



Roj: **SAN 4803/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4803**

Id Cendoj: **28079230082013100659**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **08/11/2013**

Nº de Recurso: **636/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Ilmos/as. Sres/Sras.: **Presidente:** D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA  
**Magistrados:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA D. JAVIER BERMUDEZ SANCHEZ

### **SENTENCIA**

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **636/09**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **D. MANUEL LANCHARES PERLADO**, en nombre y representación de la entidad "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.AU**"., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT)** de fechas 4 de octubre y 29 de noviembre de 2007, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el/la recurrente expresad o/a se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2009, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha 18 de noviembre de 2009, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba por auto de 16 de enero de 2013, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 6 de noviembre de 2013, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.



## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se impugnan en autos resoluciones de 4 de octubre y 29 de noviembre de 2007 de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT). En la primera se determina la sanción a pagar por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (TESAU), en el expediente sancionador AJ 2002/5952., en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en el Recurso de Casación 8217/2004 . Se acuerda una sanción de tres millones (3.000.000) de euros. En la segunda se ejecuta la referida Sentencia y se acuerda la devolución a TESAU de la sanción impuesta en la resolución originaria de la CMT, de 23 de julio de 2002 (AJ 2007/1277). En esta segunda resolución, de 29 de noviembre de 2007, se interesa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, a través de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, proceda a devolver a TESAU la cantidad de quince millones de euros (15.000.000) y los intereses que procedan legalmente.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en la arbitraria determinación del límite máximo de la sanción (no se aplica correctamente lo que establece el artículo 56.1 a) de la Ley General de Telecomunicaciones , con una determinación de lo que es "rama de actividad" que se aparta del criterio de los servicios técnicos de la CMT, y además el límite a tener en cuenta no puede exceder de veinte millones de euros), en la vulneración del principio de proporcionalidad (en cuanto hay ausencia de gravedad extra, no puede apreciarse agravante de intencionalidad y tampoco la vinculada a la naturaleza de los perjuicios irrogados) y en que han de satisfacerse intereses por la cantidad que en concepto de sanción en su momento se pagó, y ello según las pautas que significa.

Por su parte, el demandado argumenta que la fijación de la sanción respetó el artículo 56.1 a) de la Ley General de Telecomunicaciones ; que el regulador ha razonado adecuadamente que la rama de actividad a tener en cuenta sea más amplia que la valorada por la Dirección de Análisis Económicos y Mercados de la CMT; que no ha existido vulneración del principio de proporcionalidad; y que no puede compartirse el cómputo de intereses que expone la recurrente.

**SEGUNDO.-** Los jalones procedimentales y procesales a tener en cuenta en el presente litigio son los que siguen:

**a)** En Recurso 1247/2002 de esta Sala y Sección se impugnó por TESAU resolución de la CMT de fecha 23 de julio de 2002, cuya parte dispositiva acordaba:

*"Primero. Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, 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 una sanción por importe de 18 millones de euros."*

**b)** El Recurso fue resuelto en Sentencia desestimatoria de 29 de junio de 2004 . Ahora bien, en su Fundamento de Derecho Sexto se indica que ha de ser rechazada la presunción que llevó a la CMT a tener por probado que el modelo de acuerdo suscrito por TESAU con AEDHE haya sido el utilizado en otros 2155 supuestos, por lo que 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 Grupo Cerrado de Usuarios (GCU) formado por AEDHE se ha aplicado a los citados 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 cuenta con un voto particular que, como consecuencia de esa modificación de los hechos probados, sostiene que debería haberse aplicado al principio de proporcionalidad, dada la sustancial reducción de la gravedad de los hechos, lo que debería haberse reflejado en una disminución de la sanción impuesta.

**c)** Recurrida esa Sentencia en casación, recae Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 6 de junio de 2007 , que estimó parcialmente el recurso de casación, 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, en cuanto "la relevante modificación que la Sala introduce en el relato de los hechos probados, respecto de los incluidos en la resolución sancionadora, debió trasladarse forzosamente a la sanción". Su Fundamento de Derecho Noveno concluye así:

*"La estimación del motivo, que procede por cuanto queda dicho, no nos permitirá sin embargo sino -además de casar la sentencia anular la decisión administrativa. No podemos en este caso, dadas las circunstancias concurrentes, "sustituirla" por otra en la que fijemos de modo directo la sanción pertinente. Habrá de ser el*



*propio organismo regulador quien, a la vista de la modificación de los hechos ya referida, fije la multa de modo proporcional a las nuevas circunstancias de hecho que concurren. No procede, pues, acceder a la solicitud de "Telefónica de España, S.A.U." de que declaremos que esa suma no sea "superior en ningún caso a 300.000 euros".*

y **d)** En consecuencia, por la Administración se dictan las resoluciones ahora combatidas, que tras diversas vicisitudes procesales que ahora no son del caso (incidente de ejecución de sentencia en el Recurso 1247/2002 ), han propiciado el presente Recurso contencioso-administrativo, 636/2009.

**TERCERO.-** Primera cuestión a dilucidar es si el regulador ha respetado, a la hora de fijar la sanción, lo previsto en el artículo 56.1 a) de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre , de aplicación por imperativo de la Sentencia del Tribunal Supremo antes meritada. Este precepto dispone:

*"1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones:*

*a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor 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 consideraran las siguientes cantidades: el uno 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 cinco por ciento e los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros."*

Como es fácil deducir, la determinación de que ha de considerarse "rama de actividad" resulta decisivo a efectos de fijar el límite máximo a tener en cuenta. Al respecto, la resolución de la CMT de 4 de octubre de 2007 razona así (Fundamento de Derecho Cuarto A):

*"El concepto de rama de actividad afectada es un concepto jurídico indeterminado que, respondiendo a la otra alegación manifestada por TESAU en relación con este concepto (en relación con la divergencia mostrada por la Propuesta respecto del Informe de le Dirección AEM) le corresponde determinar al Consejo de la Comisión en cada caso concreto. Más aun, la mínima separación con respecto al informe interno emitido es motivada en la propuesta de determinación de sanción y en esta resolución, de forma que la imputación de conducta arbitraria por esta Comisión que lleva a cabo TESAU es completamente infundada.*

*En realidad, el concepto de rama de actividad, en su acepción mercantil más pura equivaldría a una unidad económica dotada de personalidad jurídica o una unidad que represente a un conjunto de bienes y personas para el desempeño de una actividad económica. Difícilmente puede sostener TESAU que una rama de actividad sean los ingresos obtenidos en cuatro tipos de llamadas.*

*Si el análisis de la cuestión se orienta, en aras de acotar el limite superior de la sanción con la mayor precisión posible, a lo establecido en algún pronunciamiento jurisdiccional reciente, se puede observar como la telefonía fija o los ingresos por interconexión han sido refrendados como rama de actividad ( SSTS de 21 de enero de 2004 -RJ 2004\537 - o de 17 de junio de 2005 ). Por tanto, una interpretación favorable a una delimitación específica o estricta de la rama de actividad y, en definitiva, favorable a la sancionada- es considerar la misma como los ingresos de los servicios de tráfico telefónico de voz fija, como la propia Dirección AEM establece en la página 2 de su informe, si bien, en la medida en que hay cierta separación entre los servicios prestados a particulares y a empresas, y en que las actividades de los GG.CC.UU. se limitan al ámbito empresarial, se ha restringido la rama de actividad a ese conjunto de servicios. Sin embargo, es completamente injustificado y, desde luego, no fundado en ninguna disposición o interpretación de la norma razonable, que TESAU pretenda reducir el concepto de rama de actividad a los ingresos obtenidos en aquellas llamadas únicamente afectadas por los descuentos, toda vez que tales ingresos no son separables o independientes como "rama de actividad" bajo ningún tipo de interpretación del concepto.*

*Los ingresos obtenidos por TESAU en la rama de actividad considerada figuran en la tabla siguiente elaborada con datos del informe anual de 2001, ejercicio del año anterior al de la imposición de la sanción en el expediente AJ 2002/5952:*

**Actividad Ingresos TESAU (millones €)**

Tráfico metropolitano (voz) 348,13

Provincial 164,94

Interprovincial 361,42



Internacional 478,99

A móviles 604,74

Números de inteligencia de red 166,70

Otro tráfico 32,77

TOTAL 2.157,69

*En definitiva, el 1 por ciento de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada (tráfico telefónico de voz en el servicio de telefonía fija, en el segmento de negocios o empresarial) asciende aproximadamente a veintiún quinientos setenta y uno millones (21571.000) de euros.*

*En consecuencia, la sanción se determinará tomando la anterior cifra como límite máximo de la sanción, al ser inferior la cantidad de 20 millones de euros señalada en el artículo 56.1 de la LGTel."*

Tan atinados razonamientos se comparten, no habiendo sido desvirtuados por la actora, que en lo sustancial pretende respaldar su tesis con la existencia de un informe de la Dirección de Análisis Económicos y Mercados de la CMT, de 28 de junio de 2007 que limitó la moción "rama de actividad" a los servicios de tráfico fijo provisional, interprovincial, internacional y de fijo a móvil en el ámbito de negocios, lo que reduciría el límite máximo de la sanción a veinte millones de euros, con lo que ésta, aplicando la misma relación porcentual respecto de ese tope que la multa impuesta en la resolución impugnada (13,9076%), sostiene TESAU no debería superar, en todo caso, los 2.781.520 euros, en vez de los 3.000.000 impuestos.

Evidentemente, la resolución de la CMT se aparta del criterio de la Dirección de Análisis Económicos y Mercados, incluyendo en "rama de actividad" también las llamadas metropolitanas o a números de red inteligente, con la correlativa elevación del límite máximo que ello comporta, pero lo hace exponiendo unos motivos que antes hemos reproducido, de los que cabe resaltar que esas otras llamadas podían estar afectadas por los descuentos que justificaban la sanción, concretamente en la competencia en su prestación. En definitiva, el límite máximo de la sanción establecido en 21.571.000 de euros se acomoda a Derecho. El artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 20 de noviembre, determina que los actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, y en este caso estamos ante una justificación "objetiva y razonable" ( Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1996 ) que explica no ajustarse al criterio previo del repetido órgano técnico, con una explicación cabal y lógica de la modificación de la pauta a seguir.

**CUARTA.-** Igual suerte ha de correr cuanto se argumenta en relación con una pretendida vulneración del principio de proporcionalidad, si se advierte que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 concluye, tras descartar el incumplimiento generalizado que tanto la CMT como la Sentencia de la Audiencia Nacional parcialmente casada sostenían, ciñendo su decisión a la necesidad de una nueva fijación de la multa, atemperada a la circunstancia de que sólo dos casos han de tenerse en cuenta, no 2.155, trasladando al regulador la determinación del importe de la sanción.

Y ello se cumple por la CMT en términos que a su vez compartimos (Fundamento de Derecho Cuarto B):

*<<Tal y como se señaló en la resolución de instancia, la infracción cometida es de una gravedad extrema y siguen concurriendo las circunstancias agravantes que se apreciaron entonces, consistentes en la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción y la naturaleza de los perjuicios causados, al interés general y a la competencia. Con la conducta sancionada, se impidió o restringió la capacidad de los otros operadores para competir eficazmente en la prestación del servicio telefónico a empresas.*

*Así, como se señaló en la resolución administrativa de instancia, en aquel momento el sector español de telecomunicaciones estaba en una fase de transición muy significativa y era especialmente relevante garantizar que la política de descuentos aplicada por TESAU se ajustara a las previsiones del legislador. Desde el año 1999 recayeron varias resoluciones en esta materia y TESAU conocía perfectamente que las prácticas sancionadas no eran legales, siéndole ello señalado con claridad en, entre otras (véanse las páginas 51 y siguientes de la resolución de instancia), las Resoluciones de 16 de septiembre de 1999 (ME 1999/812), de 8 de junio de 2000 (ME 1999/1444), o en la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001 (recurso núm. 915/2000 ), teniendo en consecuencia una especial relevancia la repetición de la conducta sancionada por parte de TESAU. En el expediente sancionador AJ 2002/5952 se sanciona la infracción consciente por parte de TESAU de sus obligaciones como titular de una antigua autorización general de tipo A y de los artículos 3.1. y 11.1 .a) y d) de la Orden de autorizaciones generales de 22 de septiembre de 1998.*





*La repetición de la conducta sancionada enlaza con la circunstancia agravante de intencionalidad considerada en la Resolución administrativa de instancia y confirmada por la Audiencia Nacional. Así, en el Fundamento Undécimo de la sentencia se señala:*

*"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 responde a criterios de razonabilidad para determinar la sanción".>>*

Esto es, no sólo es patente la extrema gravedad de los hechos, también la concurrencia de la agravante de intencionalidad, dado el propósito consciente de conculcar el ordenamiento jurídico que denotan, en forma y manera que es correctamente planteada por el regulador, perfectamente facultado para ello por la Sentencia del Tribunal Supremo, que ninguna traba ofrece para la ponderación que la actora cuestiona, sólo aboca a una determinación más benévola de la sanción a imponer, dada la alteración de los hechos probados que tanto esa resolución como la revocada parcialmente sostienen.

Por último, en lo atinente a la naturaleza de los perjuicios generados, como supuesto de circunstancia agravante, también cabe asumir en su plenitud cuanto al respecto razona la CMT (Fundamento de Derecho Cuarto B):

*"En cuanto a las circunstancias agravantes de la naturaleza de los perjuicios causados, al interés general y a la competencia. Respecto a los primeros, se estima parcialmente la alegación de TESAU, en el sentido de que no se tiene en consideración para graduar la sanción, en atención al principio de proporcionalidad, la vulneración de la autoritas y del cometido y la potestad sancionadora de la Comisión, como circunstancia agravante de la sanción a imponer.*

*Los perjuicios a la competencia siguen siendo relevantes y han de ser considerados, pues a pesar de lo que afirma TESAU en su escrito de 21 de agosto del año en curso, tal y como afirma la Audiencia Nacional, "es claro que el incumplimiento de la resolución de la CMT ha generado perjuicios a la competencia". La conducta de TESAU, al burlar el régimen de precios, alteró la transparencia y el funcionamiento del mercado, aunque los hechos probados se hayan reducido a dos.*

*A este respecto, deben tenerse en cuenta las fechas de las conductas infractoras (año 2000) y la situación del mercado de telecomunicaciones en aquel momento. El mercado afectado por las conductas de TESAU era el de la telefonía fija, mercado de gran importancia en 2000, donde se estaba impulsando la competencia en el mismo, afectando la conducta además al segmento empresarial donde, en la medida en que era el sector en el que se producían los mayores márgenes de beneficios empresariales, constituía el punto de entrada de los operadores alternativos. Por ello, aunque se hayan reducido a dos los incumplimientos probados, se trata de un incumplimiento cualificado que requiere de la imposición de una sanción proporcionada.*

*Finalmente, debe señalarse que 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.*

*Partiendo de todo lo expuesto, debemos volver a calcular la sanción en su día impuesta teniendo en cuenta la ordenada aplicación retroactiva de la LOTel, la necesaria incidencia en la proporcionalidad de la sanción de la reducción del número de incumplimientos acreditados y la reconsideración parcial de la agravante de la naturaleza de los perjuicios causados.*

*Comenzando con la primera cuestión, TESAU alega que la propuesta de determinación de sanción vulnera el principio de proporcionalidad al pretender imponer una sanción que supera a la anterior, y ello porque la sanción de 18.000.000 de euros suponía un 26,9% del límite máximo a imponer de conformidad con la Ley 11/1998, mientras que la sanción propuesta en este expediente de 9.000,000 de euros supone un 41,72% del límite máximo actual (21.571.000 de euros). Asiste en este punto la razón a la operadora, de modo que para fijar la nueva sanción debemos partir de cuál sería su equivalente conforme a la nueva normativa. Así, la aplicación del porcentaje del 26'9% sobre la nueva cantidad obtenida en la rama de actividad afectada, cantidad a tener en cuenta por aplicación del artículo 56.1.a) de la LOTel, arrojarla una cifra de cinco millones ochocientos mil euros (5.800.000).*

*En cuanto a los otros dos aspectos, deben ponderarse tanto la reconsideración parcial de la agravante de la naturaleza de los perjuicios causados por la infracción cometida, como el hecho de que la Audiencia Nacional haya reducido a dos GG.CC los supuestos probados por esta Comisión. Y todo ello sin perjuicio de que la sanción anterior fuera, en términos porcentuales y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, extraordinariamente moderada. En este sentido, se estima parcialmente la alegación de TESAU reduciendo asimismo la proporción de la sanción, pero sin atender a su pretensión de que se imponga como máximo 300.000 euros, al ser dicha cuantía manifiestamente insuficiente, dada la gravedad de la infracción cometida.*



*En definitiva, teniendo en cuenta el nuevo límite máximo de la sanción (21.571.000 de euros), la revisión judicial de los hechos probados (que pasa de 2.155 a 2 GG.00.UU.), la no consideración de la agravante de la naturaleza de los perjuicios causados y el mantenimiento del resto de circunstancias agravantes que determinaron la inicial resolución, se estima que procede imponer una sanción de tres millones (3000.000) de euros, suponiendo la misma una cantidad muy por debajo de la cantidad resultante de aplicar el mismo porcentaje del 26,9% -que invoca TESAU- sobre el nuevo límite máximo de la sanción conforme a la LGTel, y una séptima parte de la sanción que esta Comisión podría determinar en atención a dicho límite máximo (21.571.000 de euros).*

Dicho esto, que ofrece cobertura más que satisfactoria al criterio administrativo, no cabe más que subrayar que una sanción de tres millones de euros sólo supone el 13,50% sobre el límite máximo que antes dimos por correcto, 21.571.000, que no es dable considerar, bajo ningún concepto, desproporcionada, incluso permitiendo, en hipótesis y a efectos puramente dialécticos, no apreciar las aludidas circunstancias agravantes y sancionar en el monto decidido.

**QUINTO.-** Distinta es la conclusión que cabe obtener de la otra vertiente de la impugnación, relativa a la segunda resolución de la CMT, de 29 de noviembre de 2007, y centrada en la forma de computar los intereses debidos en relación con el abono de la sanción de dieciocho millones de euros.

A estos efectos, la demandante indica que el ingreso de la multa inicial de 18 millones de euros tuvo lugar el 23 de febrero de 2005 y que la ejecutividad de la resolución de 4 de octubre de 2007 tuvo lugar en la fecha de la notificación (22 de octubre de 2007), por lo que hasta el 22 de octubre de 2007 había abonado improcedentemente a la CMT 18 millones de euros y ningún importe correspondía abonar a TESAU, lo que supone que entre esas dos fechas (23 de febrero de 2005 y 22 de octubre de 2007) se deban abonar los intereses del monto inicial (18 millones). Añade que a partir del 22 de octubre de 2007 (fecha de la ejecutividad de la resolución de 4 de octubre anterior, a partir de la que podía hacerse la compensación correspondiente) y hasta el 29 de octubre de 2008 (fecha de la devolución de los 15 millones de euros), se deberán abonar los intereses de 15 millones. A la cantidad resultante habrían de descontarse 2.443.354,94 euros, que se han percibido en concepto de intereses.

Esta pretensión se considera ajustada a Derecho. No sólo las cuantías y datos temporales que se indican son reales, además tendrían respaldo, en cuanto al modo de cómputo propuesto, en el artículo 66.3 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, que dispone que cuando se anule total o parcialmente un acto impugnado, se conservarán los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, con mantenimiento de su contenido, procediéndose, en su caso, a la compensación prevista en el artículo 73.1 de la Ley General Tributaria. El apartado 2 de la Disposición Adicional Segunda del mismo Reglamento establece que las disposiciones de éste, en lo relativo a la devolución de ingresos indebidos se aplicará como supletorios en las devoluciones de las cantidades que constituyan ingresos de naturaleza pública distintos de los tributos, como es el caso.

El artículo 73.1 de la Ley 38/2003, General Tributaria, antes reseñado, regula, precisamente, el procedimiento de compensación de oficio para el supuesto de las anulaciones de una liquidación anterior, lo que sería trasladable a la cuestión que nos ocupa, relativa a una cantidad no tributaria, pero de naturaleza pública.

Corresponde, por tanto, estimar el recurso en este aspecto, habida cuenta de la justeza de cuanto al respecto se impetra, esto es, el cómputo de intereses en los períodos y respecto de las cantidades indicadas, con detracción de la suma ya percibida en ese concepto.

**SEXTO.-** De conformidad con el Artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

## FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

**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



Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ