

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA DEVOLUCIÓN A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE PARTE DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA CMT EN SU RESOLUCIÓN DE FECHA 30 DE OCTUBRE DE 2008, EN CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 21 DE OCTUBRE DEL 2014, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2319/2011 (DEV/DTSA/2017/14/DEV SANCIÓN TESAU).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 11 de diciembre de 2014

Vista la propuesta de resolución por la que se acuerda la devolución a la entidad Telefónica de España, S.A.U. de parte de la sanción impuesta por la CMT en su resolución de fecha 30 de octubre de 2008, en cumplimiento y ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre del 2014, dictada en el recurso de casación nº 2319/2011, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Expediente sancionador RO 2007/1435.

Mediante Resolución de fecha 30 de octubre de 2008, recaída en el expediente sancionador RO 2007/1435, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (CMT) acordó imponer a la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), la sanción económica de veinte millones de euros (20.000.000€) como consecuencia de la comisión, por parte de dicha entidad, de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la entonces vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel 2003, en lo sucesivo)

¹ Organismo sectorial sustituido e integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Una vez consultado el expediente, se ha podido comprobar que el importe de la sanción quedó íntegramente ingresado por TESAU el 21 de junio de 2010.

SEGUNDO.- Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011.

Con fecha 28 de febrero de 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia por la que se ha estimado parcialmente el recurso contencioso administrativo núm. 1/2009 interpuesto por TESAU contra la antes mencionada Resolución de la CMT de fecha 30 de octubre de 2008.

Mediante la referida Sentencia, la Audiencia Nacional anuló parcialmente la Resolución antes citada en cuanto a la fijación del importe de la multa impuesta, reduciendo de 20.000.000 Euros a 14.000.000 Euros.

TERCERO.- Resolución de la CMT de ejecución provisional.

Con fecha 17 de enero de 2012, y mediante una nueva Resolución recaída en el expediente AD 2013/749, el Consejo de la CMT acordó interesar a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, a través de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, para que se proceda a devolver a TESAU el importe total de 6.871.232,87 Euros, en cumplimiento del Auto de fecha 20 de septiembre de 2012, por el cual la Audiencia Nacional acordó haber lugar a la ejecución provisional de la antes citada Sentencia de 28 de febrero de 2011, por la que se redujo la sanción impuesta por la CMT a catorce millones de euros (14.000.000€).

CUARTO.- Resolución del Presidente de la CMT de liquidación de intereses.

Con fecha 1 de marzo de 2013 el Presidente la CMT dictó una resolución, en el marco del expediente AD 2011/321, por la que se acordó la liquidación de intereses de demora generados por el pago extemporáneo de la sanción impuesta a TESAU mediante Resolución de la CMT de fecha 30 de octubre de 2008.

Los intereses de demora se calcularon sobre el importe ya reducido de la sanción por parte de la Sentencia de Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011, esto es, sobre la cantidad de 14.000.000 Euros, y ascendieron al importe total de 1.125.680,07 Euros.

Consultados los registros de este organismo, se ha podido comprobar que TESAU ingresó el importe de estos intereses en fecha 19 de abril de 2013.

QUINTO.- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre del 2014.

Mediante Sentencia de fecha 21 de octubre del 2014, dictada en el recurso de casación núm. 2319/2011, la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo ha acordado (i) desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 28 de febrero de 2011, dictada en el recurso 1/2009; (ii) estimar el recurso de casación interpuesto por TESAU y, en su virtud, (iii) establecer un nuevo tipo infractor al que le ha aplicado una multa de 2.000.000,00 Euros.

En efecto, la Sentencia antes citada acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

<< FALLAMOS

- 1. Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 28 de febrero de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Octava) en el recurso contencioso-administrativo 1/2.009.*
- 2. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la citada sentencia, que casamos y anulamos.*
- 3. Que ESTIMAMOS EN PARTE, en los términos recogidos en los fundamentos de derecho sexto y séptimo, el antes mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de octubre de 2.009 en el expediente sancionador RO 2007/1435, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal, por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador, estableciendo la cuantía de la multa en 2.000.000 euros.*
- 4. Se imponen a la Administración del Estado las costas de su recurso de casación conforme a lo expresado en el fundamento de derecho séptimo. En cuanto al de Telefónica de España, S.A.U., no se hace imposición de las costas que ha causado, como tampoco de las ocasionadas por el recurso contencioso-administrativo. >>*

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución.

El objeto de la presente Resolución es determinar y, por otro lado, instar al Tesoro a devolver a TESAU, parte del importe ingresado por dicha entidad en cumplimiento de la Resolución sancionadora RO 2007/1435, por la que se le impuso la sanción pecuniaria de 20.000.000,00 Euros; en cumplimiento y ejecución de la Sentencia del

Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre del 2014 en cuya parte dispositiva, una vez estimado en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por TESAU, ha anulado la sanción impuesta, estableciendo un nuevo tipo infractor y aplicándole una multa de 2.000.000,00 Euros.

SEGUNDO.- Habilitación competencial.

De conformidad con el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA), luego que sea firme una sentencia se comunicará *“al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso”* con el fin de que éste la lleve a puro y debido efecto y en su caso practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como ya se ha señalado, la sanción parcialmente anulada se adoptó en su día mediante una Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Con fecha 6 de junio de 2013 entró en vigor la Ley 3/2013, de 5 de junio, cuyo objeto es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organismo que agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Según lo establecido por la Disposición adicional segunda de la citada ley, la constitución de la CNMC implicará la extinción de, entre otros, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y que las referencias que la legislación vigente contiene a favor de dicha Comisión se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al ministerio correspondiente según la función de que se trate.

En este sentido, y dado que el acto anulado fue dictado por el Consejo de la CMT, será el Consejo de la CNMC el órgano que deberá dictar la Resolución para la ejecución de la sentencia de anulación de la sanción y más concretamente la Sala de Supervisión Regulatoria, por ser referida a una sanción en materia de regulación del sector de las telecomunicaciones (artículos 6 y 21.2.b de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC), y al no ser la ejecución de sentencias una materia de las reservadas al Pleno (artículos 14.1 y 21.1 de la Ley 3/2013).

TERCERO.- Ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre del 2014.

3.1 Cuantificación de los importes a devolver como consecuencia de la aplicación de la nueva sanción impuesta de 2.000.000,00 Euros:

Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de la presente Resolución, con fecha 21 de octubre del 2014 la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia por la que se ha estimado el recurso de casación interpuesto por TESAU y, después de casar y anular la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de febrero de 2011, ha acordado estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TESAU contra la resolución de la CMT en fecha 30 de octubre de 2008, estableciendo, en su lugar, el tipo infractor establecido en el artículo 56.b) de la LGTel 2003² y aplicándole una multa de 2.000.000,00 Euros.

Como también se ha hecho ya mención, TESAU ingresó, en cumplimiento del Resuelve de la Resolución de esta Comisión de 30 de octubre de 2008, el importe de 20.000.000 Euros en la cuenta habilitada a tal efecto.

Posteriormente, la CMT, en ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011, dictó una Resolución en fecha 17 de enero de 2012 por la que se acordó devolver a TESAU el importe conjunto de 6.871.232,87 Euros, de los cuales 6.000.000,00 Euros correspondían al principal y 871.232,87 Euros a los intereses devengados.

Como es de ver, el importe del principal devuelto mediante esta Resolución se componía de la diferencia entre lo que efectivamente TESAU ingresó (20.000.000€) y lo que, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre del 2014, debía ingresar (14.000.000€).

Así pues, habiéndose impuesto por el Tribunal Supremo una nueva sanción por importe de 2.000.000,00 Euros, debe precederse, en cumplimiento y ejecución de la Sentencia anulatoria, a devolver nuevamente a TESAU la diferencia entre el importe ingresado por dicha entidad (20.000.000€) y el importe de la nueva sanción (2.000.000€), cantidad a la que se le deberá restar el importe del principal devuelto (6.000.000€).

² Dicha infracción está sancionada en el artículo 56.b) de la LGTel de 2003 con 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 o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, con un límite máximo de dos millones de euros y a *“Vista la imposibilidad de aplicar el criterio prioritario a que se refiere la CMT”* el Tribunal Supremo procede a imponer la sanción en su cuantía máxima de dos millones de euros.

Lo anterior implica la devolución a TESAU, por una parte, de la cantidad de 12.000.000,00 Euros, a la que deberá añadirse los correspondientes intereses legalmente devengados.

3.2 Devolución de los intereses de demora liquidados:

Por otra parte, y como se ha señalado en el Antecedente Cuarto, el Presidente de la CMT acordó liquidar los intereses de demora correspondientes generados por el ingreso extemporáneo, por parte de TESAU, del importe de la sanción originaria, pero teniendo en cuenta la reducción fijada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de febrero de 2011, esto es, se liquidaron los intereses correspondientes únicamente sobre el importe de 14.000.000,00 Euros.

Esta cantidad fue ingresada por TESAU en fecha 19 de abril de 2013, tal y como consta en el expediente administrativo.

En este sentido, debe procederse, asimismo, a devolver a TESAU parte de los intereses liquidados por la CMT y, más concretamente, los importes liquidados con cargo al importe de 12.000.000 Euros, ya que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre del 2014 ha fijado el importe final de la sanción en 2.000.000,00 Euros, por lo que los intereses liquidados con cargo a esta cantidad serían conformes a derecho.

En virtud de todo lo anterior, debe procederse a devolver a TESAU los siguientes importes:

- El importe de **12.000.000,00 Euros**, correspondiente a la diferencia entre el importe ingresado por TESAU (20.000.000€) y el importe de la nueva sanción establecida por el Tribunal Supremo (2.000.000€), una vez restado el importe del principal ya devuelto por la CMT (6.000.000€).

A este importe deberán añadirse los intereses que legalmente correspondan devengados desde la fecha de ingreso de la sanción anulada (el día 21 de junio de 2010).

- El importe de **964.868,63 Euros**, correspondiente a los intereses liquidados con cargo al importe de 12.000.000,00 Euros, ya que al haber establecido la Sentencia del Tribunal Supremo una nueva sanción de 2.000.000,00 Euros, los intereses liquidados con cargo a dicha cantidad serían conformes a derecho.

A este importe deberán añadirse, asimismo, los intereses correspondientes devengados desde su fecha de ingreso (el día 19 de abril de 2013).

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Dar cumplimiento a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 21 de octubre del 2014, dictada en el recurso de casación núm. 2319/2011, mediante la devolución a la entidad Telefónica de España, S.A.U. de las siguientes cantidades:

- 12.000.000,00 Euros, correspondientes a la diferencia entre el importe ingresado por TESAU (20.000.000€) y el importe de la nueva sanción impuesta por el Tribunal Supremo (2.000.000,00€), una vez restado el importe del principal ya devuelto por la CMT (6.000.000,00 Euros).

A este importe deberán añadirse los intereses que legalmente correspondan desde la fecha de ingreso de la sanción anulada (el día 21 de junio de 2010).

- 964.868,63 Euros, correspondiente a los intereses liquidados con cargo al importe de 12.000.000 Euros, por los motivos señalados en el apartado 3.2 del Fundamento de Derecho Tercero de esta Resolución.

A este importe deberán añadirse, asimismo, los intereses correspondientes devengados desde su fecha de ingreso (el día 19 de abril de 2013).

SEGUNDO.- Interesar a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría General de la CNMC, a realizar las actuaciones necesarias para que se proceda a las devoluciones mencionadas en el Resuelve Primero.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría General y a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que contra la misma no cabe la interposición de recurso en vía administrativa, no obstante, podrá promover incidente de ejecución de Sentencia ante la Audiencia Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 en relación con el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.