



Roj: **SAN 5355/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5355**

Id Cendoj: **28079230082018100715**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **245/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000245 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01564/2017

Demandante: OOIGA TELECOMUNICACIONES S.L.

Procurador: D^a. ROSALÍA ROSIQUE SAMPER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **245/2017**, que ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales D^a. **Rosalía Rosique Samper**, en nombre y representación de " **OOIGA TELECOMUNICACIONES S.L.** ", con asistencia letrada, frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, contra resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), de fecha 20 de diciembre de 2016 [**Expediente Sancionador** : SNC/D TSA/002/16/NUMERACION OOIGA].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interposición del recurso contencioso-administrativo.



La entidad mercantil indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2017, contra la resolución antes mencionada, procediéndose a su **admisión** por Decreto de 22 de marzo de 2017, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.-Formalización de la demanda rectora del recurso jurisdiccional.

En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito de 25 de octubre de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que:

" (...) TENGA POR FORMALIZADA LA DEMANDA presentada contra la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la sesión celebrada el 20 de diciembre de 2016 por la que en el expediente SNC/DTSA/002/16/NUMERACION OOIGA se adoptó la Resolución del expediente sancionador contra OOIGA TELECOMUNICACIONES, S.L., por la que se la declaró responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 76.12 de la Ley 9/2014 por haber incumplido el Resuelve primero de la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010 sobre la asignación de numeración de tarifas especiales, imponiéndole una sanción de multa de 750.000 euros, y tras los trámites legales preceptivos, se dicte Sentencia por la que se estime íntegramente nuestra demanda y se anule la resolución recurrida en los términos y conforme a los motivos expuestos en el presente escrito de demanda y, subsidiariamente, para el caso de no declararse la nulidad de la sanción impuesta, se acuerde, por vulneración del principio de proporcionalidad, reducir la cuantía de la multa fijándola en la cantidad de 10.000 euros, y todo ello con expresa imposición de costas (...)"

En el mismo escrito, solicitó el recibimiento del proceso a prueba en los términos siguientes:

"SEGUNDO OTROSI DIGO, al derecho de mi mandante interesa y así se solicita se reciba el pleito a prueba, la cual, habrá de versar sobre los documentos aportados junto al presente escrito de formalización de demanda y, conforme a lo dispuesto en el art. 60.1 de la Ley 29/1998 , se propone la práctica de los siguientes medios: - UNICO.- DOCUMENTAL, consistente en que se admitan y tengan por reproducidos tanto el expediente administrativo en su integridad que obra en autos, así como todos los documentos que adjuntó esta parte en el anterior escrito de interposición de recurso y los que se adjuntan en el presente de formalización de demanda".

TERCERO.- Oposición al recurso contencioso-administrativo.

La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 19 de febrero de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la imposición de las costas a la parte contraria.

CUARTO.- Recibimiento del proceso a prueba.

Mediante auto de 20 de marzo de 2018, se recibió el proceso a prueba, acordándose:

"Admitir y declarar la pertinencia de la DOCUMENTAL propuesta por la actora, consistente en tener por reproducido el Expediente Administrativo en su totalidad, así como todos los documentos adjuntos por dicha parte a su escrito de Interposición y de formalización de Demanda".

QUINTO.- Terminación del proceso contencioso-administrativo.

Una vez formalizado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron concluidas las actuaciones procesales. Por lo que mediante providencia de 17 de septiembre de 2018 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de noviembre siguiente, fecha en la que tuvo lugar. Habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ, Magistrado de esta Sala.

En la tramitación del recurso jurisdiccional se han observado todas las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, dado el cúmulo de asuntos a despachar durante dicho plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso contencioso-administrativo.

1.- Es **objeto de impugnación** la **resolución del expediente sancionador** SNC/DTSA/002/16, incoado contra "OOIGA TELECOMUNICACIONES, S. L.", por el presunto incumplimiento de la resolución de 30 de julio de 2010, mediante la cual se le asignaba numeración de tarifas especiales.

Se trata, concretamente, de la resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC con fecha de 20 de diciembre de 2016 en el Expediente Sancionador SNC/DTSA/002/16, incoado contra "OOIGA



TELECOMUNICACIONES, S.L.", por el presunto incumplimiento de la precedente Resolución de 30 de julio de 2010, mediante la cual se le asignaba numeración de tarifas especiales.

2.- Como **antecedentes** de la resolución anotada, cabe reseñar, sucintamente, los siguientes:

2.1.- La entidad recurrente, "OOIGA TELECOMUNICACIONES, SL", con fecha 11 de junio de 2010, fue inscrita en el registro de la Comisión como persona autorizada para prestar el servicio telefónico fijo disponible al público. Mediante posterior resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT] de 30 de julio de 2010 [Expediente: DT 2010/1122], se le asignó determinada numeración para la prestación de servicios especiales o de tarificación adicional.

2.2.- Mediante escritos de fechas 27 de julio y 18 de septiembre de 2012, los operadores Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) y France Telecom España, S.A.U. (Orange), respectivamente, pusieron en conocimiento de la CMT la posible utilización indebida de la numeración de tarificación adicional asignada a la entidad Ooiga Telecomunicaciones, S.L., como consecuencia de haber recibido supuestamente tráfico fraudulento y masivo proveniente de la disociación de tarjetas prepago, con el objeto de descargar saldos promocionales desde las redes de los operadores denunciados, además de no prestar servicio alguno a través de los recursos de numeración asignados o prestarlo incorrectamente.

Tras la apertura de un procedimiento de información previa y de la práctica de un requerimiento de información, en el seno del cual se dictaría la Resolución del Consejo de la CMT 3 de enero de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por "OOIGA TELECOMUNICACIONES, S L" contra el requerimiento de información de 22 de noviembre de 2012, confirmada por sentencia de esta Sala y Sección de 26 de enero de 2015 [P. O. 28/2013], el órgano regulador procedió con fecha de 18 de abril de 2013 a la incoación del **procedimiento administrativo sancionador SNC/DTSA/781/13** frente a la mencionada entidad, como presunta responsable directa de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , consistente en el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados. Procedimiento que finalizó por **Resolución de la CNMC de 29 de abril de 2014** , por la que se imponía a la referida entidad una sanción de 800.000 euros.

La resolución sancionadora de referencia fue anulada por esta Sala y Sección mediante **sentencia de 16 de noviembre de 2015** [P. O. 283/2014], al apreciar la caducidad del expediente sancionador.

2.3.- Con fecha de **14 de enero de 2016** , la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC procedió a la **incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/002/16** contra "OOIGA TELECOMUNICACIONES, S L", como presunta responsable directa de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el art. 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2010, por la que se le asignaron seis bloques de mil números de tarifas especiales. Por considerar que existían indicios sólidos de aquella entidad no había utilizado la numeración asignada para los fines especificados en su solicitud, exigidos en el Resuelve Primero de la Resolución de 30 de julio de 2010, de asignación de la numeración, llevando a cabo una vulneración directa del mandato de la CMT impuesto en dicha resolución administrativa y, por lo tanto, su incumplimiento. Concretamente, en el acuerdo de incoación se justificaba el inicio del procedimiento, en virtud de la relevante proporción de indicios de conducta irregular constatados en el expediente de información previa RO 2012/1673 con la numeración asignada -referidos al volumen de tráfico irregular recibido por Ooiga en su numeración de tarificación adicional; el volumen de numeración de Ooiga suspendida en interconexión respecto al total de números de Ooiga que reciben tráfico; los indicios de la no existencia de un servicio de tarificación adicional prestado a través de parte de esa numeración constatado a través de la inspección y la equivalencia entre el ORTA [Operador de Red de Tarificación Adicional] y el PSTA [Prestador de Servicios de Tarificación Adicional] en la comisión de dichas conductas.

El procedimiento sancionador así incoado terminó mediante la **resolución** a que se contrae el presente recurso jurisdiccional, que como queda dicho es la **resolución dictada con fecha de 20 de diciembre de 2016** por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [Sala de Supervisión Regulatoria], a través de la cual se decidió:

"PRIMERO .- Declarar responsable directa a la entidad Ooiga Telecomunicaciones, S.L. de la comisión de una **infracción muy grave** tipificada en el **artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo** , General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el Resuelve primero de la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010 sobre la solicitud de **asignación de numeración para la prestación de servicios de tarifas especiales** a Ooiga Telecomunicaciones, S.L."



"SEGUNDO .- Imponer a Ooiga Telecomunicaciones, S.L. una **sanción** por importe de setecientos cincuenta mil (750.000) euros por la anterior conducta, en aplicación del artículo 79.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones . Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación".

La expresada resolución sancionadora parte de los **hechos probados** consignados en las páginas 12 a 28 de la misma, a resultas de los cuales se extraen las siguientes conclusiones:

"De las actuaciones llevadas a cabo, se concluye que ha quedado acreditado lo siguiente: - Casi la totalidad de los números de tarificación adicional activados por Ooiga en los años 2012 y 2013 resultaron **suspendidos en interconexión** . - Casi todo el **tráfico** recibido por la numeración de **tarificación adicional** asignada a Ooiga (más de un 90%), desde junio de 2011 hasta el 21 de octubre de 2013, era de carácter **irregular** , motivo por el que se produjeron las anteriores suspensiones. - Los números de **tarificación adicional** que Ooiga activaba en los años 2012 y 2013 eran, casi de forma exclusiva, los que a continuación comenzaban a recibir **tráfico irregular** . - En muchos casos, Ooiga activaba números consecutivos a los que resultaban **suspendidos en interconexión** . - En la mayoría de los casos analizados, no se prestaba un verdadero servicio de contenidos o valor añadido a través de la numeración de **tarificación adicional** asignada a Ooiga, por no ser interactuable, no obtenerse respuesta alguna. En algunas ocasiones, el contenido recibido resultaba incluso no permitido para la numeración asignada. - Casi un tercio de las llamadas a numeración de **tarificación adicional** de Ooiga resultaban fallidas. - Ooiga aparecía como **único responsable de la prestación del supuesto servicio de tarificación adicional** prestado a través de la numeración que se le había asignado".

Y en sus **fundamentos jurídicos** , la resolución sancionadora hace referencia, en primer lugar, a la habilitación competencial para resolver el procedimiento sancionador, así como a la asignación a Ooiga de 5 bloques de mil números de los rangos 80Y y 905 para la prestación de servicios de tarificación adicional, en el marco de las resoluciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 16 de julio de 2002 y de 4 de diciembre de 2008, que serían posteriormente derogadas por la Orden IET/2733/2015, de 11 de diciembre. La resolución de 16 de julio de 2002 atribuía recursos públicos de numeración a los servicios de tarificación adicional, clasificándolos en las modalidades siguientes, en función de los contenidos básicos proporcionados por los proveedores de información [803, 806, 807], mientras que la resolución de 4 de diciembre de 2008 atribuyó el código telefónico 905 a la prestación de servicios de tarificación adicional basados en la recepción de llamadas masivas.

SEGUNDO .- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo .

Los motivos de impugnación en que se sustenta la demanda son los siguientes:

1.- Nulidad de la resolución sancionadora por haber incurrido la Administración en abuso de derecho, vulnerando el principio de buena fe en su actuación (...)

"a) El nuevo expediente sancionador SNC/DTSA/002/16 (que es objeto del presente procedimiento), fue incoado por los mismos hechos que el antiguo expediente sancionador SNC/DTSA/781/13 (el que caducó)"

"b) Declarada la caducidad por Sentencia de 16/11/2015 (dictada por esta misma Sala y Sección, en el recurso 283/14), y anulada la sanción impuesta en el expediente SNC/DTSA/781/13, la CNMC no podía iniciar nuevo expediente sancionador, por estar prescrita la infracción tipificada en el art. 53.w) Ley 32/2003 "

"c) La CNMC decide iniciar nuevo expediente sancionador calificando los mismos hechos como otra diferente infracción administrativa, esta vez, la del art. 76.12 Ley 9/2014 "

" (...) En el caso que nos ocupa, el abuso de derecho por parte de la CNMC se produce al ejercitar la potestad sancionadora, incoando un nuevo expediente sancionador, mediante una nueva tipificación de unos mismos hechos, que anteriormente había tipificado de forma diferente, todo ello con la finalidad de salvar las consecuencias de un anterior procedimiento sancionador caducado que acarreó la prescripción de la infracción por la que inicialmente se sancionó. No estamos, pues, ante ningún incumplimiento adicional que justificara la aplicación de la infracción del art. 76.12 Ley 9/2014 en un nuevo expediente sancionador, lo que existió es la intención de sortear la prescripción de la infracción administrativa del art. 53.w) Ley 32/2003 , y no debe tener amparo jurídico este abuso de derecho, pues el deber de buena fe que debe presidir el actuar administrativo (art. 3.1 Ley 30/1992 y art. 3.1 e) Ley 40/2015) obliga a la Administración y el tipificar unos hechos, de forma distinta a como lo hizo anteriormente, también significa actuar contra el principio del "*venire contra factum proprium no valet*", en el que se concretan principios jurídicos esenciales como los de buena fe, seguridad jurídica y respeto a la confianza legítima y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por lo que consideramos que el presente motivo ha de ser estimado y anulada la resolución recurrida".

2.- " **Vulneración del principio de tipicidad contenido en el principio de legalidad sancionadora. Error de tipificación. Concurso de normas administrativas sancionadoras** entre el art. 76.12 y el 77.19, ambos de la Ley 9/2014. La CNMC debió elegir la aplicación del art. 77.19 (Ley especial), frente al art. 76.12 (Ley general)".

" (...) Consideramos que la CNMC no realizó un proceso correcto de subsunción del hecho en la norma, por ello, esta parte entiende que se vulnera el art. 25.1 CE, desde el momento en que la Administración subsumió los hechos en la conducta del artículo 76.12 de la Ley 9/2014 cuando lo correcto hubiera sido subsumirlos en la conducta del art. 77.19 del mismo cuerpo legal. De hecho, la prueba de que la CNMC sabe sobradamente que el art. aplicable era el 77.19 Ley 9/2014 (por ser Ley especial) y no el art. 76.12 Ley 9/2014 (por ser este Ley

general), está en que en el antiguo expediente sancionador, el que caducó y se tramitó bajo la vigencia de la anterior Ley 32/2003, donde fue la misma CNMC la que sí aplicó la Ley especial frente a la Ley general, y subsumió los mismos hechos en la infracción administrativa del art. 53.w) Ley 32/2003 (Ley especial), y no en el art. 53.r) Ley 32/2003 (Ley general) y, sin embargo, siendo los mismos hechos, no lo hace ahora al aplicar la Ley 9/2014. Ante un error de tipificación como el que ha incurrido la CNMC en la resolución sancionadora que aquí se impugna, tal error ya no es subsanable por los órganos judiciales, pues según la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora, ha de ser "la propia resolución administrativa la que, como parte de su motivación..., identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción" (STC 193/2003, de 27 de octubre). Así, no es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración... El órgano judicial... no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente (STC 161/2003, de 15 de septiembre). Es decir, que los órganos judiciales no pueden corregir el error de tipificación de la Administración a través de una correcta subsunción de la conducta sancionada.

En definitiva, por todo lo que se ha expuesto anteriormente, entendemos que se han vulnerado los principios de legalidad y de tipicidad contenidos en el art. 25.1 CE y en los artículos 127 y 129 ambos de la Ley 30/92 (Ley aplicable pues el procedimiento sancionador fue incoado con antelación a la entrada en vigor de la Ley 39/2015), con lo que la resolución sancionadora es nula de pleno derecho y debiera estimarse el presente motivo y, con estimación de la demanda, procederse a la anulación de la resolución impugnada que supuso una sanción a mi representada por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el art. 76.12 de la Ley 9/2014".

3.- " **Nulidad de la resolución impugnada por vulneración del principio de legalidad sancionadora. Falta de tipicidad de la conducta " tráfico irregular"**."

"(...) En el momento en que tuvieron lugar los hechos que finalmente fueron objeto de imposición de sanción (junio de 2011 a noviembre de 2013), el "tráfico irregular" es una práctica o concepto que no estaba tipificada en ninguna norma como una infracción. En aquel periodo temporal no había siquiera una norma vigente que definiera el concepto de "tráfico irregular". Más allá, tampoco en aquel periodo había disposición alguna que definiera una condición determinante de la adjudicación de esta numeración que de forma expresa o implícita se refiriese al concepto de "tráfico irregular". Concluimos que no hay norma vigente que haya tipificado como infracción de forma taxativa haber utilizado la numeración para recibir mayoritariamente tráficos irregulares (...) Por ello, esta parte entiende que se vulnera el art. 25.1 CE, desde el momento en que la Administración considera el tan denominado "tráfico irregular" como incumplimiento de una condición determinante de la asignación de la numeración, y en consecuencia, como incumplimiento de la Resolución de 30/7/2010 por la que se asignó dicha numeración, subsumiendo la conducta en el art. 76.12 Ley 9/2014, lo que vulnera dicho derecho fundamental (...) En definitiva, entendemos que se han vulnerado los principios de legalidad y de tipicidad contenidos en el art. 25.1 CE y en los artículos 127 y 129 ambos de la Ley 30/92 (aplicable al procedimiento administrativo sancionador por la fecha de incoación del mismo), con lo que la resolución sancionadora es nula de pleno derecho y debiera estimarse el presente motivo y, con estimación de la demanda, procederse a la anulación de la resolución impugnada".

4- **Tipicidad de la responsabilidad subjetiva. El dominio del hecho** En conexión directa con el motivo anterior, se ha de tener en cuenta que la exigencia de tipicidad afecta no sólo a la identificación de la conducta ilícita, sino también el resto del núcleo esencial de la prohibición, que incluye la identificación del sujeto activo (STS 4571/1995). Así, incluso si se llegase a admitir que la gestión del "tráfico irregular" constituye una infracción tipificada, la norma debe tipificar quien es el sujeto infractor, cosa que no ocurre".

"(...) Concluyendo: en el caso que nos ocupa, mi representada no tiene el dominio del hecho de generar el tráfico considerado irregular. Mi representada no es el usuario llamante, ni es el operador de acceso que contrata con

el usuario llamante. Mi representada ni siquiera es el usuario llamado, el prestador del servicio de tarificación adicional. Por tanto, la sanción que la Administración finalmente impuso a mi representada es nula por infringir el principio de personalidad de la pena o sanción (art. 25.1 CE), al haber sido sancionado aquel que no es responsable del hecho constitutivo de infracción administrativa, por lo que consideramos que el presente motivo también ha de ser estimado."

5.- " Desviación de poder " .

"Considera esta parte que con la sanción impuesta a mi representada la Administración incurre en desviación de poder, en cuanto ejerce su competencia sancionadora en materia de numeración para un fin distinto, para atajar el denominado "tráfico irregular" (...) Lo que sin duda se pretende ahora con la sanción impuesta (al igual que lo pretendió antes con el caducado expediente sancionador SNC/DTSA/781/13) es poner fin al denominado "tráfico irregular", fenómeno que afecta a la totalidad de operadores involucrados en la gestión de la cadena de interconexión, también a los operadores de terminación, también a mi representada (...) Entiende mi representada que ya existe hoy día (no lo existía en el periodo temporal en el que tuvieron lugar los hechos objeto de sanción - el periodo que va desde junio de 2011 a noviembre de 2013-), un marco de intervención pública para la lucha contra el "tráfico irregular", que es el previsto en el artículo 51.2 de la Ley 9/2014 (antes en el artículo 38.11 de la Ley 32/2003) (...) En definitiva, el haber ejercido la potestad sancionadora contra mi representada en base al artículo 76.12 Ley 9/2014 , significa utilizar su competencia en materia de numeración para un fin -el combatir el fenómeno del tráfico irregular- que no le corresponde, incurre en desviación de poder, por lo que la sanción impuesta es nula al amparo de lo dispuesto en el art. 63.1 Ley 30/92 ..."

6.- " Ausencia de culpabilidad por parte de OOIGA " .

La demanda destaca en este punto los siguientes aspectos:

"A) Está probado que OOIGA no origina el supuesto "tráfico irregular"

"B) Se demuestra que no se trata de descarga de saldos promocionales"

"C) Está probado que OOIGA no prestaba el STA [Servicio de tarificación adicional] y sí retribuía a los PSTA [Prestadores de servicio de tarificación adicional]"

"D) La conducta consistente en: haber utilizado la numeración "para ser receptora de tráfico irregular".

" (...) En conclusión, que si mi representada no es quién generó el supuesto "tráfico irregular", que no se ha probado que se tratase de descargas de saldos promocionales, que si no prestaba el servicio era porque la numeración se había suspendido, que Ooiga no actuaba como PSTA sino que retribuía a los mismos, y que el tráfico regular no era mayoritario, es obvio que no existe culpabilidad alguna por parte de Ooiga en los hechos objeto de expediente, y que sin culpabilidad no debió imponerse sanción alguna, siendo por lo que habría de estimarse el presente motivo anulando la resolución sancionadora impugnada".

7.- " Cuantificación de la sanción. Vulneración del principio de Proporcionalidad " .

"A) Criterio determinante: Límite legal".

"En la Resolución sancionadora para graduar la cuantía de la sanción a imponer, se aplica "... límite máximo de veinte millones de euros si bien, en atención al artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción se considerará la situación económica de Ooiga, derivada de sus ingresos y de las demás circunstancias que le afectan, puestas de manifiesto en este apartado y anteriormente en la propuesta." (ver pág. 46 de la resolución sancionadora)".

"B) Factores de graduación de la sanción: Son varias las circunstancias que se tienen en cuenta en la Resolución sancionadora para determinar la cuantía de la sanción, por ejemplo:

"1. Intencionalidad. La Resolución sancionadora entiende que existe intencionalidad, en cuanto afirma que " Ooiga actuó intencionalmente puesto que, a pesar de las continuas suspensiones de la interconexión de su numeración con las redes de los distintos operadores móviles [...] y no llevó a cabo ninguna actuación para evitarlo. " (pág. 47). Esta afirmación no se ajusta a los hechos. Ya en el caducado expediente sancionador SNC/DTSA/781/13 se demostró que el número de notificaciones fue reducido, 28 en tres años. Más allá, OOIGA confirmó a la hoy extinta CMT haber suspendido en varios casos la prestación de sus servicios a PSTA a partir de la suspensión de la interconexión de la numeración (...)"

"2. Daño causado. La Resolución sancionadora se refiere a los daños causados a los operadores móviles por las supuestas prácticas de mi representada. Por una parte, un daño técnico. Por otra parte, un daño económico. (ver pág. 46 y ss. de la resolución. Por una parte, el daño técnico consistiría en la saturación de las redes públicas de telecomunicaciones por la alta concentración del tráfico generado (...) En ningún momento se



acredita la existencia de este daño técnico (...) Por otra parte, el daño económico referido en la Resolución Sancionadora resulta directamente ridículo. Entiende la Administración que se genera un coste económico a los operadores móviles por la necesidad de suspender la interconexión con los números que reciben tráfico supuestamente irregular, en cuanto " *intervenir en estos supuestos, les supone un empleo de recursos técnicos, humanos y económicos que implican un evidente daño y coste.* " (pág. 46 de la resolución sancionadora). Estos recursos, al igual que los dedicados a la identificación y neutralización de tráfico fraudulento, resultan imprescindibles en la gestión de redes y servicios de telecomunicaciones y disponemos de ellos todos los operadores, también OOIGA (...).

3) " *La infracción se extendió a casi todo el tiempo en que Ooiga estuvo prestando servicios con la numeración asignada mediante la Resolución de asignación de numeración telefónica que se entiende incumplida (...), la infracción se cometió durante 2 años y 4 meses.* " (ver pág. 48) No es cierta tal afirmación. En todo caso, lo que se ha podido mantener a lo largo de los años es el supuesto "tráfico irregular" pero ello no es atribuible a mi representada pues no olvidemos lo que se afirma en la propia resolución sancionadora del caducado expediente SNC/DTSA/781/13 " : *"Efectivamente, con las pruebas obrantes en el expediente no se puede concluir quién fue el autor de dicho tráfico. Ooiga no es declarada responsable de generar dicho tráfico, ya que ello no es competencia de esta Comisión."* (ver pág. 34 de la resolución sancionadora de dicho expediente caducado). Como obviamente no interesaba tal afirmación, la CNMC la omite deliberadamente en la resolución sancionadora del expediente sancionador SNC/DTSA/002/16".

"C) Factores de graduación atenuantes de la sanción, y que no aplica la CNMC: - La situación económica del infractor. Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción debe tenerse en cuenta la situación económica del infractor, y para ello hemos de tener en cuenta los datos de cuentas anuales que constan en el expediente relativos a los ejercicios 2011, 2012 y 2013, en los que concretamente, en 2011 los beneficios

fueron de 20.000 € y en 2012 los beneficios fueron de 62.000€, y en 2013, por el contrario, la sociedad arrojó pérdidas (...) Por todo lo expuesto, entiende mi representada que la sanción propuesta resulta absolutamente arbitraria y desproporcionada, no aplicándose tampoco adecuadamente los agravantes y atenuantes, por lo que sin lugar a dudas la resolución recurrida vulneró lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 32/2003 y el art. 131.3 de la Ley 30/92 , en lo que respecta a la cuantía de la sanción de multa impuesta, debiendo estimarse el presente motivo y ser reducida a 10.000 euros la sanción por la comisión de la infracción tipificada en el art. 76.12 Ley 9/2014 , pues dichos importe estaría en el grado mínimo que permite la aplicación del art. 79.1 de la Ley 9/2014 , pues dichos precepto legal no establecen un límite cuantitativo mínimo a imponer por infracciones muy graves".

En el **trámite de conclusiones** , la entidad demandante insistió en la nulidad de la resolución sancionadora, por vulneración de los principios de buena fe, de legalidad sancionadora en sus distintas manifestaciones [error de tipificación, concurso de normas sancionadoras, personalidad de la sanción], de culpabilidad y de proporcionalidad, y por desviación de poder.

TERCERO.- La Administración demandada se opone al recurso jurisdiccional.

Después de hacer referencia al objeto del recurso jurisdiccional y a las pretensiones de la parte recurrente, la Abogacía del Estado se opone al mismo haciendo las siguientes alegaciones:

" **No cabe apreciar abuso de derecho ni infracción del principio de buena fe** . En el fundamento jurídico primero del escrito de demanda denuncia la parte actora un supuesto abuso de derecho por parte de la CNMC al incoar un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos pero tipificándolos de forma distinta, concretamente bajo la conducta del artículo 76.12 de la Ley 9/2014 (...) No obstante, analizado el caso en el nuevo procedimiento sancionador incoado por la CNMC, se vislumbra un incumplimiento adicional, la vulneración de la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010, por la que se asignaba la numeración a Ooiga y en la que se establecían una serie de obligaciones que debía cumplir la operadora en el uso de dicha numeración (...) De modo que, si los bienes jurídicos protegidos por los tipos de infracción son distintos, cabría imponer dos sanciones sobre los mismos hechos. Sin embargo, como se ha indicado, en el procedimiento sancionador que nos ocupa se constató que una de las infracciones había prescrito, por lo que sólo se valoró aquella que no lo estaba. Descartada la vulneración del principio "non bis in idem", invoca la demandante un supuesto abuso de derecho en la actuación de la CNMC. Abuso de derecho que fundamenta en los mismos argumentos que empleó en vía administrativa para sostener la vulneración del citado principio "non bis in idem" y que también deben ser rechazados (...).

" **Inexistente vulneración del principio de tipicidad y del principio de legalidad** (...) Esta alegación no puede ser acogida (...) En efecto, en el presente caso sucede que los hechos declarados probados son constitutivos de dos infracciones distintas perfectamente compatibles entre sí pues los bienes jurídicos protegidos en

las dos infracciones es distinto (...) En otro orden de cosas pero directamente relacionado con la presunta vulneración del principio de tipicidad, la demanda alega que el tráfico irregular no resulta subsumible dentro del artículo 76.12 de la LGTel y, en todo caso, que el mismo no sería responsabilidad de OOIGA. Para desvirtuar las anteriores afirmaciones debemos remitirnos íntegramente a la relación de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida y de los que se concluye que queda acreditado lo siguiente (hecho probado quinto) (...) A la vista de lo anterior resulta evidente que OOIGA no sólo incumplió las condiciones de otorgamiento de los números de tarificación adicional de los que resultó destinataria, sino que incumplió de manera frontal la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010, por la que se asignaba la numeración a Ooiga y ello porque la gravedad de la conducta de la operadora en el uso de la numeración asignada es de tal calado que se desprende claramente que la operadora indicó unas necesidades falsas en su solicitud de numeración, vulnerando así directamente la *autoritas* del organismo público. Por este motivo debe rechazarse la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad que se denuncian de contrario".

" **Inexistencia de desviación de poder** . A juicio de la demandante la CNMC incurriría en desviación de poder pues, según afirma, estaría ejerciendo su competencia sancionadora en materia de numeración para un fin distinto cual sería atajar el denominado tráfico irregular. Esta afirmación resulta inatendible pues queda acreditado que la potestad sancionadora de la Administración ha sido debidamente ejercitada atendiendo a la correcta tipificación de los hechos probados".

" **Inexistente vulneración del principio de culpabilidad** . La parte actora reitera aquí lo ya señalado en la demanda presentada en el PO 283/2014, tramitado por esta misma Sección y Sala (...) Para dar respuesta a esta argumentación debemos reiterar lo señalado en nuestro escrito de contestación a la demanda presentado en dicho procedimiento, en el que se analizaron las siguientes cuestiones: a) Canalización de tráfico estadísticamente rarísimo: procedente de muy pocos números, concentrados geográficamente y en momentos no habituales (...) b) Canalización de tráfico que en una altísima proporción daba lugar a la suspensión de la interconexión por los operadores de red, pero que jamás daba lugar a actuación ninguna previa a tal interconexión (...) c) Activación de números consecutivos en el rango asignados, conforme se producía la suspensión por los operadores de red (...) d) Práctico cese del tráfico irregular con ocasión de la notificación al recurrente de la incoación del expediente sancionador (...) e) Canalización de tráfico procedente de saldo promocional (...) f) Reconocimiento del recurrente de que es capaz de identificar tráfico irregular (...) g) Llamadas sin objeto razonable (...) h) Mayor parte de los números no activos (...) i) Faceta como prestador de servicios de tarificación adicional. El recurrente actuaba, en las llamadas a que se refiere la controversia, no sólo como canalizador de las mismas en tanto que asignatario de numeración, sino también, en ocasiones, como prestador de servicios de tarificación adicional. Pues bien, en su calidad de prestador de servicios de tarificación adicional, el recurrente empleó la numeración para prestar un servicio no autorizado por las normas por las que se regía la misma, y a las que nos hemos referido anteriormente. Es decir, en el presente apartado abordamos una faceta de la conducta diferente de la tratada anteriormente. Si anteriormente se analizaba el incumplimiento del deber de cuidado como asignatario de numeración, en el presente apartado se analiza el incumplimiento directo de las finalidades a las que se asigna normativamente determinados rangos de la numeración (...) En definitiva, en cualquiera de las tres vertientes de la infracción que motiva la imposición de la sanción, se comprueba que el elemento subjetivo del tipo está implícito en la conducta infractora. En efecto, no puede dejar de ejercerse el control encomendado por la norma sin dolo eventual (en el mejor de los casos, directo en el peor); no puede emplearse un número de tarificación adicional sin un servicio que lo sustente sin dolo eventual (en el mejor de los casos, directo en el peor); y no puede mantenerse números asignados sin activar sin dolo eventual (en el mejor de los casos, directo en el peor) (...) Dado que, a efectos del cuestionamiento de la sanción impugnada, el dolo eventual y el directo son equivalentes, se concluye que concurre el elemento subjetivo necesario para confirmar aquélla sin necesidad de ulterior análisis".

" **Inexistente vulneración del principio de proporcionalidad** . La denuncia de vulneración del principio de proporcionalidad no puede ser admitida y para ello basta con acudir a lo señalado en el fundamento jurídico quinto de la Resolución recurrida. En el mismo se parte de lo dispuesto en **el artículo 79.a) de la LGTel** de 2014 que establece los siguientes límites para las infracciones muy graves, en función de si la competencia para conocer y sancionar corresponde al Ministerio o a la CNMC (...) Asimismo se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC (...) Partiendo de ello la Resolución recurrida procede a determinar los ingresos y los gastos derivados de la comisión de la infracción (páginas 43 a 46 de la resolución recurrida) (...) Como circunstancias modificativas (artículo 80.1 de la Ley) se toma en cuenta el daño causado y la intencionalidad como circunstancias agravantes de la sanción y la escasa repercusión social de la infracción cometida como circunstancia atenuante. Asimismo, en aplicación del artículo 80.2 de la Ley se toma en consideración la situación económica de OOIGA y concretamente los ingresos recibidos por la misma durante el periodo temporal de la infracción (...) A la vista de todo lo anterior se decide imponer una sanción de 750.000 euros. Sanción que teniendo en cuenta la actividad infractora los ingresos recibidos por la actividad y los criterios



de graduación de la sanción anteriormente señalados (dos circunstancias agravantes y una circunstancia atenuante), no puede reputarse desproporcionada".

En el **trámite de conclusiones**, la **Abogacía del Estado** se ratificó en los hechos tomados en consideración en la resolución administrativa impugnada, así como en los fundamentos de derecho de la contestación a la demanda, agregando, además, las consideraciones que estimó pertinentes, destinadas a refutar las alegaciones hechas por la parte contraria en el mismo trámite.

CUARTO.- Sobre los motivos de impugnación en que se basa la demanda.

Planteado en tales términos el recurso jurisdiccional, la Sala viene a hacer las siguientes consideraciones.

1ª.- El **primero de los motivos de la demanda** se basa, en definitiva, en la vulneración del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la **buena fe**, pues la ley no ampara el **abuso de derecho** y el ejercicio antisocial del mismo [art. 7 del Código Civil], considerando que esto sucede en el presente caso, a juicio de la parte recurrente, al haber incoado un nuevo expediente sancionador, tras la caducidad del primeramente incoado por los mismos hechos, la subsiguiente prescripción de la infracción administrativa imputada en la resolución sancionadora dictada en ese primer expediente, y la imputación en el segundo expediente de una infracción distinta con el objeto de sortear la prescripción producida.

Sobre la interpretación del referido art. 7 del C. Civil, ha establecido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS una doctrina que aparece recogida en la sentencia de 07 de julio de 1998 [Recurso de casación nº 2591/1994], en los términos siguientes:

"Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, en relación con la interpretación y alcance del referido precepto, que la aplicación del principio de buena fe tiene especial incidencia en el ámbito de la actuación administrativa y constituye uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico que se infringe cuando se finge ignorar lo que se sabe, se realiza un acto equívoco para beneficiar intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla, en perjuicio de quien puso su confianza en ella y este principio de buena fe inspira tanto los actos de la Administración como del administrado y es aplicable, igualmente, en las relaciones entre la Administración y el administrado (...). Por ello, en la cuestión examinada no concurren las circunstancias determinantes de la apreciación de la infracción invocada como fundamento del primero de los motivos de casación, teniendo en cuenta que la aplicación de los criterios jurisprudenciales anteriormente referidos a la cuestión debatida, permite constatar las siguientes conclusiones: **a)** El abuso de derecho ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, basadas en las subjetivas de intencionalidad o de la falta de un serio y legítimo fundamento y las objetivas, basadas en el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, extremos que, en modo alguno, se cumplen en la cuestión debatida. **b)** La doctrina científica y la jurisprudencia señalan como elementos garantizadores del abuso de derecho entre los objetivos, la existencia de una acción positiva o de una abstención que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, lo que no ha sucedido en la cuestión debatida, en la medida en que las actuaciones dimanantes del expediente administrativo y el examen de las actuaciones judiciales se desarrollan en el marco legítimo y lícito del ejercicio de los derechos y, en modo alguno, se ha acreditado en el escueto fundamento del motivo del recurso la finalidad de originar un perjuicio a otro, sin beneficio propio, por lo que es rechazable el primero de los motivos de casación invocados".

La aplicación de las pautas establecidas en la sentencia anotada, permite rechazar el motivo de impugnación de que se trata. Porque, en efecto, la demandante fue sancionada por la comisión de una falta muy grave tipificada en el **art. 53 w** de la antigua Ley 32/2003, por incumplir condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración de tarificación adicional incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica, al hacer uso indebido de la numeración de tarificación adicional asignada. Impugnada cuya resolución sancionadora, de 29 de abril de 2014, en vía judicial, esta Sala y Sección apreció la caducidad del expediente sancionador anulando, en consecuencia, la sanción impuesta en el mismo [Sentencia de 16 de noviembre de 2015 - P. O. 283/2014].

Pero la caducidad del expediente instruido no impedía la incoación de un nuevo expediente sancionador destinado a determinar la eventual comisión de una infracción distinta, cuando el bien jurídico protegido mediante el ilícito administrativo perseguido mediante la instrucción del nuevo expediente no se corresponda con el protegido a través de la infracción por razón de la cual se hubiera impuesto la sanción anulada por la caducidad del primer expediente incoado. Y al respecto, es de advertir que, como se pone de manifiesto en la resolución aquí impugnada, el art. 53 w de la Ley 32/2003 se circunscribía a tipificar como infracción el incumplimiento de las condiciones que debe cumplir el operador como asignatario de numeración, mientras que el bien jurídico tutelado mediante la infracción tipificada en el art. 76.12 de la Ley 9/2014 [y anteriormente, en el art. 53 de la Ley 32/2003] es el cumplimiento de las resoluciones de la CNMC -y antes de la CMT- dictadas al amparo de la legislación vigente y de los mandatos concretos que se contengan en dichas resoluciones.



Y precisamente el expediente incoado tras declararse la caducidad del primeramente instruido -en el que se perseguía la infracción prevista en el art 53 w de la Ley 32/2003 - tenía por objeto averiguar si efectivamente se había cometido una infracción, distinta de aquella, por incumplimiento de la resolución del órgano regulador de 30 de julio de 2010, por la que se asignaba numeración a la ahora demandante y se le imponía el cumplimiento de determinadas obligaciones inherentes al uso de la numeración asignada.

Por todo lo cual, la actuación de la Administración impugnada en el presente recurso jurisdiccional, además de atenderse, como se expondrá seguidamente, a la observancia de los principios constitucionales con incidencia en el procedimiento administrativo sancionador, no entraña la vulneración del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la **buena fe**, ni puede considerarse producida con **abuso de derecho**.

2ª.- También se alega en la demanda la conculcación de los **principios de legalidad sancionadora y detipicidad** [art. 25.1 CE ; arts. 127 y 129 LRJAP -PAC], ya por considerar que los hechos de cargo vendrían a constituir la infracción establecida en el art. 77.19 de Ley 9/2014, ley especial, en lugar de la infracción prevista en el art. 76.12 de la misma Ley ; ya por considerar que el "trafico irregular" no era constitutiva de infracción alguna o que, aun siéndolo, la entidad ahora demandante no podría ser identificada como sujeto infractor, por no tener "el dominio del hecho de generar el tráfico considerado irregular", lo que considera determinante de la conculcación del principio de personalidad de la sanción.

Pero tales alegaciones no se corresponden con los hechos de cargo por los cuales se sanciona, sintetizados en el apartado quinto de los **hechos que da por probados la resolución sancionadora** ["Conclusiones de los hechos probados"], y que como queda dicho son los siguientes:

"-Casi la totalidad de los números de tarificación adicional activados por Ooiga en los años 2012 y 2013 resultaron suspendidos en interconexión - Casi todo el tráfico recibido por la numeración de tarificación adicional asignada a Ooiga (más de un 90%), desde junio de 2011 hasta el 21 de octubre de 2013, era de carácter irregular, motivo por el que se produjeron las anteriores suspensiones - Los números de tarificación adicional que Ooiga activaba en los años 2012 y 2013 eran, casi de forma exclusiva, los que a continuación comenzaban a recibir tráfico irregular - En muchos casos, Ooiga activaba números consecutivos a los que resultaban suspendidos en interconexión - En la mayoría de los casos analizados, no se prestaba un verdadero servicio de contenidos o valor añadido a través de la numeración de tarificación adicional asignada a Ooiga, por no ser interactuable, no obtenerse respuesta alguna. En algunas ocasiones, el contenido recibido resultaba incluso no permitido para la numeración asignada - Casi un tercio de las llamadas a numeración de tarificación adicional de Ooiga resultaban fallidas - Ooiga aparecía como único responsable de la prestación del supuesto servicio de tarificación adicional prestado a través de la numeración que se le había asignado".

Pues los hechos de cargo acreditados en el expediente, y no desvirtuados mediante la prueba practicada en esta instancia, son del todo subsumibles en el **ilícito administrativo tipificado en el art. 76.12** de la Ley 9/2014 ["incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa (...) dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas"], al comportar el incumplimiento de la Resolución de 30 de julio de 2010, por la que se decidía sobre la solicitud de asignación de numeración para la prestación de servicios de tarifas especiales [Expediente DT 2010/1122]. Asignación que era de la competencia del órgano regulador ex art. 19 de la Ley 9/2014 y normativa relacionada [Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, y Plan Nacional de Numeración Telefónica], y que consistió en la atribución de unos determinados rangos de numeración a la prestación de servicios de tarificación adicional. Y como asignataria de recursos de recursos públicos de numeración, la entidad demandante estaba sujeta al cumplimiento, tanto de las condiciones generales de uso de numeración previstas en el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, singularmente en su art. 59, como de las condiciones específicas en materia de tarificación adicional, siendo así que conforme se indica en la resolución impugnada, "...de los hechos acreditados se concluye que la numeración asignada a Ooiga no fue utilizada para prestar servicios de tarificación adicional a terceros, sino para ser receptora de tráfico irregular". Conclusión esta que el órgano de regulación alcanza por las razones que especifica en la página 35 de la resolución sancionadora, que en aras a la brevedad también se da por reproducida.

Siendo ello así, obviamente, carece de fundamento propugnar la invalidez de la resolución impugnada por falta de tipificación de la conducta sancionada, o por error en la subsunción de los hechos de cargo en el ilícito administrativo correspondiente, si se tiene en cuenta que la infracción cometida, y por la que se sanciona, es el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la resolución de asignación de numeración para la prestación de servicios de tarifas especiales. Puesto que, efectivamente, acreditado está el incumplimiento, entre junio de 2011 y el 21 de octubre de 2013, de la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010, de asignación de numeración para la prestación de servicios de tarifas especiales. Por lo demás, no es de apreciar la concurrencia de concurso medial entre la infracción tipificada en el art. 77.19 de la Ley 9/2014 ["El incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración"] y la tipificada en el art. 76.12 del mismo cuerpo legal ["El



incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas..."], al no concurrir la necesaria conexidad medial para ello. Pues en el caso enjuiciado se aplicó el art. 76.12 de la mentada Ley, al acreditarse el incumplimiento, en grado importante, de la Resolución de la CMT de 30 de julio de 2010, es decir, de otros incumplimientos distintos, y además, del que era constitutivo de la infracción ex art. 77.19, sancionada en el primero de los expedientes sancionadores incoados, en la versión que recogía la precedente Ley 32/2003.

Y por lo mismo, también carece de fundamento sostener que la entidad ahora demandante careciera de la condición de sujeto infractor, precisamente por haberse acreditado que dicho incumplimiento [de las obligaciones inherentes a la resolución de asignación de numeración] es imputable a la infractora, y que a ella correspondía su observancia, lo que permitía atribuirle a título propio la responsabilidad. Con lo cual, quedaba preservado el principio de responsabilidad ex art. 130 LRJAP -PAC, que como decía esta Sala y Sección en sentencia de 09 noviembre 2011 [P O 277/10], "...podría quedar formulado ahora conforme a la regla de que la responsabilidad sancionadora podrá recaer tan sólo sobre aquellas concretas personas físicas o jurídicas autoras de los hechos y no sobre cualesquiera otras".

3ª.- En lo que respecta al elemento subjetivo de la infracción, la demandante cuestiona la concurrencia de **culpabilidad**, alegando para ello sustancialmente que no originó los tráficos con destino a la numeración del tarificación adicional en cuestión; que la descarga de saldos promocionales que según la CNMC habría generado el tráfico irregular no tiene relación con el uso de la numeración asignada mediante la Resolución de 30 de julio de 2010 cuyo incumplimiento se sanciona; que Ooiga no prestaba el servicio de tarificación adicional; y que el tráfico irregular sería una parte mínima del total de tráfico gestionado en el conjunto de numeración de Ooiga y reducida incluso en el caso de la numeración de tarificación adicional.

Sin embargo, la prueba de los hechos determinantes de la comisión de la infracción sancionada a través de la resolución aquí impugnada, permite inferir, como en esta última se hace, que la demandante era consciente de que la numeración que activaba prácticamente solo recibía tráfico irregular, y de que los operadores de red suspendían la interconexión con su numeración, sin que aquella planteara conflicto por dicho hecho ante el órgano de regulación. Como también se infiere que la voluntad de la demandante obedecía al designio de llevar a cabo un uso de la numeración contrario a lo indicado en su solicitud y a lo establecido en la mentada Resolución de 30 de julio de 2010, pues como se dice en la resolución sancionadora: " Esta conclusión se alcanza puesto que Ooiga aparecía en la locución, según pudo comprobarse en la inspección, como PSTA y por tanto responsable del servicio de tarificación adicional prestado a través de la numeración que se le había asignado. El que Ooiga actuara en la prestación del supuesto servicio como ORTA y como PSTA de manera simultánea, permitía a la imputada instrumentalizar la infracción cometida, cual es la de utilizar la numeración asignada para alcanzar fines distintos a los especificados en la solicitud de asignación de la numeración (la prestación de servicios de tarificación adicional). De este modo, Ooiga no sólo cobraba como ORTA por el servicio soporte, sino que cobraba como PSTA por la prestación de un supuesto servicio de valor añadido, generando grandes pérdidas a los operadores de red que promocionaban sus servicios telefónicos prepago, regalando saldo a los compradores de las tarjetas SIM, utilizadas fraudulentamente para generar un tráfico no permitido por los propietarios de dichas tarjetas (los operadores denunciante)". Con lo cual, ha de tenerse por cumplido el principio de culpabilidad inherente a la infracción sancionada, conforme a lo prevenido en el art. 130 de la LRJAP -PAC [" Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia"].

4ª.- Para la demandante, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la CNMC contra la misma, en base al art. 76.12 de la Ley 9/2014, significa utilizar su competencia en materia de numeración para un fin - combatir el tráfico irregular- que no le corresponde, incurriendo en **desviación de poder**, con la consiguiente anulabilidad de la sanción impuesta [art. 63.1 LRJAP -PAC].

Pero a falta de la necesaria prueba, tampoco puede admitirse la existencia de desviación de poder, entendida en su sentido legal [Arts. 106.1 CE y 70.2 LJCA, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y que ha sido matizada por la jurisprudencia estableciendo: A) Que es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto interés público querido por el legislador.- B) Que se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a derecho.- C) Que no puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, un prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

Pues, en este caso, el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que queda dicho, se atiene a lo establecido en las normas de aplicación, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe a los principios que delimitan dicho ejercicio en el plano sustantivo.

5ª.- Y por último, cuestiona la demanda la **proporcionalidad** de la sanción impuesta, además de considerar que, en su imposición, no se aplican adecuadamente las agravantes y atenuantes y que, por todo ello, la resolución impugnada vulnera lo dispuesto en los arts. 56 de la Ley 32/2003 y 131.3 de la LRJAP -PAC, abogando en último término por la reducción de la sanción a 10.000 Euros, correspondiente al grado mínimo permitido por el art. 79.1 de la Ley 9/2014 y a la infracción prevista en el art. 76.12 de la misma Ley .

-Al respecto, la **resolución sancionadora** impugnada comienza exponiendo los criterios legales para la graduación de la sanción, establecidos tanto en la Ley 9/2014 [art. 80, apartados 1 y 2] como en la Ley 30/1992 [art. 131.3], así como el límite legal máximo de la sanción a imponer [art. 79 de la Ley 9/2014], para poner de manifiesto que:

"Para determinar la **cuantía de la sanción** hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC (...) Por ello, ha de procurarse determinarse el **beneficio obtenido por la comisión de la infracción** (...) La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Es necesario centrar el análisis en el beneficio bruto obtenido con los actos en que ha consistido la infracción, es decir, el beneficio bruto obtenido con el incumplimiento del mandato de la asignación de la numeración, impuesto a Ooiga por la CMT en el resuelve primero de la Resolución de 30 de julio de 2010, en el periodo entre junio de 2011 y el 21 de octubre de 2013. La **información económica para la determinación del beneficio bruto** ha sido obtenida del operador al que se interconectaba Ooiga (Vodafone ONO), así como de las cuentas anuales de Ooiga depositadas en el Registro Mercantil correspondientes a los ejercicios 2011, 2012 y 2013 y de las declaraciones de ingresos brutos presentadas por Ooiga anualmente ante la CMT y esta Comisión. Para la determinación del beneficio bruto obtenido con la comisión de la infracción, es necesario poder calcular los **ingresos** y los **gastos** -todos derivados de la comisión de la infracción-, y contrastarlos (...)"

Por ser más beneficioso para la imputada que los **ingresos** calculados en base a sus cuentas anuales, la **resolución sancionadora** toma como referencia la cifra de **ingresos** obtenidos de los pagos realizados por su operador de interconexión, Vodafone ONO, dada la inconsistencia de los datos indicados por Ooiga como ingresos brutos de explotación a la CMT para el pago de la Tasa General de Operadores (TGO).

En lo que respecta a los **gastos**, la **resolución sancionadora** procede al prorrateo de los gastos de explotación de los ejercicios 2011 a 2013, no directamente relacionados con la conducta examinada, para poner de manifiesto que el beneficio bruto obtenido por Ooiga con la comisión de la infracción se obtendría minorando los pagos recibidos de Vodafone ONO con los gastos calculados en base a las cuentas anuales de la imputada. Pero, al respecto, advierte que: "Sin embargo, la anterior cifra no puede concluirse con seguridad como beneficio bruto derivado de la comisión de la infracción, puesto que, a pesar de lo señalado en los Hechos Probados, no se han podido determinar con exactitud los gastos asumidos por Ooiga por pagos a los PSTA por lo que a juicio de la instrucción no procede utilizar este criterio para determinar la sanción. **En consecuencia**, el criterio utilizado para determinar la sanción será el del límite máximo de veinte millones de euros si bien, en atención al artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción se considerará la situación económica de Ooiga, derivada de sus ingresos y de las demás circunstancias que le afectan, puestas de manifiesto en este apartado y anteriormente en la propuesta".

Y para la aplicación al caso de los criterios legales, la **resolución sancionadora** atiende a las siguientes **circunstancias modificativas** de la responsabilidad: A) El daño causado, como agravante de la sanción [art. 80.1 d) Ley 9/2014], concretamente, los daños técnicos y económicos causados a los operadores móviles de red. B.- La intencionalidad de la infractora, como criterio de agravación [art. 131.3 a) LRJAP -PAC], a pesar de las continuas suspensiones de la interconexión de su numeración con las redes de los distintos operadores móviles. C.- La escasa repercusión social de la infracción cometida [arts. 80.1 b) de la Ley 9/2014 y art. 131.3 de la LRJAP -PAC], como criterio de atenuación de la sanción, ante la falta de denuncias de los usuarios y de una especial trascendencia en la opinión pública. D.- La situación económica de la infractora [art. 80.2 Ley 9/2014], como circunstancia a considerar en la imposición de la sanción, cifrada en los ingresos percibidos durante el período temporal de la infracción, por el tráfico recibido en su numeración de tarificación adicional.

Con lo cual, en la resolución sancionadora se procede a la cuantificación de la sanción, estableciendo que: "En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 80 de la LGTel de 2014, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta



los ingresos recibidos por la actividad y los criterios de graduación de la sanción anteriormente señalados, se considera que procede imponer una sanción de setecientos cincuenta mil (750.000) de euros por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión de 30 de julio de 2010 entre junio de 2011 y el 21 de octubre de 2013".

-Y siendo ello así, ha de considerarse carente de fundamento el motivo de impugnación de la cuantificación de la sanción que en la demanda se plantea por vulneración del principio de proporcionalidad. Puesto que la resolución sancionadora es, en dicho aspecto, congruente con el resultado de la prueba practicada en el expediente, que frente a lo que se dice en la demanda no puede reputarse desvirtuada en el procedimiento judicial, y es respetuosa también con el acervo normativo de aplicación, detallado anteriormente, particularmente en lo que atañe a la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y de la situación económica de la infractora, a propósito de la cual la demanda hace valer los beneficios y pérdidas habidos en el período al que se extendió la infracción, soslayando como factor a tener en cuenta el montante de los pagos realizados a la misma durante dicho período por el tráfico recibido en su numeración de tarificación adicional.

QUINTO.- Resolución del recurso contencioso-administrativo. Costas procesales. Medios de impugnación de la sentencia.

1.- En atención a las razones expuestas, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo planteado y confirmar la resolución administrativa objeto del mismo [art. 70.1 LJCA].

2.- Con imposición, a la parte demandante, de las costas procesales causadas en esta instancia [art. 139.1, ídem].

3.- Y frente a esta sentencia puede interponerse **recurso de casación**, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación. En el escrito de preparación deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que presenta [art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional, modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 22 de julio de 2016].

FALLAMOS

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

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad " **OOIGA TELECOMUNICACIONES S.L.**" contra la resolución de la CNMC de fecha 20 de diciembre de 2016 [Expediente Sancionador: SNC/DTSA/002/16/NUMERACION OOIGA], a que aquel se contrae, resolución que confirmamos por encontrarse ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Con imposición, a la parte demandante, de las costas procesales causadas en esta instancia.

TERCERO- Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma **puede prepararse recurso de casación ante esta Sección**, mediante **escrito** en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de presentarse dicho escrito en **el plazo de 30 días** a contar desde el siguiente al de su notificación y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Previamente deberá constituir un depósito por importe de 50 euros que ingresará en la cuenta de esta Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, abierta en BANCO DE SANTANDER número 2856 0000 24, e indicando en los siguientes dígitos el número y año del presente procedimiento. Se aportará el correspondiente resguardo en el momento de su preparación de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. Una vez firme devuélvase el expediente al órgano de procedencia con testimonio de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, de la cual será remitido testimonio, junto con el expediente, a la oficina administrativa de origen, una vez firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.