



Roj: **SAN 973/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:973**

Id Cendoj: **28079230082019100152**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **484/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000484 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05004/2016

**Demandante:** Alai Operador de Telecomunicaciones, S.A.

**Procurador:** D. PABLO SORRIBES CALLE

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a veintiseis de febrero de dos mil diecinueve.

**VISTO** por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **484/2016** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Pablo Sorribes Calle**, en nombre y representación de **Alai Operador de Telecomunicaciones, S.A.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de junio de 2016, que impone sanción de 50.000 euros por incumplimiento de condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los derechos de uso del número corto 11862.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el acto impugnado por no integrar los hechos imputados el tipo infractor, o por ausencia de culpabilidad o vulneración del principio de proporcionalidad, reduciendo significativamente el importe de la sanción.

**SEGUNDO.-** Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.-** Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 13 de febrero de 2019.

**CUARTO.-** La cuantía de este recurso es de 50.000 euros.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La resolución impugnada señala, como resumen de los hechos probados, lo siguiente:

*<<En suma, de toda la información obtenida y analizada durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se constata que desde el número 11862 de Alai:*

*- Se intentaron progresar tres llamadas a un número 806 durante la inspección de julio de 2015 y una llamada en la inspección de diciembre de 2015, numeración atribuida a servicios de tarificación adicional.*

*- Se ofrece el mismo número 806 tanto para servicios de tarot como para servicios eróticos.*

*- Que en todas las llamadas (13 entre las dos inspecciones), a excepción de la tercera llamada de la inspección de diciembre de 2015, se mantiene al usuario en espera. En más de la mitad de las llamadas de comprobación (7 de las 13 llamadas) se dejó al llamante en espera hasta en dos ocasiones, cobrando Alai por la duración total de la llamada.*

*- Que los tiempos que se mantiene al llamante en espera son, en la mayor parte de los casos, tiempos exactos (un minuto o un minuto y cuatro segundos).*

*- El tráfico cursado por el 11862 entre el 3 de febrero y el 26 de noviembre de 2015 tiene las siguientes características irregulares:*

*· La mayoría de las llamadas se dirige a números cortos. · Muchos de esos números cortos no están atribuidos en el PNNT: números de 3 cifras donde N es distinto a 0, números de 5 cifras donde NXY es distinto a 118, números de 6 cifras donde NXY es distinto a 103, 104, 105 o 107, números de 7 y 8 cifras.*

*· Existen aproximadamente un 1 % de llamadas solapadas: es decir, que un número de origen genera una llamada al 11862, encontrándose en curso otra llamada anterior generada por el mismo número también al 11862, expresamente identificadas por Alai.*

*· Aparece sólo una llamada de la inspección llevada a cabo del día 21 de julio de 2015, cuando, tal como consta en el acta de inspección, se realizaron dos llamadas ese día.*

*· La única llamada de inspección que aparece como progresada sería la dirigida hacia un número geográfico de un hotel*

*- En varias ocasiones las llamadas se cortan sin previo aviso, tras haber mantenido al llamante en espera y sin haber prestado el servicio (sin proporcionar el número solicitado por el llamante).*

*- Se ha constatado que el 11862 se publicitaba en Internet como número de atención al cliente de varias empresas prestadoras de servicios al gran público.*

*- En tan sólo una de las llamadas de comprobación, se consigue hablar con el número progresado. En el resto de ocasiones en que se informa de que se progresa la llamada, finalmente la teleoperadora indicó que el número comunicaba, o que 'no lo cogen'.*



- Alai no informa en varias ocasiones de otros números solicitados, como en la tercera y cuarta llamada de la inspección de diciembre de 2015.

- *Por último, ha quedado acreditado en las inspecciones que Alai prestó en algunas ocasiones correctamente el servicio de consulta telefónica al facilitar los números telefónicos a través de los cuales se prestaban servicios de tarot así como servicios hoteleros>>>*

**SEGUNDO.-** El artículo 77.19 LGTel tipifica como infracción grave "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".

La recurrente tenía asignado el número 11862 para el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, en virtud de la solicitud cursada en su día y la decisión favorable de su concesión. Conviene precisar, como punto de partida, que la respuesta favorable de otorgamiento del número corto establece una relación entre Alai y la administración de derecho público, es decir, sujeta a la regulación específica sectorial, por lo que la utilización del recurso de numeración asignado, está sometida a las condiciones que marca el artículo 59 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración. De ello, se deduce que el uso debe ser en las condiciones establecidas en el Plan Nacional y debe hacerse de forma eficiente y con respeto a la normativa aplicable.

En el concreto aspecto de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, la Orden CTE/711/2002, dispone que consiste "en la transmisión y conducción de llamadas desde los accesos a las redes públicas telefónicas hasta los correspondientes centros de atención de llamadas, así como el suministro, a los usuarios del servicio telefónico disponible al público, de información vocal y opcionalmente, de datos, relativa a los números de abonado de este servicio" (artículo Cuarto). Como valor añadido, solo en ciertas condiciones y con limitaciones, puede prestarse el servicio de terminación de llamadas, pero "queda prohibido el servicio de terminación de llamadas a números que hayan sido atribuidos a la prestación de servicios ed tarificación adicional" (artículo Undécimo).

Expuesto lo anterior, no resulta controvertido el intento de progresión de algunas llamadas a números de tarificación adicional. Tal y como afirma la Abogacía del Estado, el recurrente intenta la progresión a números de tarificación adicional y, en todo caso, alarga las llamadas en el intento de dicha progresión (aunque luego no se materialice la misma), lo que implica, en el mejor de los casos, un aumento de la facturación que no tiene justificación. Desde este punto de vista, o bien se realiza o intenta realizar un progreso prohibido de la llamada, o bien se incumple el deber de uso eficiente de los recursos de numeración, con perjuicio económico del usuario. Debemos resaltar, además, que el progreso a un número de tarificación adicional, caso de producirse, puede perjudicar al usuario en cuanto se permite el acceso a dicha numeración especial a través de una llamada a un número 118AB que no permite la desconexión.

Se ha constatado que se ha intentado la progresión de la llamada hasta en cuatro ocasiones, no siendo aceptable que la recurrente intente desligarse de la actuación de sus empleados o se ampare en la defectuosa actuación de estos para negar la tipicidad o culpabilidad de la conducta. Tal y como afirma la resolución recurrida, "no se sanciona por la propia progresión a un número de tarificación adicional sino por el conjunto de hechos comprobados (entre los cuales está intentar progresar a esta numeración prohibida) y no informar correctamente a los usuarios finales de la imposibilidad de conexión con esos servicios, mientras se cobra por el tiempo de espera a un precio elevado. Ello supone un uso incorrecto del número, conducta tipificada que es la que es objeto de sanción". Poco más cabe añadir, a juicio de la Sala, en este concreto aspecto.

En definitiva, lo anterior integra el tipo del artículo 77.19 ya citado, debiendo resaltar la deficiente prestación del servicio que deriva de las esperas y cortes que se han constatado por la inspección. Considera la Sala que la "injustificada y reiterada espera de los usuarios llamantes" sin recibir el servicio a cambio de ello, integra un mal uso del número asignado.

En cuanto a la tipicidad, señala la resolución recurrida que el citado artículo LGTel es desarrollado por el Reglamento de Mercados y por el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), que establece en su apartado 2.3 que "los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan". Se remite, además, la resolución a los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados y al apartado 10.4 del PNNT, así como a la Orden de servicios de consulta.

**TERCERO.-** Por lo demás, la orden de inspección es clara, consistiendo en "la realización desde las dependencias de la CNMC de varias llamadas al número indicado con el objeto de comprobar si se presta



el servicio de consulta sobre números de abonado. Adicionalmente, deberá comprobar si se progresan las llamadas a servicios de tarificación adicional y, en particular, si se progresa a numeración atribuida para la prestación de servicios de tarificación adicional". También se hacía referencia al volcado de páginas Web en las que se anuncie el número inspeccionado". Por tanto, el objeto, finalidad y alcance de las órdenes de inspección, era suficiente para amparar la conclusión que se contiene en la resolución sancionadora objeto de impugnación.

Por otra parte, queda constatado que la recurrente ha acudido a los servicios de alguna página Web, a efectos publicitarios, siendo claro que, aunque no integra la infracción, debe tenerse en cuenta que se hace referencia, sin prueba contraria que lo desmienta, a la existencia de 29 páginas de reclamaciones de usuarios del número 11862 por la alta facturación de sus servicios.

Para finalizar baste resaltar que también queda constatado que los teleoperadores de Alai, no facilitaron en determinados casos números solicitados que eran fácilmente accesibles a través de internet. Tampoco sirve, en este caso, que los citados empleados de la recurrente hayan cometido "errores" de los que pretende exonerarse la recurrente. Por último, aun siendo menor a efectos de la infracción y su tipificación y sanción, se constata que se progresan llamadas a números cortos, algunos de los cuales "no están atribuidos en el PNNT: números de 3 cifras donde N es distinto a 0, números de 5 cifras donde NXY es distinto a 118, números de 6 cifras donde NXY es distinto a 103, 104, 105 ó 107, números de 7 y 8 cifras".

En lo que respecta a la culpabilidad, la recurrente ha mantenido a la espera al llamante en "prácticamente todas las llamadas" sin que se haya prestado el servicio, ha captado llamadas anunciándose en internet como número de atención al cliente de conocidas empresas de servicios, sin conseguir la progresión y, en ocasiones, sin proporcionar el número requerido por el cliente. Dicha culpabilidad deriva sin esfuerzo, toda vez que la empresa ha de responder por la actuación, como propia, de las personas que prestan la función de teleoperador, sin que ello implique una responsabilidad objetiva. Tal y como afirma la Abogacía del Estado, la diligencia exigible al recurrente debería haber impedido las esperas reflejadas, la oferta de progresión a números de tarificación adicional, la vinculación con un número de tarificación adicional, la publicidad de actividades de gestoría a través de un contratista o los excesos sobre el límite de duración de las llamadas.

En cuanto al principio de proporcionalidad, como indicábamos en nuestras sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006 ) 7 de diciembre de 2011 ( Recurso de Apelación 83/2011) de 12 de Julio de 2013 ( Recurso de Apelación 16/13 ) y de 22 de abril de 2016, recurso 44/2014 , entre otras muchas, el principio de proporcionalidad comporta que cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en términos legales, que exista "una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada ( artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ), garantía de dosimetría punitiva que responda, en palabras de la mejor dogmática, "perfectamente a las exigencias de justicia", con acomodación a los hechos cometidos y sus circunstancias (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1996 ). "Y es que, atendido ese criterio general, la proporcionalidad se cumple en el supuesto de hecho que nos ocupa, en el que la sanción, tanto si se opta por la división de toda la extensión en tres tramos o grados ideales (inspirándose en el régimen jurídico de las penas del Código Penal anterior) o en su mitad inferior (bajo el prisma de la ley penal sustantiva vigente), .....la Administración ha impuesto la sanción en el margen inferior ("mitad inferior", si se opta por la terminología del artículo 66 del Código Penal de 1995 ), de todo el previsto para las infracciones graves..... al acomodarse a Derecho la sanción impuesta. Así lo hemos sostenido entre otras muchas, en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015, recurso 134/2013 y en la sentencia de 20 de enero de 2017, recurso AP 61/2016" ( SAN 17 enero 2018, recurso de apelación 44/2017 ).

A estos efectos la resolución impugnada se refiere a los artículos 80 LGTel y 131 LRJPAC, señalando que no ha sido posible determinar el beneficio bruto y que se dispone del importe de los ingresos de la recurrente en el mes de julio de 2015, imponiendo sanción en cuantía de 50.000 euros. El importe de la sanción está determinado en la LGTel en el artículo 79.1.c), estableciéndose el límite de dos millones de euros. Por ello, no es posible apreciar falta de proporcionalidad. El hecho de que existan otras empresas con sanciones menores a la que nos ocupa no implica, en forma alguna, vulneración del principio de igualdad, ni forma alguna de trato diferenciado, que no sería factible ante la cuantía de la presente sanción.

**CUARTO.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**



**PRIMERO.- Desestimar** el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Pablo Sorribes Calle** , en nombre y representación de **Alai Operador de Telecomunicaciones, S.A.** , contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de junio de 2016, que impone sanción de 50.000 euros por incumplimiento de condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los derechos de uso del número corto 11862, por ser ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción , justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDO