónica de España S.A.U., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca y asistida por el Letrado don José Miguel Fatás Monforte, contra la sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 636/2009, sobre sanción de la Ley General de Telecomunicaciones, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Jose Maria del Riego Valledor**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 8 de noviembre de 2013, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« **PRIMERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo formulado por TESAU contra las resoluciones de la CMT de fechas 4 de octubre y 29 de noviembre de 2007 a que las presentes actuaciones se contraen, con revocación de cuanto se refiere a los intereses recabados, con el sentido y alcance indicados en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución, esto es, con declaración del derecho a percibir intereses por dieciocho millones de euros entre el 23 de febrero de 2005 y el 22 de octubre de 2007 y por quince millones de euros entre el 22 de octubre de 2007 y el 29 de octubre de 2008, con detracción de lo ya percibido en el mismo concepto. *Se desestima el recurso en todo lo demás.*

**SEGUNDO.-** *No hacer una expresa condena en costas* »

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentaron escritos por las representaciones de la Administración General del Estado y de Telefónica de España S.A.U., ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recursos de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 16 de diciembre de 2013, tuvo por preparados los recursos, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** La representación de Telefónica de España SAU presentó, con fecha 7 de febrero de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia acogiendo el recurso y, en consecuencia:

1. Con estimación del motivo primero del recurso:



(i) Case y anule la sentencia recurrida en cuanto confirma la resolución de 4 de octubre de 2007 y declara procedente la sanción de tres millones de euros impuesta a dicha parte, y dicte sentencia por la que, estimando el recurso, reduzca sustancialmente el importe de la sanción, fijándola en la cifra que estime proporcionada a la gravedad de los hechos, que la parte considera no debería ser en ningún caso superior a 300.000 euros.

(ii) Subsidiariamente, ordene a la CMT la imposición de una nueva sanción que guarde la debida proporcionalidad con los hechos infractores, estableciendo unos parámetros precisos para la determinación de la nueva sanción.

2. Con estimación del motivo segundo del recurso:

(i) Case y anule la sentencia recurrida en cuanto confirma la resolución de 4 de octubre de 2007 y declara procedente la sanción de tres millones de euros impuesta a dicha parte, y dicte sentencia por la que, estimando el recurso, reduzca sustancialmente el importe de la sanción, fijándola en la cifra que estime proporcionada a la gravedad de los hechos, que la parte considera no debería ser en ningún caso superior a 300.000 euros.

(ii) Subsidiariamente, ordene a la CMT la imposición de una nueva sanción que guarde la debida proporcionalidad con los hechos infractores, estableciendo unos parámetros precisos para la determinación de la nueva sanción.

**CUARTO.-** La representación de la Administración General del Estado presentó, con fecha 2 de abril de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a derecho, que declare la plena conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de octubre de 2007 que la misma dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

**QUINTO.-** La Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso Administrativo dictó auto de 16 de octubre de 2014, con los siguientes pronunciamientos:

« **LA SALA ACUERDA: Primero.-** Inadmitir el recurso de casación nº **114/2014** interpuesto por la Abogacía del Estado contra la *sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 636/2009; con imposición a dicha parte recurrente de las costas procesales causadas en este incidente, con el límite fijado en el último de los razonamientos jurídicos.*

**Segundo.-** Admitir el recurso de casación nº **114/2014** interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. *contra la sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 636/2009; y para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos. Sin costas. »*

**SEXTO.-** Se dio traslado al Abogado del Estado para que formalizara su oposición al recurso de casación interpuesto por Telefónica de España S.A.U., lo que verificó por escrito de 15 de enero de 2015, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la sentencia que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en la LJCA.

**SÉPTIMO.-** Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 8 de noviembre de 2013, que -en lo que interesa al presente recurso de casación- desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por Telefónica de España S.A.U. contra la resolución de la CMT de fecha 4 de octubre de 2007.

La misma sentencia estimó el recurso de Telefónica de España S.A.U. contra la resolución de la CMT de 29 de noviembre de 2007, en materia de intereses, si bien este pronunciamiento queda al margen del presente recurso de casación.

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

1.- Telefónica de España S.A.U. interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1247/2002, contra la resolución del Consejo de la



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de julio de 2002, recaída en el expediente sancionador AJ 2002/5952, que acordó:

*«Primero. Declarar responsable directo a Telefónica de España, 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 Resuelve tercero de la Resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000, relativo a la prohibición de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en ese procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador y como han sido interpretadas por esta Comisión.»*

*«Segundo. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de dieciocho millones de euros (18.000.000 euros).»*

2.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 29 de junio de 2004, desestimando el recurso.

3.- Recurrida en casación, esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2007 (recurso 8217/2004) en la que acordó:

*«Primero.- Estimar el recurso de casación número 8217/2004 interpuesto por 'Telefónica de España, S.A.U.' contra la sentencia dictada con fecha 29 de junio de 2004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional en el recurso número 1247 de 2002, que casamos únicamente en cuanto se refiere a la cuantía de la sanción administrativa impuesta.»*

*«Segundo.- Estimar en parte el recurso contencioso número 1247/2002 interpuesto por 'Telefónica de España, S.A.U.' contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de julio de 2002, recaída en el expediente sancionador AJ 2002/5952, que anulamos por su desconformidad a derecho, debiendo la citada Comisión imponer la sanción pecuniaria que proceda en atención a los hechos que el tribunal de instancia ha declarado probados y con aplicación retroactiva de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.»*

*«Tercero.- Cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia.»*

4.- El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó las siguientes resoluciones:

- De 4 de octubre de 2007, que acordó: *"Imponer una sanción económica a Telefónica de España, S.A. por importe de tres millones (3.000.000) de euros".*

- De 29 de noviembre de 2007, sobre devolución de una sanción y los intereses que procedan legalmente.

5.- Telefónica de España, S.A.U. planteó un incidente para la declaración de la nulidad de dichas resoluciones, por ser contrarias a lo ordenado en la sentencia de este Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007, que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por auto de 29 de julio de 2009, que confirió plazo para la interposición de recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de la CMT, siendo confirmada esta resolución por auto de la misma Sala, de 13 de abril de 2010, desestimatorio del recurso de súplica.

6.- La sentencia de esta Sala, de 12 de julio de 2011 (recurso 3261/2010), desestimó el recurso de casación interpuesto por Telefónica S.A.U. contra los autos anteriores.

7.- En el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica S.A.U. contra las resoluciones de la CMT de 4 de octubre y 29 de noviembre de 2007, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó la sentencia de 8 de noviembre de 2013, contra la que se dirige el presente recurso de casación interpuesto por Telefónica S.A.U., exclusivamente en lo relativo al pronunciamiento desestimatorio del recurso frente a la primera de las indicadas resoluciones.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación de Telefónica S.A.U. se articula en dos motivos, formulados ambos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El primer motivo denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, por valoración arbitraria e irrazonable de la prueba relativa a los perjuicios al interés general y la competencia, ocasionados por la infracción imputada.

El segundo motivo alega la infracción por la sentencia recurrida del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la jurisprudencia que lo interpreta, por vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a la graduación de la sanción.



**TERCERO.**- La parte recurrente señala que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, cabe impugnar en un recurso de casación la valoración arbitraria de la prueba, y considera que en este caso la sentencia impugnada, y la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) no dan razón sobre la agravante de los perjuicios ocasionados al interés general y a la competencia, incurriendo en una valoración arbitraria de la prueba, pues no consta en el expediente ni un solo informe o análisis de los citados perjuicios, considerando que la entidad de los perjuicios está indisolublemente vinculada al número de Grupos Cerrados de Usuarios (GCUs), de forma que la aplicación de descuentos irregulares a miles de clientes puede suponer un significativo perjuicio a la competencia, pero la aplicación de dichos descuentos limitada a dos GCUs (que suman 30 clientes finales, personas físicas y jurídicas de reducida dimensión), es absolutamente irrelevante en términos de afectación a la competencia. Añade que la existencia de perjuicios a la competencia de la resolución de la CMT, se basaba en el carácter generalizado del incumplimiento, pero una infracción que se limita a solo dos GCUs y a 30 clientes no pudo tener consecuencias negativas para el interés general o la competencia, o si las tuvo, estas tuvieron que ser simplemente ínfimas y totalmente irrelevantes.

Este caso presenta la peculiaridad de que el control jurisdiccional que llevó a cabo la sentencia impugnada, tenía por objeto la nueva decisión administrativa acordada por la CMT, en ejecución de una sentencia de este Tribunal.

El análisis de las cuestiones que plantea la parte recurrente, incluida las relativas a la valoración arbitraria de la prueba, ha de tener presente especialmente la sentencia de esta Sala, de 6 de junio de 2007, que casó la sentencia impugnada de la Audiencia Nacional y estimó en parte el recurso de Telefónica S.A.U. contra la resolución de la CMT, ordenando a la Administración demandada el dictado de una nueva resolución. Por ello, el control jurisdiccional de esta última resolución exige su confrontación con lo ordenado para su ejecución por la sentencia de esta Sala.

Nuestra sentencia de 6 de junio de 2007 delimitó, en el primer apartado de su parte dispositiva, el alcance de la anulación de la sentencia de instancia, que estuvo limitado "*únicamente*" en cuanto se refiere a la cuantía de la sanción administrativa impuesta, y en su apartado segundo determinó los efectos de la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica S.A.U. contra la resolución de la CMT de 23 de julio de 2002, que anuló, ordenando a la CMT imponer la sanción pecuniaria que proceda "*en atención a los hechos que el tribunal de instancia ha declarado probados*" y con aplicación retroactiva de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El Tribunal de instancia (FD 5º y 6º) examinó las discrepancias que hizo valer la parte recurrente frente a los hechos declarados probados por la CMT, y llegó a la conclusión de que procedía modificar el Hecho Probado Sexto, por las siguientes razones:

*«Sin embargo, ha de ser rechazada la presunción que lleva a la CMT a tener por probado que el modelo de acuerdo suscrito por Telefónica con AEDHE haya sido el utilizado en los 2155 supuestos a que ya nos hemos referido. Por ello, procede modificar el Hecho Probado Sexto de la resolución impugnada en el sentido de considerar no probado que la "condición de las comunicaciones" pactadas con el GCU formado por AEDHE se ha aplicado a los 2155 supuestos, toda vez que a tal conclusión no se llega a partir de un hecho plenamente probado y no pasa de ser una mera sospecha.»*

La sentencia de este Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2007, rechazó los dos primeros motivos del recurso de casación de Telefónica de España S.A.U. contra la primera resolución de la CMT, en los que la parte recurrente cuestionaba la apreciación efectuada por la Sala de instancia de la antijuricidad y culpabilidad de la infracción, y apreció -en lo que a este recurso interesa- el motivo tercero, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adecuar la sanción pertinente a la modificación de los hechos probados ya referida.

En la primitiva resolución sancionadora, de 23 de julio de 2002, la CMT había apreciado la concurrencia de las circunstancias agravantes de la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción, el perjuicio a la autoridad de la CMT y los perjuicios a la competencia y la circunstancia atenuante de la escasa repercusión social, por la reducida trascendencia de la conducta infractora en la opinión pública, y de dichas circunstancias, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 declaró la inaplicabilidad de la agravante relativa al perjuicio a la autoridad de la CMT, por entender que el cometido de la CMT y su autoridades están protegidos por el tipo aplicado, en este caso el descrito en el apartado 15 del artículo 79 de la LGTel 11/1998 ("el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones..."), sin que resulte racional que la conducta que constituye el núcleo de la infracción sea, a su vez, utilizada como circunstancia agravante para individualizar la sanción, pero mantuvo la aplicabilidad de las otras dos circunstancias agravantes y la circunstancia atenuante ponderadas por la CMT.

En relación con el criterio de graduación de la naturaleza de los perjuicios causados, que es la cuestión que plantea este primer motivo del recurso de casación, hemos de considerar que, como acabamos de indicar, la





sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004, rechazó los motivos de impugnación formulados por Telefónica S.A.U. (FD 2º, apartado 6º) y mantuvo su aplicación en este caso, con la importante puntualización respecto de su intensidad a que luego haremos referencia (FD 12º).

Los perjuicios ocasionados por la infracción, descritos por la resolución de la CMT de 23 de julio de 2002 y aceptados por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004, son los ocasionados a la competencia, al haber aplicado Telefónica S.A.U. indebidamente descuentos a las llamadas realizadas por los miembros de los GCUs, pues no limitó dichos descuentos a las llamadas "on net" sino que los extendió a las llamadas "off net", y dichos perjuicios no tienen el componente exclusivamente económico al que se refiere el escrito de recurso de casación de Telefónica S.A.U., representado por el número de potenciales clientes afectados por los descuentos, sino que el perjuicio para la competencia fue apreciado también por la CMT por considerar que supone una quiebra del régimen de regulación de precios recogido en la disposición transitoria cuarta de la LGTel 11/1998 que, en la etapa de apertura en la prestación de servicios en que se produjeron los hechos, trataba de evitar el reforzamiento de la posición de dominio que ostentaba Telefónica S.A.U., en su condición de antiguo monopolista.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de junio de 2009, acogió estos razonamientos de la CMT sobre la naturaleza de los perjuicios ocasionados por la CMT, indicando (FD 12º) que *"Es claro que el incumplimiento de la resolución de la CMT ha generado perjuicios a la competencia. La conducta de Telefónica al burlar el régimen de regulación de precios a que está sometida produce perjuicios al mercado y a otros operadores. En definitiva altera la transparencia del mercado y el funcionamiento en competencia de los distintos operadores"*.

Ahora bien, aceptando la existencia de unos perjuicios ocasionados por la infracción, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de junio de 2004, efectuó la importante puntualización de que *"En todo caso los perjuicios descritos habrán de valorarse a la luz de la modificación que hemos acordado del Hecho Probado Sexto"*.

Esta Sala, en la sentencia de 6 de junio de 2007, de cuya ejecución se trata, aceptó el planteamiento de la Sala de instancia, y centró su reproche en que la sentencia impugnada no extrajo del mismo las consecuencias que correspondían en orden a reducir el importe de la sanción.

Dijo al respeto de STS de 6 de junio de 2007 (FD 9º):

*«Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que la circunstancia de agravación estimada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y respaldada por el tribunal de instancia no puede ser la misma en un caso que en otro. Si dicha agravante se refiere a los "perjuicios causados" tanto a la autoridad de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como a la competencia, es claro que su entidad diverge al pasar de 2555 a solo dos casos. De hecho, la propia Sala de instancia afirma al final del fundamento jurídico duodécimo de su sentencia que "los perjuicios descritos habrán de valorarse a la luz de la modificación que hemos acordado del Hecho Probado Sexto", no obstante lo cual no deduce ulteriormente ninguna consecuencia para el importe final de la sanción impugnada.»*

Este razonamiento de la sentencia de este Tribunal de 6 de junio de 2007 complementa su fallo que, como antes se ha expuesto, anula la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada *"únicamente"* en cuanto se refiere a la cuantía de la sanción administrativa impuesta, y anula asimismo la resolución de la CMT, a la que ordena que imponga la sanción pecuniaria que sea procedente *"...en atención a los hechos que el tribunal de instancia ha declarado probados"*.

Por tanto, la sentencia de cuya ejecución se trata obligaba a la CMT a imponer nueva sanción pecuniaria, respetando los razonamientos de la sentencia impugnada a los que no se había extendido el fallo anulatorio, lo que suponía ponderar las circunstancias agravantes y atenuantes apreciadas por la sentencia de la Audiencia Nacional, si bien aplicando la circunstancia de los perjuicios ocasionados por la infracción, cuya realidad no se niega por la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2007, en la intensidad que corresponda a la modificación de los hechos probados efectuada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Los anteriores razonamientos nos llevan a desestimar la valoración arbitraria de la prueba que invoca la parte recurrente en este primer motivo del recurso, en relación con los perjuicios ocasionados por la infracción, pues la sentencia impugnada se limitó a mantener la existencia de perjuicios, que había sido apreciada con anterioridad por el mismo órgano jurisdiccional, confirmada en este extremo por la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2007, perteneciendo la cuestión del alcance o de la proyección de este criterio de graduación en la cuantificación del importe de la sanción, a la aplicación del principio de proporcionalidad, a que se refiere la parte recurrente en su siguiente motivo.

Se desestima, por tanto, el primer motivo del recurso de casación.



**CUARTO.-** El segundo motivo del recurso aduce que la sentencia impugnada ha vulnerado el principio de proporcionalidad en cuanto a la graduación de la sanción.

Alega la parte recurrente que los errores de la Sala de instancia en la aplicación del principio de proporcionalidad, pueden agruparse en dos bloques: (i) por un lado, la Sala de instancia no ha advertido que la sanción impuesta por la CMT es objetivamente desproporcionada si se pone en relación su elevado importe, de 3 millones de euros, con la escasa gravedad de los hechos que constituyen la infracción, y la sentencia recurrida se limitó a aceptar la nueva sanción, por considerar que era más benévola que la anterior, por lo que infringe el artículo 131.3 de la LRJPAC cuando, para confirmar la proporcionalidad de la sanción, tuvo en cuenta que la nueva cuantía de 3 millones de euros representaba el 13,50% sobre el límite máximo que la CMT consideró aplicable, y (ii) por otro lado, la sentencia impugnada infringe el artículo 131.3 LRJPAC, porque confirma las circunstancias agravantes tenidas en cuenta por la resolución de la CMT de 4 de octubre de 2007, cuestionando que sean aplicables las circunstancias agravantes de intencionalidad y de los perjuicios ocasionados al interés general y a la competencia.

La Sala no comparte el primer bloque de argumentos desarrollados por la parte recurrente en este motivo, que consideran objetivamente desproporcionado el elevado importe la sanción, en relación con *"la escasa gravedad de los hechos"*, pues no es esa la calificación que el legislador asigna a la conducta de la parte recurrente, sino que la LGTel de 2003 incluye entre las infracciones muy graves del artículo 53, en su apartado r), el hecho imputado a la parte recurrente, consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Tampoco merece crítica alguna la sentencia impugnada por atender al porcentaje que sobre el límite máximo sancionador representa la nueva sanción, con la finalidad de apreciar si la CMT había dado cabal cumplimiento al mandato efectuado por la sentencia de esta Sala, de imponer la sanción pecuniaria que proceda en atención a los hechos que la sentencia de la Audiencia Nacional había declarado probados. Esta perspectiva permite conocer que la nueva sanción supone un 13,50% sobre el límite máximo de la sanción, que resulta de los criterios de la LGTel de 2003, lo que constituye una reducción que puede calificarse de significativa en relación con la cuantía de la antigua sanción, que suponía el 26,9% del límite máximo sancionador que resultaba de los criterios de la LGTel de 1998.

En cuanto a la aplicación de las circunstancias agravantes, la Sala no aprecia que la sentencia impugnada, en cuanto confirma la resolución de la CMT de 4 de octubre de 2007, haya infringido el artículo 131 de la Ley 30/1992, que establece los criterios para la determinación de la nueva sanción pecuniaria ordenada en nuestra sentencia de 6 de junio de 2007.

Respecto de los perjuicios ocasionados, ya hemos señalado en el apartado anterior que es conforme con la sentencia de esta Sala, de cuya ejecución se trata, apreciar la existencia de perjuicios, que deben ser considerados a la luz de los nuevos hechos probados apreciados por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004.

La parte recurrente incurre en una doble equivocación en relación con la circunstancia de intencionalidad, al considerar que esta agravante no quedó confirmada en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 y al sostener que la resolución de la CMT de 23 de julio de 2002 aplicó la agravante atendiendo al carácter generalizado de la infracción.

La parte recurrente parte del presupuesto erróneo de que la citada sentencia de esta Sala no confirmó la agravante de intencionalidad, lo que no resulta de su parte dispositiva, que anuló la sentencia de instancia *"únicamente"* en cuanto se refiere a la cuantía de la infracción administrativa impuesta, ordenando a la CMT que impusiera la sanción pecuniaria que proceda *"en atención a los hechos que el Tribunal de instancia ha declarado probados"*.

Los parámetros que deben tenerse en cuenta en la determinación de la nueva sanción están constituidos por los hechos declarados probados por la Sala de instancia, sin que exista en la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 dato o elemento alguno que permita aventurar que, en la nueva narración de hechos probados, se hubiera omitido la apreciación de los elementos configuradores de la circunstancia agravante de intencionalidad.

En efecto, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de junio de 2004, mantuvo la primitiva redacción de hechos probados de la resolución de la CMT de 23 de julio de 2002, con la única -e importante- modificación del Hecho Probado Sexto, en el sentido de no considerar probado el incumplimiento en la aplicación de las condiciones de las comunicaciones se hubiera aplicado a 2.155 GCUs, sino que la Sala de instancia solo tuvo por probado dicho incumplimiento respecto de 2 GCUs.



Pero también la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 confirmó de forma expresa la concurrencia de la circunstancia de intencionalidad, que había sido apreciada por la resolución de la CMT, no en base a un criterio cuantitativo por razón del número de GCUS afectados, como sostiene el recurso de casación, sino porque *"Telefónica siendo plenamente consciente del contenido de la Resolución y de su carácter inmediatamente ejecutivo ha eludido conscientemente su cumplimiento"* (FD 5º, apartado a.2 de la resolución).

A propósito de esta circunstancia agravante, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 relacionó -con el valor de hechos probados- las distintas intervenciones de la CMT analizando e interpretando las obligaciones que se derivan de la normativa aplicable (resoluciones de 26 de septiembre de 1999, 18 de mayo de 2000, 25 de mayo de 2000 y 8 de junio de 2000), y debido al conocimiento que Telefónica S.A.U tenía de las mismas, apreció en su actuación un plus de malicia o intencionalidad, que valoró y describió en la forma siguiente (FD 11º):

*«Así las cosas, no es lo mismo haber incumplido voluntaria e intencionadamente la resolución 8 de junio de 2000 que, pese a conocer no sólo las normas que regulan la materia, sino también las distintas resoluciones de la CMT, Telefónica mantenga una conducta clara, persistente y contumaz de no respetar las obligaciones que se derivan de su condición de titular de una autorización general tipo A.»*

*«La conducta de la recurrente contiene un plus de malicia o intencionalidad en su actuación, que nos lleva a considerar que la aplicación de la circunstancia de intencionalidad responda a criterios de razonabilidad para determinar la sanción.»*

Por tanto, la conducta de la recurrente constitutiva de la infracción no se debe a un error, como mantiene el recurso de casación, sino que contiene ese plus de malicia o intencionalidad que apreció la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada en este extremo por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007.

**QUINTO.-** La resolución de la CMT de 4 de octubre de 2007 volvió a calcular la sanción en su día impuesta, aplicando para ello de forma retroactiva la LGTel de 2003, lo que le llevó a considerar el límite máximo establecido por dicha norma para las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves, que era el 1% de los ingresos obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada, siendo en este caso dicho límite máximo la cantidad de 21.571.000 euros, y dentro de dicho límite máximo, valoró la incidencia de la reducción del número de incumplimientos acreditados, que pasó de 2.155 GCUs a 2 GCUs, con la concurrencia de la circunstancia agravante de los perjuicios causados, valorados a la luz de la modificación de los hechos probados, y demás circunstancias modificativas, estimando que la sanción procedente, proporcionada a la gravedad de la infracción, era la de tres millones de euros.

La nueva sanción fue declarada conforme a derecho por la sentencia impugnada en este recurso, que tras reproducir los razonamientos de la CMT, subrayó que la sanción de 3 millones de euros supone el 13,50% sobre el límite máximo aplicable, por lo que no puede considerarse desproporcionada, *"incluso permitiendo, en hipótesis y a efectos puramente dialécticos, no apreciar las aludidas circunstancias agravantes y sancionar en el monto decidido"*.

De conformidad con los razonamientos que hemos efectuado en esta sentencia, estimamos igualmente que la nueva sanción, que en definitiva es 6 veces inferior al importe de la primeramente impuesta, se ajusta de modo proporcional a la gravedad de los hechos probados modificados a que se ha hecho referencia, atendiendo especialmente a la concurrencia de la circunstancia agravante de la intencionalidad demostrada en la infracción, por lo que constituye un correcto cumplimiento de lo ordenado en la parte dispositiva de nuestra sentencia de 6 de junio de 2007.

Tal conclusión sobre la proporcionalidad de la nueva sanción mantiene su validez a la vista de la modificación llevada a cabo por la LGTel 9/2014, de 9 de mayo, que redujo de 21.571.000 euros a 20.000.000 euros el límite máximo de las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves aplicable en este caso.

De acuerdo con lo anterior, se desestima el segundo motivo del recurso de casación.

**SEXTO.-** Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 € -más el IVA que corresponda- el importe máximo a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos como costas procesales.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número **114/2014**, interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España S.A.U., contra la sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por la



Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 636/2009, con imposición a la parte recurrente de las costas de casación, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech D. **Jose Maria del Riego Valledor** D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. **Jose Maria del Riego Valledor**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS