

Id Cendoj: 28079130032007100193
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 8217/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción a Telefónica.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 8217/2004 interpuesto por "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por la Procurador D^a. Magdalena Cornejo Barranco, contra la sentencia dictada con fecha 29 de junio de 2004 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1247/2002, sobre sanción; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 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)."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 13 de diciembre de 2002, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "en la que:

1º.- Declare que se ha generalizado por la resolución impugnada un pretendido incumplimiento de la normativa reguladora de la prestación de servicios telefónicos a grupos cerrados de usuarios infringiendo el *artículo 24.2* de la Constitución.

2º.- Declare que no ha existido el incumplimiento de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de junio de 2000 que se imputa a mi mandante y que, por ende, no se ha cometido la infracción tipificada en el *artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*.

3º.- Subsidiariamente a las pretensiones anteriores y para el caso de estimar que ha existido incumplimiento y, consecuentemente, la infracción que se imputa a mi mandante, declare que la resolución recurrida es nula o proceda a su anulación como consecuencia de haberse vulnerado los principios de

tipicidad, presunción de inocencia y culpabilidad y de la existencia de una manifiesta actuación arbitraria de la Administración demandada.

4º.- Subsidiariamente a las pretensiones anteriores, y para el caso de estimar que la resolución recurrida respeta los principios de tipicidad, presunción de inocencia y culpabilidad y que no ha existido una manifiesta actuación arbitraria en el ejercicio de la potestad sancionadora, gradúe nuevamente la sanción en función de la no concurrencia de las circunstancias agravantes tenidas que la resolución ha tenido en cuenta y de la concurrencia de circunstancias atenuantes que no han sido apreciadas por la misma.

5º.- Condene, en todo caso, a la Administración demandada a la satisfacción de las costas causadas".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de julio de 2003, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 15 de septiembre de 2003, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Doña Magdalena Cornejo Barranco en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de julio de 2002, por ser la misma conforme a derecho. Segundo.- No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas".

Quinto.- Con fecha 18 de octubre de 2004 "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 8217/2004 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se denuncia la infracción del *artículo 79.15 de la LGTEL de 1998* y de la jurisprudencia relativa al principio de antijuridicidad".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se denuncia la infracción del *artículo 130 de la Ley 30/1992* y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el *artículo 79.15 de la LGTEL de 1998*".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se denuncia la infracción del *artículo 131 de la Ley 30/1992* y de la jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad en materia sancionadora".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se denuncia la infracción del *artículo 128.2 de la Ley 30/1992* y de la jurisprudencia sobre aplicación retroactiva de la ley sancionadora más favorable, en relación con el *artículo 56.1.a) de la LGTEL de 2003*".

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de costas a la actora.

Séptimo.- Por providencia de 15 de enero de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 29 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 29 de junio de 2004, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de julio de 2002 que le impuso una sanción de multa (18 millones de euros) por 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*.

En síntesis, el organismo regulador de las telecomunicaciones imputó a la compañía telefónica recurrente no haberse atendido a su resolución de 8 de junio de 2000. En ella le había conminado a 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.- La Sala de instancia expuso inicialmente en su sentencia los argumentos contrapuestos de la sociedad actora y de la Administración demandada (fundamentos jurídicos segundo y tercero) y rechazó de entre aquéllos los relativos a cuestiones procedimentales (fundamento jurídico cuarto).

En los fundamentos jurídicos quinto y sexto, frente a la discrepancia de la sociedad recurrente con los hechos que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había considerado probados y con la prueba de presunciones utilizada a estos efectos, el tribunal de instancia llegó a las siguientes conclusiones:

"[...] Así las cosas, hay que concluir que los hechos declarados probados en la resolución impugnada, referentes al grupo cerrado de usuarios de AEDHE y Eurojob Sistemas, S.L., se basan en prueba de cargo suficiente, adecuada y razonable para enervar la presunción de inocencia de Telefónica a estos efectos (documental unida al expediente administrativo, ya analizada). La prueba fue obtenida con todas las garantías y habiendo podido la parte recurrente ejercitar las defensas que estimó oportunas para contradecir la citada prueba de cargo.

Sin embargo, ha de ser rechazada la presunción que lleva a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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."

Tercero.- Fijados así los puntos de hecho, la Sala de instancia abordó en los fundamentos jurídicos séptimo, octavo y noveno de su sentencia las cuestiones relativas a la tipificación de la conducta infractora.

A) En el fundamento jurídico séptimo el tribunal recordó cómo ya se había pronunciado "en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2004 (recurso nº 240/2002) sobre la interpretación que la CMT ha hecho del concepto de grupo cerrado de usuarios en su resolución 24 de enero de 2002, que se dictó en el expediente nº 2001/4138, que también acordó la incoación de expediente sancionador del que trae causa este recurso", reiterando las consideraciones entonces hechas.

La Sala de instancia reputó, en suma, que el criterio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre los grupos cerrados de usuarios era "conforme con la normativa aplicable [...] así como que ello no supone establecer obligaciones ex-novo a Telefónica, sino instar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la titularidad de una autorización general tipo A, al amparo de lo regulado en el artículo 24 de la LGT en relación con el Anexo del Real Decreto 1651/98 , que aprueba el Reglamento de Interconexión, y los artículos 3.1 y 11.1 .a) y d) de la Orden de autorizaciones generales de 22 de septiembre de 1998".

B) En el octavo fundamento jurídico la Sala, sobre la base de lo ya expuesto, consideró que "Telefónica ha incumplido la resolución de 8 de junio de 2000 en relación a la 'condición de los miembros del GCU' al haberse constituido un grupo cerrado usuarios por la AEDHE, persona jurídica diferenciada de cada una de las entidades asociadas, y distintas empresas asociadas a la misma sin actividad común, al no ser la defensa de los intereses asociativos."

C) En el noveno la Sala rechazó las alegaciones actoras sobre la supuesta deficiente calificación jurídica de la conducta, en los siguientes términos:

"En la demanda se afirma que la resolución de la CMT infringe el principio de tipicidad de las infracciones y sanciones ya que de haberse cometido alguna infracción por TESAU ésta sería la recogida en el artículo 80.11 de la LGT .

El Tribunal Constitucional ha mantenido una reiterada doctrina (STC 8/1981, 117/95, 24/96, 150/97, 56/98, entre otras) sobre la doble garantía material y formal que al derecho sancionador impone el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 CE . La garantía formal, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, se cumple en el presente caso. El tipo

infractor, recogido en la resolución impugnada, se estableció en la Ley 12/97, de Liberalización de las Telecomunicaciones y se mantuvo en el *artículo 79.15 de la Ley 11/98, General de Telecomunicaciones*.

En cuanto a la garantía material, de carácter absoluto, también se cumple en el presente supuesto: existencia de una predeterminación normativa de la conducta ilícita y de la sanción correspondiente. TESAU podía predecir que su conducta constituye una infracción tipificada en el *artículo 79.15 de la LGT*, precepto que cumple con la exigencia de ley previa y ley cierta. Es decir, se ha respetado en el presente supuesto el principio de legalidad y tipicidad en contra de lo afirmado por la demandante.

A la Administración, que tiene atribuida la potestad sancionadora, incumbe subsumir los ilícitos administrativos en el tipo infractor adecuado. El tipo definido en el *artículo 79.15 de la LGT* pretende evitar a la CMT la obstrucción del ejercicio de sus competencias y así el bien jurídico protegido no se deduce de la actividad realizada en la prestación de los servicios sino en el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la misma en el ejercicio de sus funciones. Con ello se deja a salvo la autoridad de la CMT en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores.

Ahora bien, la infracción prevista en el *artículo 79.15 de la LGT* presupone la concurrencia de determinados elementos: a) existencia de una resolución de la CMT, b) notificación al operador obligado a su cumplimiento para su imprescindible conocimiento, y c) incumplimiento de la misma.

En el presente caso no se discute la existencia de la resolución de la CMT de 8 de junio de 2000 ni su notificación a TESAU, limitándose la discusión a si ha sido incumplida la misma por la demandante. Cuestión que ha quedado despejada en precedentes fundamentos sin que afecte a la consumación del tipo infractor que el incumplimiento se reduzca a dos supuestos o, por el contrario, a un número mayor. Cuestión, sin embargo, relevante a la hora de la graduación de la sanción."

Cuarto.- Finalmente, en los fundamentos jurídicos décimo a decimocuarto de la sentencia se abordaron las cuestiones relativas a la gravedad y cuantía de la sanción impuesta, a cuyo respecto el tribunal de instancia hizo las siguientes afirmaciones que consideramos necesario transcribir de modo literal por la incidencia que tendrán en el recurso de casación:

"[...] La representación procesal de la actora invoca que la sanción impuesta en la resolución recurrida es manifiestamente desproporcionada y no guarda relación alguna con la gravedad del hecho supuestamente constitutivo de la infracción.

El *artículo 82.1. A) de la LGT*, establece el importe de las multas a imponer por la comisión de infracciones muy graves y, para ello, utiliza el criterio del beneficio bruto obtenido por el infractor como elemento determinante de la cuantía de la multa. También prevé un sistema supletorio para el caso de que no sea posible aplicar tal criterio o, de su aplicación, resultara una cantidad inferior a la mayor de las que indica el mismo apartado, y que resulta ser el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o en el ejercicio actual, o el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o, como cifra supletoria final 100 millones de pesetas.

La resolución impugnada señala que es imposible determinar el 5% del beneficio bruto obtenido por el infractor, imposibilidad que la representación procesal de la actora achaca a que el mismo fue inexistente, si bien tal afirmación está ayuna de prueba. Prueba que a la actora incumbía y que pudo solicitar en vía administrativa o en este procedimiento.

Siendo ello así, debemos acudir al criterio supletorio establecido, en primer lugar, en el precepto citado anteriormente, y que resulta ser el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio. Tal cantidad asciende a 6.674.195.951,25 euros, según consta en la declaración presentada por Telefónica de España S.A.U. para el ejercicio 2001 ante la CMT, y determina como límite máximo de la multa la cantidad de 66.741.959,51€.

A los efectos de ponderar la cuantía de la sanción, la CMT entiende que deben considerarse los siguientes criterios previstos en el *artículo 131.3 de la Ley 30/92*: a) la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción; y b) la naturaleza de los perjuicios causados, y, como atenuante, la escasa repercusión social de la infracción.

La resolución de la CMT también analiza la agravante de reiteración al haber sido sancionada Telefónica el 20 de julio de 2000 con otra sanción por infracción muy grave. Si bien al estar impugnada la sanción en vía jurisdiccional y no existir una posición jurisprudencial pacífica sobre qué debe entenderse por

sanción firme, concluye que 'a falta de criterio jurisprudencial que permita adoptar una línea clara en relación a este tipo agravado, se considera preferible ante tal evidencia no considerar esta causa de agravación, estimando la alegación de Telefónica'.

El principio de proporcionalidad, como señala la STS de 2 de junio de 2003 , tiende a adecuar la sanción, al establecer su graduación concreta dentro de los márgenes posibles, a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, tanto en su vertiente de antijuridicidad como de culpabilidad, ponderando en su conjunto las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable y, en particular, como resulta del *artículo 131.3 de la Ley 30/92* , la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia.

A partir del preceptos citado y de la doctrina jurisprudencial indicada, procede examinar la razonabilidad de los criterios utilizados por la CMT para la graduación de la sanción y la proporcionalidad de la consecuencia obtenida.

[...] La resolución impugnada aplica como circunstancia agravante "la intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción", justificando su aplicación en la concurrencia en TESAU de una intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico.

Hemos analizado en precedentes fundamentos que TESAU ha incumplido la resolución de la CMT de 8 de junio de 2000 que imponía a Telefónica abstenerse de realizar prácticas como las consideradas en la resolución y tal conducta supone la existencia del elemento de culpabilidad o intencionalidad en la desobediencia.

Ahora bien, para analizar la racionalidad en la aplicación de este criterio de agravación de la sanción, hay que tener en cuenta las distintas intervenciones de la CMT analizando e interpretando las obligaciones que se derivan de la normativa aplicable para los titulares de autorizaciones generales tipo A al prestar servicio a los GCU, intervenciones todas ellas que han tenido como sujeto y parte a Telefónica:

- Resolución de 26 de septiembre de 1999 en la que se interpreta y define el concepto de un grupo cerrado de usuarios y las obligaciones que de la normativa aplicable se derivan para los titulares de una autorización general tipo A.

- Resolución de 18 de mayo de 2000 que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, en la que se reitera la interpretación de la resolución recurrida.

- Resolución de 25 de mayo de 2000 que acuerda no acceder a la petición formulada por Telefónica en relación con las llamadas 'off-net' y el servicio de telefonía vocal en GCU, en la que se reiteran los fundamentos de anteriores resoluciones. La resolución de 25 de mayo de 2000 ha sido declarada conforme a derecho por sentencia de esta Sala y Sección de 6 de junio 2001 (recurso nº 915/2000).

- Resolución de 8 de junio de 2000, cuyo incumplimiento ha sido objeto del expediente sancionador del que trae causa este recurso.

Así las cosas, no es lo mismo haber incumplido voluntaria e intencionadamente la resolución 8 de junio 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 considerar que la aplicación de la circunstancia de intencionalidad responde a criterios de razonabilidad para determinar la sanción.

[...] La última agravante aplicada por la CMT, "la naturaleza de los perjuicios causados", es analizada en la resolución impugnada desde una doble perspectiva:

1º.- La resolución impugnada señala que el incumplimiento de las decisiones de la CMT compromete gravemente su cometido y con él el propio desarrollo del mercado.

El cometido de la CMT y su 'autoritas' están protegidos por el propio tipo aplicado en este caso, el *artículo 79.15 de la LGT* , que considera las conductas que incurrir en tal ilícito como una falta muy grave, no resultando racional que esa conducta, que constituye el núcleo de la infracción, sea a su vez utilizada

como circunstancia agravante para individualizar la sanción.

2º. - Perjuicios a la competencia al aplicar Telefónica indebidamente descuentos en las llamadas realizadas por los grupos cerrados de usuarios.

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 los otros operadores. En definitiva altera la transparencia del mercado y el funcionamiento en competencia de los distintos operadores.

En todo caso los perjuicios descritos habrán de valorarse a la luz de la modificación que hemos acordado del Hecho Probado Sexto.

[...] La CMT ha aplicado la atenuante de 'la escasa repercusión social de la infracción', si bien la recurrente entiende que debió de aplicarse, además, la inexistencia de beneficio obtenido de la conducta de Telefónica y la situación económica de ésta.

Sin embargo, no ha aportado prueba alguna ni en vía administrativa ni en sede judicial que nos permita tener en cuenta tales circunstancias.

[...] Por último, debemos pronunciarnos, a la vista de lo razonado en los fundamentos anteriores, sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta por la CMT a partir de los criterios de razonabilidad manejados en la graduación de la misma.

La cuantía de la sanción, conforme al *artículo 82.1. A de la LGT*, no puede superar el 1% de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica en el año 2001, que ascendieron a 6.674.195.951,25 euros y determinan el máximo de la multa imponible en 66.741.959,51 euros.

La CMT acordó una sanción de 18 millones de euros que representan el 0,269% de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica en el año 2001, cantidad que está muy por debajo de la cantidad máxima establecida para las faltas muy graves e incluso para las faltas graves (cuya cantidad máxima es el 0,5% de los ingresos brutos obtenidos en el año anterior).

Es cierto, como afirma la recurrente, que el incumplimiento acreditado de la 'condición de las comunicaciones' se limita a los dos GCU de AEDHE y Eurojob Sistemas, S.L., pero también es cierto que la CMT al individualizar la sanción ha atemperado la cuantía de la multa, reduciéndola a una cantidad que supera escasamente el 50% de la cantidad prevista para las infracciones graves, por lo que este Tribunal considera que la sanción impuesta ha respetado el principio de proporcionalidad, procediendo la desestimación del presente recurso."

Quinto.- La sentencia contiene un voto particular en el que se expone la discrepancia de la Magistrada que lo suscribe con el parecer mayoritario de la Sala respecto de "la cuestión tratada en el fundamento jurídico decimocuarto, relativa a la proporcionalidad de la sanción enjuiciada."

En síntesis, el voto particular considera que la "importante modificación de los hechos declarados probados de la resolución sancionadora debía trasladarse forzosamente a la sanción impuesta como consecuencia del principio de proporcionalidad de las sanciones, de tradicional aplicación en las resoluciones de este contenido y reconocido en el *art. 131.3 de la Ley 30/92*, que prevé la necesaria adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada."

A juicio de la Magistrada discrepante, "[...] la minoración en relación al número de contratos respecto a los cuales se detecta la infracción, debía influir tanto en la consideración de la gravedad de los hechos, como en la concurrencia de la circunstancia agravante aplicada consistente en 'la naturaleza de los perjuicios causados para el interés general y para la competencia', circunstancia de agravación, en la que se pondera 'la constitución de numerosos Grupos Cerrados de Usuarios'. Todo ello debía haber conducido a la Sala, en aplicación del citado principio, a la correspondiente disminución de la sanción económica que debía imponerse, atemperando así la sanción a la real entidad de los hechos considerados."

Sexto.- El recurso de casación consta de cuatro motivos, todos ellos deducidos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*. Antes de acometer su análisis debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha confirmado recientemente (sentencia de 14 de febrero de 2007, recurso de casación número 3683/2004) la dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 en el recurso contencioso administrativo número 240/2002.

En el proceso resuelto en la instancia por la citada sentencia de 10 de febrero de 2004 (a la que la Sala de la Audiencia Nacional se referirá en diversas ocasiones a lo largo de la que ahora es objeto de recurso) se había desestimado, a su vez, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de enero de 2002, dictada en el expediente MTZ 2001/4138, con respecto a la comercialización de grupos cerrados de usuarios. El organismo regulador había exigido entonces a la compañía recurrente la subsanación de determinados incumplimientos de las condiciones establecidas en la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen jurídico aplicable a las autorizaciones generales.

Al desestimar el recurso de casación número 3683/2004 rechazamos los argumentos de la sociedad recurrente según los cuales la sentencia entonces recurrida vulneraba el *artículo 24 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones*, en relación con el Anexo del *Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio*, que aprueba el *Reglamento de Interconexión, e infringía los artículos 3.1 y 11.1 a) y d)* de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen jurídico aplicable a las autorizaciones generales, y el *artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común. Por el contrario, respaldamos el criterio del tribunal sentenciador que consideraba competente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer, en principio, exigencias y requisitos de configuración de los grupos cerrados de usuarios.

Rechazamos igualmente en nuestra sentencia de 14 de febrero de 2007 que la resolución objeto de aquel litigio hubiera vulnerado los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, corroborando de nuevo la tesis de instancia que, a su vez, declaraba conforme a derecho la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al imponer a los operadores ciertas obligaciones en cuanto a las exigencias de verificar las condiciones de configuración de un grupo cerrado de usuarios y recabar el consentimiento de quienes fueran a formar parte de él.

Séptimo.- En el primer motivo de casación "Telefónica de España, S.A.U." imputa a la Sala de instancia la vulneración del *artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril*, General de Telecomunicaciones y de la "jurisprudencia relativa al principio de antijuridicidad".

Sobre la premisa de que "para que pueda imputarse a un sujeto una determinada infracción administrativa, no basta con una oposición puramente formal entre su actuación y la norma sancionadora, sino que esa actuación debe ser materialmente antijurídica" por lesionar el bien jurídico protegido por esta última norma sancionadora, afirma la compañía recurrente que la Sala vulneró el citado *artículo 79.15 de la Ley 11/1998* pues ella misma no tuvo voluntad alguna de vulnerar el bien que aquel precepto protege, esto es, la autoridad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones.

El argumento para sostener que en este caso no hubo una lesión efectiva de la autoridad del organismo regulador "procedente de una verdadera y real voluntad de TESAU de resistirse al cumplimiento de los mandatos de la CMT y, por tanto, de desconocer la autoridad de la CMT en el ejercicio de sus funciones" se basa en que la infracción se produjo "[...] sólo y exclusivamente en 2 de los 2155 grupos cerrados de usuarios a los que prestaba sus servicios", dato que evidencia, siempre según la recurrente, una "aislada y mínima falta de adecuación a lo ordenado por la CMT".

El motivo será desestimado. La infracción prevista en el artículo invocado se comete por el "incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes". No es necesario que dicho incumplimiento consista en una "resistencia" generalizada del operador infractor, como parece sugerir la recurrente. En rigor, aquélla tampoco puede ser confundida con otro tipo infractor específico (el del *apartado 16 del mismo artículo 79*) que sanciona "el incumplimiento grave o reiterado por los titulares de autorizaciones generales, de licencias individuales o de concesiones de las condiciones esenciales que se les impongan o de los acuerdos adoptados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de la facultad de interpretación de sus cláusulas generales y especiales."

La tipificación de la conducta infractora admitida por la Sala se revela, por lo tanto, conforme con la norma invocada. Desde el punto de vista objetivo (respecto de los elementos subjetivos de la acción versa el motivo siguiente) "Telefónica de España, S.A.U." se ve obligada a admitir que en un cierto número de casos incumplió las decisiones previas del organismo regulador en materia de grupos cerrados de usuarios. Que este incumplimiento no pueda identificarse con una "manifestación de resistencia en el cumplimiento de las órdenes de la CMT" es irrelevante dado que la "resistencia" a la que se refiere la recurrente (en cuanto conducta sistemática o generalizada de oposición a los mandatos de la autoridad) no forma parte del tipo de

infracción administrativa previsto en el *artículo 79.15 de la Ley 11/1998*.

Incluso admitiendo que el bien jurídico protegido por aquel tipo fuera el de preservar la "autoridad" del organismo competente en materia de telecomunicaciones, el número de veces en que tal autoridad se desafía por un operador que incumple un previo mandato o decisión de la autoridad reguladora no puede constituirse en el criterio jurídico para estimar si la infracción correspondiente es antijurídica o no.

La limitación del alcance del incumplimiento (esto es, la modificación de los hechos probados) que hace la sentencia, a raíz de la cual no considera acreditados todos los supuestos de infracción que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había estimado sobre la base de la prueba de presunciones, podrá tener otros efectos jurídicos pero, desde luego, no invalida la antijuridicidad misma de los incumplimientos que, como tal, sí se reputaron suficientemente probados.

Octavo.- En el segundo motivo de casación se imputa a la Sala de instancia la infracción del *artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, "y de la jurisprudencia que lo interpreta [...] en relación con el *artículo 79.15 de la LGTEL de 1998*".

A juicio de la compañía recurrente, no puede formularse en este caso el "imprescindible reproche de culpabilidad exigido por el *artículo 130 de la Ley 30/1992* y por la jurisprudencia de esta Excm. Sala" dado que "sólo 2 de 2155 GCU se consideraron por la sentencia constituidos de forma no ajustada en su integridad a las condiciones establecidas en la resolución de 8 de junio de 2000, lo que supone un porcentaje de tan sólo el 0,092% de pretendido desajuste. En cambio, puede perfectamente hablarse de un 99,90% de cumplimiento puntual y exacto de esa resolución."

Circunscrito el incumplimiento a los casos ya especificados, y no a otros, ningún dato hay que excluya la culpabilidad de la operadora, sea a título de dolo o de mera negligencia. La conducta consistente en no cumplir las resoluciones administrativas, pudiendo hacerlo, no es un mero "desajuste" ni se ha probado que existieran "inevitables e insalvables dificultades de gestión" que pudieran ampararse en el concepto de fuerza mayor. La Sala de instancia no vulnera, pues, el principio de culpabilidad reconocido en el *artículo 130 de la Ley 30/1992* y en la jurisprudencia de esta Sala cuando rechaza esta parte de la argumentación actora.

Noveno.- En el tercer motivo casacional, también al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, se denuncia la infracción del *artículo 131 de la ya citada Ley 30/1992* "y de la jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad en materia sancionadora".

El motivo se construye a partir de la "trascendental" -en términos de la recurrente- modificación de los hechos declarados probados que contiene la sentencia. Mientras que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró que el incumplimiento se produjo de forma generalizada y respecto de la totalidad de los 2155 grupos cerrados de usuarios a los que "Telefónica de España, S.A.U." daba servicio, la Sala de instancia limitó dicha cifra a sólo dos supuestos (los dos grupos cerrados de usuarios constituidos por la AEDHE y por EUROJOB), ante la falta de prueba respecto de los restantes 2153.

Tal modificación debería -en palabras de la recurrente, que hace suyo el razonamiento expuesto en el voto particular incorporado a la sentencia- "por elemental aplicación del principio de proporcionalidad [...] haber comportado una también sustancial reducción de la sanción impuesta, de tal manera que ésta resultase ajustada y adecuada a la entidad real de esos hechos."

El motivo ha de ser acogido. Una sanción de 18 millones de euros impuesta por la Administración sobre la base de una infracción múltiple o generalizada (2155 casos) no puede quedar incólume cuando la Sala de instancia considera que el incumplimiento no reviste aquellos caracteres sino que se limita a dos casos aislados. Como bien afirma el voto particular antes transcrito, 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".

No puede, en efecto, reputarse que la misma cuantía de la sanción pecuniaria, variable en función de la intensidad del componente antijurídico de los hechos, siga siendo proporcionada se trate de dos o de dos mil casos: si los hechos por los que se declara procedente la sanción quedan finalmente reducidos, en virtud de los poderes de apreciación de la Sala, a un porcentaje ínfimo respecto de los que la Administración consideró probados, las exigencias del principio de proporcionalidad aplicado de modo constante por esta Sala (y ahora positivizado en materia sancionadora por el *artículo 131 de la Ley 30/1992*) impedían

mantener la sanción tal como fue impuesta por la resolución impugnada.

No se trata en este caso de un problema de aplicación del grado (superior, medio o inferior) correspondiente a las sanciones pecuniarias consecutivas a la comisión de infracciones muy graves o graves. Sobre la base, ya indiscutida, de que "Telefónica de España, S.A.U." incurrió en una infracción muy grave, y dada la amplitud de los márgenes para graduar la multa que correspondía a aquéllas (hasta el uno por ciento de los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio anterior), debe entenderse que la elección final por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del porcentaje de hecho aplicado (en este caso el 0,26 por ciento) fue efectuada a partir de unos elementos incriminatorios de la acción que incluían el incumplimiento generalizado que dicha Comisión había apreciado. Revocada esta premisa, las consecuencias de la nueva apreciación deben necesariamente trasladarse a la cuantía de la multa.

Que la sanción impuesta en vía administrativa se mantuviera dentro del límite máximo fijado en el *artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998* para las infracciones muy graves no significa, de suyo, que respete el criterio de proporcionalidad una vez que el tribunal de instancia ha desvirtuado de modo significativo la realidad de los hechos respecto de los cuales aquélla constituye la respuesta punitiva del Estado.

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 sólo 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 pecuniaria.

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".

La remisión del expediente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es en este caso tanto más pertinente cuanto que en la fecha en que se dictó la sentencia de instancia se había producido un importante cambio normativo al que se refiere el último de los motivos de casación que pasamos a examinar.

Décimo.- Sostiene "Telefónica de España, S.A.U." en su cuarto y último motivo casacional que la Sala de instancia infringió "el *artículo 128.2 de la Ley 30/1992* y la jurisprudencia sobre aplicación retroactiva de la ley sancionadora más favorable, en relación con el *artículo 56.1.a) de la LGTEL de 2003*".

Ciertamente la Sala se limitó a aplicar el *artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998* sin tomar en cuenta su modificación operada por la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, no vigente al tiempo de comisión de los hechos ni de la decisión administrativa pero sí en el de votación y fallo del recurso. Hay que decir, sin embargo, en su descargo, que la compañía recurrente, que pudo haber instado del tribunal la aplicación retroactiva de la nueva Ley si la consideraba favorable, no lo hizo pese a que ningún obstáculo había antes del señalamiento para votación y fallo del proceso de instancia.

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

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

supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva. Y aunque ciertamente la Sala de oficio, previa utilización del mecanismo procesal previsto en los *artículos 33 y 65 de la Ley Jurisdiccional*, pudiera haberla suscitado, su omisión al respecto no determinaría la casación de la sentencia por esta razón, casación que resulta además innecesaria cuando, según ya hemos concluido, procede por la estimación de otro motivo.

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

Undécimo.- Procede, pues, estimar el recurso de casación en los términos ya dichos y acordar la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo con la modulación correspondiente al importe de la sanción pecuniaria. En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*, cada parte satisfará las de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

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

FALLAMOS

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 disconformidad 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.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.