

Roj: STS 4715/2011
Id Cendoj: 28079130032011100323
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 3261/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Julio de dos mil once.

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 **3261/2010** interpuesto por "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra el auto dictado con fecha 13 de abril de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , sobre ejecución de sentencia; 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.- Por sentencia de 29 de junio de 2004 la Sala de instancia desestimó el recurso.

Tercero.- Recurrida en casación, esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2007 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 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."

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

- la 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", y

- la de 29 de noviembre de 2007, que acordó: "Primero.- Interesar a 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, para que proceda a devolver a Telefónica de España, S.A.U. la cantidad de quince millones de euros (15.000.000) y los intereses que proceden legalmente. Segundo.- Remitir a la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la presente Resolución junto con el escrito de Telefónica de España, S.A.U. de solicitud de la devolución de la sanción, y toda la documentación necesaria, a los efectos de dar cumplimiento al Resuelve Primero anterior".

Quinto.- "Telefónica de España, S.A.U." interpuso con fecha 26 de diciembre de 2007 un incidente para la declaración de la nulidad de dichas resoluciones "por ser contrarias a lo ordenado en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 e incumplir dicha sentencia" y suplicó:

"(i) en relación con el importe de la sanción que se debe imponer a mi representada en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 , fije el importe de dicha sanción en 300.000 euros o, subsidiariamente, establezca unos parámetros precisos para su nueva determinación de conformidad con dicha sentencia;

(ii) en relación con la devolución a TESAU de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la resolución de la CMT de 23 de julio de 2002,

(a) con estimación de lo solicitado en el apartado (i) anterior, ordene el abono a mi representada de los intereses de demora devengados por los 18 millones de euros indebidamente abonados, desde su ingreso y hasta la fecha de la ejecutividad de la nueva sanción que se imponga, junto con la diferencia entre esos 18 millones de euros y el importe de la sanción que se imponga, con los intereses de demora de la diferencia a partir de esa fecha de ejecutividad, o,

(b) en caso de desestimación de lo solicitado en el apartado (i) anterior, ordene el abono a mi mandante de los intereses de demora devengados por los 18 millones de euros hasta la fecha de la ejecutividad de la resolución de 4 de octubre de 2007 (22 de octubre de 2007), además de la cantidad de 15 millones de euros con sus intereses de demora desde esa fecha (22 de octubre de 2007)."

Por otrosí interpuso con carácter subsidiario recurso contencioso-administrativo contra las citadas resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sexto.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones el 13 de mayo de 2008 en el sentido de que "procede declarar ejecutada la sentencia del TS de 6 de junio de 2007 en sus justos términos, por cuanto la resolución sancionadora de la CMT de 4 de octubre de 2007 se ajusta íntegramente a los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2004 , siendo la sanción proporcionada. Y en cuanto a la discusión del límite máximo de la sanción en relación al concepto de 'rama de actividad' debe ser objeto de un recurso separado".

Séptimo.- Por providencia de 11 de junio de 2008 la Sala acordó: "Dada la disconformidad de la parte recurrente y el Abogado del Estado sobre el importe de los ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio de la rama de actividad afectada, deberán las partes en el plazo de quince días aportar elementos acreditativos de los ingresos definidos por cada una de ellas".

Octavo.- "Telefónica de España, S.A.U." presentó escrito de fecha 10 de julio de 2008 en el sentido de que "no existe desacuerdo entre las partes en cuanto a los ingresos correspondientes a cada tipo de servicio", sino que "la sanción impuesta por la CMT el 4 de octubre de 2007 [...] hace caso omiso a las exigencias del principio de proporcionalidad puestas de manifiesto por el Tribunal Supremo".

Noveno.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones el 7 de noviembre de 2008 reiterando su petición anterior y suplicando a la Sala "dicte resolución conforme a Derecho".

Décimo.- Por auto de 29 de julio de 2009 la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional acordó: "Desestimar el presente incidente de ejecución de sentencia y conferir, a partir de la notificación del presente auto, y con el alcance en él determinado, un nuevo plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2007 y 29 de noviembre de 2007".

Undécimo.- Recurrido en súplica, dicho auto fue confirmado con fecha 13 de abril de 2010 .

Duodécimo.- Con fecha 2 de julio de 2010 "Telefónica de España, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **3261/2010** contra el citado auto, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional "al no haber resuelto los autos de 13 de abril de 2010 y 29 de julio de 2009 cuestiones que guardan directa relación de casualidad con el fallo que se ejecuta, obligando a esta parte a interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones dictadas en cumplimiento de la sentencia que se ejecuta".

Segundo: al amparo del artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por "ignorar las consecuencias de la trascendental modificación de los hechos declarados probados y adicionar cuestiones nuevas, contradiciendo el fallo de la sentencia que se ejecuta".

Tercero: "El auto recurrido contradice la sentencia de esa Excm. Sala al no atender a la íntegra anulación de la resolución de 23 de julio de 2002 declarada por la sentencia que se ejecuta y a sus consecuencias jurídicas".

Decimotercero.- Por escrito de 28 de marzo de 2011 el Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso en el sentido de que deben "ser inadmitidos los motivos segundo y tercero y en su defecto además rechazados los motivos y el recurso se desestimado, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas de la recurrente".

Decimocuarto.- Por providencia de 20 de mayo de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El auto que es objeto de este recurso de casación, dictado el 29 de julio de 2009 y confirmado en súplica el 13 de abril de 2010 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso -Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimó el incidente de ejecución de sentencia planteado por "Telefónica de España, S.A.U." en relación con las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2007 y 29 de noviembre de 2007, acordadas tras la sentencia de esta Sala 6 de junio de 2007, recaída en el recurso de casación 8217/2004 .

La Sala de instancia desestimó el incidente de ejecución de sentencia y consideró que lo procedente era la interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra las citadas resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tal como subsidiariamente había instado "Telefónica de España, S.A.U."

Segundo.- En su auto de 29 de julio de 2009 el tribunal de instancia afirmó que "a la vista del conjunto de alegaciones y reproches de legalidad más arriba citados" (los había expuesto minuciosamente en los fundamentos jurídicos primero y segundo, al resumir las alegaciones de "Telefónica de España, S.A.U.") debía abordar las siguientes cuestiones:

"[...] 1º.- Si es acorde a Sentencia la cifra máxima, de partida, utilizada por la Administración, de 21.576.900 de #.

2º.- Si es acorde a Sentencia la imposición de una sanción de 3.000.000 de euros cuando los 2155 grupos cerrados de usuarios a los que Telefónica de España, S.A.U. daba servicio quedaron reducidos a dos (los dos grupos cerrados de usuarios constituidos por la AEDHE y por EUROJOB), y cuando el Tribunal Supremo ordenó que la resolución sancionadora que debiera dictarse respetase el principio de proporcionalidad.

3º.- Si es acorde a Sentencia la declaración de existencia de perjuicios relevantes a la competencia y de alteración de la transparencia y funcionamiento del mercado.

4º.- Si se ajusta a Sentencia la aplicación de una agravante de intencionalidad.

5º.- Determinar si procede que la Administración abone intereses por los 18.000.000 de # hasta la notificación de la nueva resolución sancionadora y de 15.000.000 de # desde ésta [...]."

Tercero.- La respuesta que la Sala dio a cada una de esas cuestiones fue, en síntesis:

A) Que no había sido controvertida ni decidida en el litigio de fondo cuál era la concreta "rama de actividad" de "Telefónica de España, S.A.U." a partir de cuyos ingresos debía fijarse el importe de la multa, por aplicación retroactiva *in melius* de la Ley 32/2003, *General de Telecomunicaciones*. En consecuencia,

afirmó el tribunal, "procede desestimar esta primera relación al resultar ajena a la ejecución de lo judicialmente resuelto".

B) Que el juicio de proporcionalidad aplicable a la sanción, una vez reducidos de 2155 a 2 los grupos de usuarios, debía ser efectuado a la vista del resto de factores determinantes de la multa, sin que procediera sin más "de forma inexorable la traslación de la correlación numérica". Lo cual, a su entender, debía ser resuelto en el ulterior recurso contra las nuevas resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

C) Que esa misma conclusión debía hacerse para evaluar si, bajo la nueva perspectiva, habían existido, y en qué medida, perjuicios relevantes para la competencia y se habían alterado la transparencia y el funcionamiento del mercado, como factores relevantes en la cuantificación de la multa.

D) Que, en cuanto a la agravante de intencionalidad, las apreciaciones efectuadas en la sentencia de 29 de junio de 2004 "no habían sido objeto de anulación en la sentencia de casación" pues esta última sólo afectó a la cuantía de la multa pero dejó indemne aquélla en todo lo demás.

E) En fin, que la sentencia recaída en casación no obligaba al pago de los intereses sobre el total de la multa impuesta originariamente, una vez que las nuevas resoluciones la habían reducido desde 15 a 3 millones de euros.

Cuarto.- En su primer motivo de casación, al amparo del *artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, "Telefónica de España, S.A.U."* censura a la Sala de instancia porque mediante los autos impugnados habría "remitido de forma improcedente a un nuevo recurso el enjuiciamiento de al menos dos de los aspectos" claves para determinar el importe de la sanción, los correspondientes a la nueva base para fijar el límite máximo de aquélla (la "rama de la actividad afectada") y la gravedad de la infracción.

"Telefónica de España, S.A.U." no precisa con la debida claridad cuál es, en concreto, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que atribuye a los autos de 13 de abril de 2010 y 29 de julio de 2009. Se limita a afirmar que, según el *artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional*, dichos autos son susceptibles de casación cuando resuelven "más, menos o cosa distinta" de la sentencia que ejecutan. La falta de cita de la norma procesal supuestamente infringida aboca de suyo al rechazo del motivo.

El rechazo también es pertinente si se advierte que en la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2007 afirmamos que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería "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". Añadíamos que "no podemos acceder a la pretensión actora de que por tal 'actividad' se entienda de modo necesario la de 'prestación del servicio telefónico básico en régimen de GCU', pues habrá de ser el organismo regulador quien, con el conocimiento que posee de las actividades de la operadora y del mercado en su conjunto, precise cuál es la rama de actividad realmente afectada. Y tampoco podemos acceder a la solicitud actora de que sea la Sala de la Audiencia Nacional quien, en ejecución de sentencia, de modo directo 'realice esa labor y determine el importe en que, en su caso, deba fijarse la sanción con arreglo a las bases señaladas' pues, como ya hemos expuesto, se trata de operaciones que requieren determinadas apreciaciones para las que es competente en principio (a reserva, obviamente, de su ulterior control jurisdiccional) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."

En principio, el control jurisdiccional de las nuevas decisiones administrativas que hayan de ser adoptadas en sustitución de los actos anulados por una sentencia de este orden jurisdiccional puede y debe hacerse en el mismo proceso, en su fase de ejecución, sin imponer necesariamente al litigante la carga de plantear un nuevo recurso autónomo. Esta doctrina, sin embargo, tiene también sus propios límites estructurales cuando, como aquí ocurre, en el proceso incidental se hayan de solventar necesariamente cuestiones que no fueron ni pudieron ser abordadas en el recurso al que puso fin la sentencia que se ejecuta, cuya complejidad de hecho y de derecho excede del mero contraste entre la sentencia firme y los actos de ejecución, sin que tras ello se advierta un propósito administrativo de evitar o dilatar el cumplimiento del fallo.

En efecto, si las nuevas resoluciones administrativas han de referirse por fuerza a extremos no controvertidos en el proceso de instancia y, según en este caso sucede, aplicar retroactivamente leyes posteriores a los hechos litigiosos y a los propios actos originarios, normas de las que depende la apreciación de factores nuevos y la fijación de nuevas magnitudes económicas y de otro tipo, puede admitirse que el cauce procesal más adecuado no sea precisamente el incidente, de perfiles restringidos, que prevé el *artículo 109 de la Ley Jurisdiccional*. En estos supuestos excepcionales, repetimos, puede admitirse como más conveniente, y no contraria al principio de efectividad de la tutela judicial, la interposición de un recurso autónomo en el que, tras la aportación del expediente administrativo incoado a fin de dictar las nuevas decisiones y con plenitud

de medios de prueba sobre las circunstancias no concurrentes en el litigio anterior, queden resueltos todos los problemas planteados.

Quinto.- En el segundo motivo de casación, esta vez al amparo del *artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional, "Telefónica de España, S.A.U."* considera que los autos impugnados "ignoran las consecuencias de la trascendental modificación de los hechos declarados probados y adicionan cuestiones nuevas, contradiciendo el fallo de la sentencia que se ejecuta".

En el desarrollo argumental del motivo se subraya el "cambio cualitativo" que para la sanción impuesta, y para la agravante de intencionalidad, supone el hecho de que la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2007 redujera el número de grupos cerrados de usuarios respecto de los cuales "Telefónica de España, S.A.U." no había cumplido sus obligaciones, derivadas de una previa resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

No existe la contradicción censurada pues nuestra sentencia de 6 de junio de 2007 obligaba a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a dictar una nueva resolución, como en efecto ocurre. El rechazo del motivo anterior aboca a que todas las cuestiones sustantivas relativas a la cuantía de la "nueva" sanción impuesta en sustitución de la anterior (esto es, la acordada por la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 4 de octubre de 2007, que fijó su importe en tres millones de euros, en vez de los quince iniciales) sean dilucidadas cuando la Sala de instancia se pronuncie con plenitud de jurisdicción sobre tal resolución, lo que deberá hacer al fallar el recurso número 636/2009 actualmente en tramitación ante ella.

Sexto.- Estas mismas consideraciones abonan el rechazo del tercer motivo de casación. Esta vez sin cita del artículo de la Ley Jurisdiccional a cuyo amparo se plantea (debemos entender que lo es también por la vía del *artículo 87.1 .c)* "Telefónica de España, S.A.U." considera que el auto impugnado contradice nuestra sentencia de 6 de junio de 2007 porque no atiende "a la íntegra anulación de la resolución de 23 de julio de 2002 declarada por la sentencia que se ejecuta y a sus consecuencias jurídicas".

La censura se refiere a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2007 en la que este organismo acordó que se devolviera a "Telefónica de España, S.A.U." la cantidad de quince millones de euros más sus intereses, en vez de los dieciocho millones a que ascendía la multa originaria, puesto que los tres restantes eran precisamente la cifra en que se fijó la "nueva" sanción. La parte promotora del incidente no discute en este motivo la procedencia de la "compensación" de una y otra multa en cuanto tal (sin perjuicio de que no esté de acuerdo con la sanción de tres millones de euros) sino tan sólo la falta de reintegro de los intereses de demora correspondientes a los 18 millones que ingresó en su día.

Tampoco el motivo podrá ser estimado, condicionado como está al fallo que el tribunal de instancia haya de pronunciar finalmente sobre la adecuación a derecho de la "nueva" sanción y el resto del contenido de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2007 y 29 de noviembre de 2007. Sólo a partir de su sentencia futura será posible fijar el importe definitivo tanto de la cantidad que haya de ser "compensada" (respecto de los 18 millones de la sanción originaria) como de los intereses de demora correspondientes, así como resolver a partir de qué fecha se devengan éstos.

Séptimo.- Expresa la Sala de instancia en su auto de 29 de julio de 2009 que en el recurso contencioso-administrativo (ya planteado) contra las dos resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2007 y 29 de noviembre de 2007 se habrán de dirimir las cuestiones de hecho o de derecho "introducidas *ex novo*" por estas últimas. Es aceptable esta afirmación si se entiende en el sentido de que, en definitiva, el tribunal habrá de valorar hasta qué punto aquellos nuevos actos responden, en todas sus dimensiones, al fallo de la sentencia recaída en el recurso de casación 8217/2004, tanto en lo que ésta deja incólume de la precedente como en lo que obliga a modificar la resolución administrativa inicial.

A estos efectos, la desestimación del incidente de ejecución de sentencia -y el propio contenido de los autos contra los que se dirige el presente recurso de casación- no prejuzga ni condiciona la solución que haya de darse en la sentencia de fondo que, con plenitud de jurisdicción, haya de resolver el ya reseñado recurso contencioso-administrativo número 636/2009.

Octavo.- Procede, por tanto, la desestimación del recurso de casación con la condena en costas a la parte que lo ha interpuesto, conforme dispone el *artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional*.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número **3261/2010**, interpuesto "Telefónica de España, S.A.U." contra los autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 29 de julio de 2009 y 13 de abril de 2010 en el recurso número 1247 de 2002 . Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-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.