



Roj: **SAN 4624/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4624**

Id Cendoj: **28079230082017100485**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **02/11/2017**

Nº de Recurso: **465/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000465 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04534/2016

Demandante: MICAMOSA MON DE SERVEI, S.L. UNIPERSONAL

Procurador: DOÑA VERÓNICA GARCÍA SIMAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ (Ponente)

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dos de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **465/2016**, promovido por la Procuradora de los Tribunales **doña Verónica García Simal**, en nombre y representación de **Micamosa Mon de Servei, S.L. Unipersonal**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de junio de 2016, sobre sanción.

Ha comparecido la Abogacía del Estado en la representación que legalmente le corresponde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de junio de 2016, en expediente incoado por presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y



el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, se acuerda:

Primero.- Declarar responsable directa a la entidad Micamosa Mon de Servei, SLU, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso del número corto 11865 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Segundo.- Imponer a la Entidad Micamosa Mon de Servei, SLU, una sanción por importe de 10.000 euros.

Frente a dicha resolución la representación procesal de Micamosa Mon de Servei, S.L., Unipersonal, interpuso recurso contencioso-administrativo.

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, en el que termina solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que "se anule y deje sin efecto el acto impugnado y se condene a la Administración a la devolución de las cantidades pagadas".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía 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 que "desestime el recurso; con imposición de costas a la parte contraria".

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 18 de octubre de 2017.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de junio de 2016 por la que se impone a Micamosa Mon de Servei, SLU, una sanción por importe de 10.000 euros según los términos que han quedado expuestos.

SEGUNDO.- La representación procesal de Micamosa Mon de Servei, SLU, plantea que en ningún momento ha incurrido en la conducta descrita en el artículo 77.19 LGTel. Este precepto, señala, es sumamente general y ambiguo hasta el punto en que sería imposible determinar qué conductas encajan en el mismo, y añade que el artículo 10.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica, al que hace referencia el precepto, indica que los números 118 se utilizarán para "servicios de información sobre números de abonado", utilización que realizó la actora, sin que la Comisión haya aportado en ningún momento prueba alguna de que se haya denegado o dejado de prestar tal servicio. Así, dice, todas las veces que los usuarios recurrieron a la numeración 11865 y solicitaron el citado servicio de información, la empresa prestó el servicio cumpliendo la función prevista en el apartado 10.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica.

Indica que las tres grabaciones correspondientes a los días 17, 21 y 22 de julio de 2015 permiten constatar que en todas ellas se prestó el servicio de información, si bien la actora ya admitió que en la grabación del 17 de julio de 2015, además de prestar el servicio de información, progresó a una numeración 806, siendo esta la única llamada en que podría apreciarse una irregularidad, pues respecto de las otras dos grabaciones la propia Comisión admite que "no se imputa infracción alguna". Esta anomalía es excepcional y anecdótica, sin que pueda apreciarse un incumplimiento generalizado. Finalmente considera que no puede apreciarse en la recurrente una conducta dolosa.

La Abogacía del Estado se opone al recurso formulando las siguientes alegaciones: a) la recurrente ha cometido la infracción prevista en el artículo 77.19 LGTel, consistente en utilizar el número asignado para un fin distinto al especificado en la solicitud de asignación y en la normativa reguladora de ese tipo de numeración, singularmente artículo 19 LGTel y apartados 2.3 y 10.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica, junto con los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados así como la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo; b) la



progresión de llamadas queda prohibida cuando se quiera realizar hacia numeración atribuida para servicios de tarificación adicional; c) la normativa establece claramente que los números cortos 118 están destinados para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonados, y si bien los operadores podrán proporcionar información sobre otros recursos identificativos de los abonados y prestar ciertas facilidades sobre estos números, deben estar habilitados para la prestación del servicio telefónico disponible al público, y siempre salvo la de progresar llamadas a numeración atribuida a servicios de tarificación adicional definidos en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero; d) en el expediente existe prueba plena sobre la comisión de la infracción, sin que de contrario se niegue que existe una llamada en la que se progresa a un número de tarificación adicional; e) ha quedado acreditada la culpabilidad de la actora, pues la progresión desde un número corto a un número de tarificación adicional ha de cometerse necesariamente con conocimiento y voluntad, y no puede cometerse ni siquiera con simple inobservancia.

TERCERO.- Ex artículo 77.19 LGTel, "Se consideran infracciones graves "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".

Por otra parte, la Orden IET/1262/2013, de 26 de junio, por la que se modifica la Orden CTE/711/2002 sobre condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, señala en el apartado undécimo que: "El servicio de consulta telefónica sobre números de abonado podrá incorporar facilidades que aporten un mayor valor añadido al servicio. Cuando se preste el servicio de terminación de llamadas, entendida ésta como la conexión telefónica entre los extremos llamante y llamado, el prestador deberá cumplir todos los siguientes requisitos y condiciones: a) estar habilitado para la prestación del servicio telefónico disponible al público, conforme a la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo; b) garantizar que la información sobre identificación de línea llamante transite de forma transparente de extremo a extremo; c) con carácter previo a la terminación de la llamada, el prestador deberá informar, bien verbalmente por la persona que atienda al usuario o bien mediante la inserción de una nueva locución, del precio de la llamada, ya sea fijo o variable por tiempo (por minuto, por segundo, entre otras). En la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, queda prohibido el servicio de terminación de llamadas a números que hayan sido atribuidos a la prestación de servicios de tarificación adicional".

Finalmente el Real Decreto 2296/04, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, establece en su artículo 59 que

"La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:

"a) Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo.

"b) Los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, salvo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice expresamente una modificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.

CUARTO.- De la Resolución de 23 de junio de 2016 interesa destacar los siguientes extremos:

"Mediante escritos de 17 de julio y 14 de agosto de 2014, Telefónica de España, SAU y Telefónica Móviles España, SAU denunciaron ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un presunto uso indebido de varios números del rango de numeración 118AB, entre los cuales se encontraba el número 11865, ya que los proveedores del servicio de información estarían progresando indebidamente las llamadas hacia servicios de tarificación adicional;

"Mediante Orden de inspección de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC de 22 de octubre de 2014 se acordó practicar una inspección telefónica al número 11865 -asignado a la entidad Micamosa Mon de Servei, SLU con objeto de comprobar qué servicio se prestaba a través del mismo, y si las llamadas eran progresadas y hacia qué tipo de numeración;

"En julio de 2015, Micamosa progresó una llamada desde el número corto 11865 a un número telefónico atribuido a tarificación adicional, sin ajustarse a las condiciones establecidas para dicha numeración (servicio de consulta telefónica sobre números de abonados). Inspección realizada en julio de 2015;

"De la inspección que tuvo lugar los días 20, 21 y 22 de julio de 2015, en la que se efectuaron un total de tres llamadas al número 11865, se constata que en una de las mismas, tras escuchar la locución en la que se informa del precio de la llamada -pero no de la denominación del prestador del servicio-, y tras solicitar un número telefónico concreto a través del cual se prestan servicios de tarot, la operadora facilita un número 806



de tarificación adicional atribuido a este tipo de servicios y progresa la llamada al citado número, a petición expresa del Inspector;

"Así consta expresamente en el Acta de inspección de 31 de julio de 2015: `Tras escuchar varios tonos, ésta es atendida por un operador telefónico al que la Inspectora solicita el número de teléfono de la vidente AO, contestando el operador lo siguiente:

"`Eso por la tarde mi alma. Yo no lo tengo. Es de ella. Acto seguido, la Inspectora solicita el número de teléfono de alguna de sus compañeras y el operador pregunta `¿pero el número de teléfono propio?;

"La Inspectora señala que está interesada en consultar el servicio de tarot por recomendación de una amiga y que se ha informado en una página web. A este respecto, el operador telefónica indica `sí pero tienes que llamar a la empresa esa de la página web no a su número propio. La Inspectora indica el nombre de la empresa `ER y el operador telefónico dice: "Ah! 806.... Ella está desde las siete sino me equivoco desde las 8 de la tarde hacia delante. Acto seguido, la Inspectora pregunta si le puede pasar con RG y el operador contesta `RG a partir de las 3 del mediodía. Tras escuchar esa respuesta la Inspectora pregunta si hay alguna vidente disponible en ese momento, contestando el operador `Te paso con MV. Venga, ¿de dónde me llamas?. La Inspectora escucha una melodía mientras la llamada es transferida al servicio de tarot `ER y confirma que la llamada es atendida por la vidente M;

"La inspectora finaliza la conversación y da por finalizada la llamada;

"En la segunda llamada efectuada por el inspector el día 21 de julio de 2015 se observa que tras solicitar el número telefónico de un restaurante ubicado en Barcelona -que se da al inspector llamante-, la teleoperadora de forma paralela mantiene una conversación con un tercero en la que ambos debaten acerca de la prestación de los servicios de tarot. Se transcribe parte de la conversación contenida en la citada Acta:

"La llamada es atendida con la siguiente locución automática que informa del prestador del servicio y el precio de la llamada en los siguientes términos: `11865 Información telefónica. El coste de este servicio desde la red fija de Movistar, dos euros con seis céntimos de establecimiento y tres céntimos por segundo. Otros operadores consultar;

"Tras escuchar varios tonos, ésta es atendida por una operadora telefónica a la que la Inspectora solicita el número de teléfono del restaurante `XX de Barcelona;

"Durante la espera, la Inspectora escucha de fondo lo siguiente hasta que se pone música de espera: `... yo creo que esta chica del tarot es como si fuera... el terreno, te está marcando mucho terreno.... Es como si ella quisiera hacer que manda, la que mando.... Hace lo que le da la gana en el trabajo...Claro pero tú la....ya varias veces, a que sí? Bueno ahora mismo no tenemos comunicación..... hablar con ella;

"Finalmente, `la operadora telefónica facilita el número de teléfono del restaurante solicitado, siendo el 93... Acto seguido, la operadora telefónica da por finalizada la llamada;

"En la tercera llamada efectuada el día 22 de julio de 2015, se observa que tras solicitar el Inspector un número de teléfono de Multicontacto y solicitar que se transfiera la llamada, la operadora deniega dicha petición amparándose en que no puede pasarle -pese a ser un número geográfico-. Se procede a transcribir parte de la conversación contenida en la citada Acta:

"La llamada es atendida por un operador telefónico al que el Inspector solicita un número de teléfono de servicios de adultos y el operador telefónico contesta: `Servicios de adultos ¿ de qué clase? Porque yo pongo aquí número de teléfono de servicios de adultos y ¿me va a salir?;

"El Inspector concreta que es para conocer a chicas y el operador telefónico contesta: `Ehhh... Pues no sé gente así por esos contactos. Es que aquí me tienes que especificar el nombre de una empresa, de una aplicación, de algo de eso. Es que me sale, tú sabes, como si tú pones en google como puedo conocer chicas, como el truco para conocer chicas no sé qué, no sé cuántos. (...) Ya tú me dices, mira, yo quiero el número de teléfono de esta empresa que te pone en contacto con mujeres y yo te doy el número de teléfono de esa empresa;

"El Inspector muestra su conformidad y solicita el número de teléfono de la empresa `Multicontacto. El operador telefónico indica: `Multicontacto. Contacto con chicas y mujeres morbosas que desean placer, ese es, ¿no? Multicontacto.com, ¿no? 91...;

"Acto seguido, el Inspector solicita si le pueden pasar directamente con dicho número de teléfono y el operador contesta: `No te puedo pasar directamente. Yo no te puedo pasar. Tienes que llamar a ese número 91.... Venga. Gracias;

"Por otro lado, durante la inspección de 17 de julio de 2015, los inspectores tras consultar en el buscador web, <http://www.google.es> obtuvieron la siguiente información:

"11865 servicios de tarot, localizando los siguientes enlaces web:

"[http:// www.exitoradio.es/index.php/template-preset-styles](http://www.exitoradio.es/index.php/template-preset-styles)

"[http://www.astrovisión.es/ index.php](http://www.astrovisión.es/index.php)

"En el primer enlace se puede leer: `Éxito radio-11865`, >11865;

"Y en el segundo enlace se puede leer: `Tú teléfono de información pide que te pongan con nosotros y `11865 Nuestras líneas;

QUINTO.- No cabe acoger el argumento exculpatario de la supuesta falta de tipicidad del supuesto incumplimiento -utilización del número asignado para un fin distinto al especificado en la solicitud de asignación y en la normativa reguladora de ese tipo de numeración-, pues consta en la resolución impugnada que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el ejercicio de estas competencias, "asignó a Micamosa el número corto 11865 para la prestación de servicios de consulta telefónica sobre números de abonados" y que "Micamosa debía utilizar esta numeración respetando las condiciones determinantes de su atribución y el otorgamiento de los derechos de uso previstas en los artículos 38 y 59 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración" -Real Decreto 2296/2004 .

Consta asimismo que en el registro de Numeración que la numeración corta 11865 fue asignada a Micamosa el día 16 de marzo de 2011, sin que conste en las actuaciones que la entidad recurrente impugnase dicha asignación, evidenciando su convicción de que no venía obligada a su cumplimiento.

Conforme a cuanto antecede la Sala no puede compartir las alegaciones del recurrente y estima que las actuaciones practicadas -Acta de inspección de 31 de julio de 2015, reflejada en la resolución impugnada- evidencian el progreso a un número de tarificación adicional -llamada realizada el 20 de julio de 2015, servicio de tarot.

El Acta de inspección, además de la identificación de los inspectores actuantes, consigna el objeto de la inspección, realizada en cumplimiento de la Orden de inspección de 17 de julio de 2015, las incidencias detectadas durante las diligencias de inspección y el resultado de la actuación inspectora, concretando que "la inspección se realiza, en la sede de Barcelona de la CNMC, a la entidad Micamosa Mon de Servei, S.L., asignataria del número 11865 para comprobar si presta el servicio de consulta sobre números de abonado, si se progresan las llamadas a servicios de tarificación adicional y si se progresa a numeración atribuida para la prestación de servicios de tarificación adicional".

Siendo esto así, la Sala comparte las apreciaciones que a este respecto se hacen en la resolución impugnada en cuanto que "... de las llamadas efectuadas durante la inspección se acredita que en una de las mismas la operadora termina la llamada en un número atribuido a tarificación adicional -806X-", cuestión por lo demás admitida en la demanda no obstante señalar que se trata de "una anomalía excepcional y anecdótica".

La Sala estima que la recurrente ha incumplido las condiciones determinantes del número asignado al haberlo utilizado para usos y servicios distintos, infringiéndose así el artículo 77.19 LGTel.

SEXTO.- En el presente caso la conducta sancionada ha consistido en que el número asignado para la prestación de servicios de consulta sobre números de abonado, se ha utilizado para la prestación de servicios de tarot/adultos, lo que supone en definitiva uso indebido distinto del autorizado, incumplándose por tanto las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

El parecer de la Sala es que la recurrente ha incumplido voluntariamente la normativa reguladora, según los términos expuestos -incumplimiento de las condiciones de adjudicación-, puesto que conocía sobradamente los márgenes existentes en el ámbito que nos ocupa, lo que supone una conducta antijurídica que le es imputable, pues tratándose de una empresa que opera en el mercado de las comunicaciones electrónicas, viene obligada a conocer sus obligaciones así como los derechos de los usuarios, y el desconocimiento de tales obligaciones no puede desplegar efectos eximentes, ni siquiera atenuantes de su responsabilidad, pues lo que evidencia es una incorrecta y cuando menos negligente actuación, máxime cuando la obligación incumplida viene impuesta por una disposición general, debidamente publicada.

Por lo demás, la Administración, teniendo en cuenta la existencia de una única llamada, adecúa el importe de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad. Sobre este extremo los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de la resolución concretan detalladamente los criterios legales para la graduación de la sanción y su aplicación al presente supuesto.



Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

SÉPTIMO.- Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Micamosa Mon de Servei, S.L. Unipersonal**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de junio de 2016, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Las costas se imponen a la parte recurrente.

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 CENSOJ