



Roj: **SAN 585/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:585**

Id Cendoj: **28079230082018100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/02/2018**

Nº de Recurso: **75/2016**

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: 0000075 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00502/2016

Demandante: GRUPO RE VIDEO, S.L., Y AVP PORRIÑO, S.L.

Procurador: DOÑA MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

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

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a nueve de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **75/2016**, promovido por la Procuradora de los Tribunales **doña María Isabel Campillo García**, en nombre y representación de **Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L.**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 24 de noviembre de 2015, sobre sanción.

Ha comparecido Administración demandada representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia dictó resolución en cuya parte dispositiva acuerda:

"Primero.- Declarar responsables directos a Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L., de la comisión de sendas infracciones muy graves tipificadas en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas sin presentar previamente ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la citada Ley.

Segundo.- Imponer a Grupo RE Video, S.L., y a AVP Porriño, S.L. las siguientes sanciones económicas por la comisión de las infracciones señaladas en el Resuelve Primero: sanción económica de 1000 euros a la entidad Grupo RE Video, S.L., y sanción económica de 1000 euros a la entidad AVP Porriño, S.L.

Tercero.- Declarar responsables directos a Grupo RE Video, S.L., y a AVP Porriño, S.L. de la comisión de sendas infracciones muy graves tipificadas en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la prestación de sus servicios sin cumplir las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT de fechas 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011, sobre las modificaciones de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles.

Cuarto.- Imponer a Grupo RE Video, S.L., y a AVP Porriño, S.L., las siguientes sanciones económicas por la comisión de las infracciones señaladas en el Resuelve Tercero: sanción económica de 5000 euros a la entidad Grupo RE Video, S.L., y sanción económica de 5000 euros a la entidad AVP Porriño, S.L.

Quinto.- De conformidad con el artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y 80.2 la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, se requiere a Grupo RE Video, S.L., y a AVP Porriño, S.L., para que, en un plazo de 15 días desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, presenten su declaración de ingresos brutos obtenidos por derivados de la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas correspondientes a los ejercicios de 2010 a 2014, durante los cuales realizaron dichas actividades, en los términos previstos en el Anexo I de la Ley General de Telecomunicaciones.

Frente a dicha resolución la representación procesal de Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L., 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 de la Sala que dicte sentencia "en virtud de la cual se deje sin efecto la resolución del procedimiento sancionador de 24 de noviembre de 2015 incoada a las recurrentes por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de las comunicaciones electrónicas y que se concretan en la demanda por importe de 6000 euros a cada una de ellas; con expresa imposición de costas".

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 dicte sentencia por la que se "desestime el recurso con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

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 17 de enero de 2018.

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 Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 24 de noviembre de 2015 por la que declara responsables directos a Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L., de la comisión de sendas infracciones muy graves tipificadas en los artículos 53.t) de la Ley 32/2003 y 76.12 de la Ley 9/2014 según los términos que han sido expuestos.



SEGUNDO.- Tras exégesis de los hechos la representación procesal de Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L., alega que estas entidades nunca han tenido la condición de operador de telecomunicaciones sino de simples revendedoras de productos de Telefónica que no pueden desplegar redes.

Añade que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia incurre en error al considerar a las entidades recurrentes operadores de servicios de telecomunicaciones, señalando a estos efectos, con invocación del artículo 6 LGTel, que conforme a los contratos suscritos con Telefónica nunca han explotado red alguna, cuestión que corresponde a ese operador, no habiendo sido sino meras revendedoras/intermediadoras de Telefónica; en otro caso hubiera sido precisa la inscripción en el Registro de Operadores.

Indica seguidamente que en todo caso es el primer expediente sancionador en el que se encuentran incursas y que deberían moderarse las sanciones impuestas -artículos 56.1.b) y 56.2 LGTel.

Alega por otra parte que no puede imputárseles sanción alguna por incumplimiento de los protocolos de portabilidad al existir falta de tipicidad de la conducta sancionada. Señala que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es conocedora de los contratos de venta de productos y prestación de servicios a los integradores de tecnologías de la información móvil celebrados por Telefónica con terceros, entre los que se encuentran las entidades actoras, situación largo tiempo considerada incierta por la Comisión, y que solo a partir de septiembre de 2015 se ha declarado existente la obligación de los llamados integradores a participar directamente en los procesos de portabilidad, equiparándolos con operadores de móviles virtuales prestadores de servicios, cuando las actoras no lo son, además de haber dejado de operar como integradores pues cuando la Comisión declaró esta obligación se dedicaban a la distribución comercial de telefonía de diversos operadores en régimen de agencia comercial. Así, ni el 1 de agosto de 2010, fecha de inicio de la conducta sancionada, ni el 1 de junio de 2010, fecha del contrato con Telefónica, existía el criterio que ahora se aplica, no pudiendo achacarse a las recurrentes negligencia o ignorancia. Señala finalmente que la conducta imputada es atípica y carece de amparo legal.

La Abogacía del Estado tras concretar el objeto del litigio y las pretensiones de la recurrente se opone al recurso formulando las siguientes alegaciones: a) la parte actora no solicita la nulidad de la resolución recurrida sino la moderación de las sanciones impuestas; b) los hechos probados que se contienen en la resolución impugnada no ha sido rebatidos ni cuestionados; c) la calificación de las recurrentes como operadores móviles virtuales resulta incuestionable; d) correcta tipificación de la conducta consistente en la prestación de servicios sin cumplir las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

TERCERO.- Ex artículo 6.2 LGTel -Ley 9/2014 - "Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, comunicarlo previamente al Registro de operadores en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Sin perjuicio de lo dispuesto para los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas en el artículo 7, quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación".

Según se extrae de la resolución impugnada, con referencia a los contratos suscritos con Telefónica, las entidades recurrentes "actúan como integrador oficial de Movistar autorizado por Telefónica de España, SAU, para prestar sus servicios, de forma que es el integrador y no TME quien ofrece sus servicios a los clientes bajo las condiciones previstas en los contratos minoristas".

En este contexto, de la resolución impugnada interesa destacar los siguientes extremos:

"Del examen de la documentación obrante en el presente procedimiento y teniendo en cuenta los acuerdos entre TME y Revideo referentes expresamente a la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas y la falta de notificación fehaciente al Registro de Operadores por parte tanto de Revideo como de AVP Porriño 3, se considera suficientemente probado que, desde el 22 de diciembre de 2010 hasta el 17 de septiembre de 2014, Revideo y AVP Porriño prestaron el servicio de comunicaciones electrónicas de `operador móvil virtual prestador de servicio, consistente en la reventa del servicio telefónico móvil disponible al público y la provisión de la conexión de datos de acceso a Internet, sin haber realizado la comunicación previa preceptiva ante el Registro de Operadores de conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel de 2003 y el artículo 6.2 de la LGTel vigente;

"La consulta realizada en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas revela que las entidades Revideo y AVP Porriño nunca han constado inscritas en el citado Registro para la realización de actividades de comunicaciones electrónicas;

"El contrato suscrito entre TME y las entidades Revideo y AVP Porriño para la `venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información para su reventa tenía por objeto permitir a las



segundas revender a terceros el servicio telefónico móvil y la conexión de datos a Internet provisionados por TME. En otras palabras, en virtud del acuerdo entre Revideo y AVP Porriño con TME, dichas entidades actuaban como clientes mayoristas de TME para poder ofrecer en el mercado minorista los servicios telefónicos móviles -de voz y datos- objeto del contrato;

"En concreto, tanto Revideo como AVP Porriño prestaron sus servicios a terceros como `integradores oficiales Movistar, de forma que cuando el cliente suscribía un contrato con cualquiera de estas dos entidades, les cedía la titularidad de sus líneas telefónicas a cambio de beneficiarse de las tarifas propias y condiciones económicas relativas al servicio telefónico móvil ofrecido por el integrador;

"De este modo, los contratos de Revideo y AVP Porriño con sus clientes establecían expresamente el cambio de la titularidad de las líneas telefónicas móviles procedentes del cliente en favor de Revideo o AVP Porriño, de forma que no se establecía ningún vínculo contractual entre el cliente de cualquiera de las dos entidades y TME sino que Revideo y AVP Porriño eran quienes figuraban como titulares de la línea ante TME y, a su vez, los que revendían a ese mismo cliente el uso de dichas líneas y se encargaban de la facturación de los servicios;

"En conclusión, Revideo y AVP Porriño actuaron como revendedores de servicios de comunicaciones electrónicas -también denominados OMV prestador de servicio- sin estar inscritos en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de esta Comisión y tenían la obligación de realizar la notificación previa al inicio de la actividad a la que se refiere el artículo 6 de la LGTel.

La Sala conviene con la Abogacía del Estado en que la parte recurrente, si bien alega que nunca ha explotado red alguna y que la relación que les vinculaba con Telefónica es más cercana al derecho privado que al derecho regulatorio que sirve de base a las sanciones, lo cierto es que no cuestiona en lo esencial la resolución administrativa que les impone sendas sanciones por incumplimiento del referido precepto, razonando en lo esencial acerca de la moderación de la sanción impuesta.

Conforme a cuanto antecede la alegación propuesta no puede prosperar.

CUARTO.- En lo atinente a las sanciones impuestas por incumplimiento de las especificaciones técnicas de portabilidad móvil, el artículo 76.12 de la Ley 9/2014 tipifica como infracción muy grave "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, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

Conforme a este precepto se declara a Grupo RE Video, S.L., y a AVP Porriño, S.L., responsables directos de la comisión de sendas infracciones por

"la prestación de sus servicios sin cumplir las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT de fechas 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011, sobre las modificaciones de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles".

La Sala no puede compartir el criterio de las recurrentes a este respecto, más atrás expuesto, pues la conducta descrita en la resolución cuestionada no infringe el principio de tipicidad, teniendo en cuenta que los procedimientos administrativos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil son de directa aplicación a los operadores y que el apartado 4, referente a las definiciones, describe al operador donante como el "operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad". De ahí que la Comisión considere que Revideo y AVP Porriño son los operadores donantes al revender los servicios de TME.

En efecto, destaca la resolución impugnada tras examen de la documentación aportada, que "según el modelo acordado entre Revideo y AVP por una parte y TME por la otra, las solicitudes de portabilidad a terceros operadores se realizaron mediante un procedimiento al margen de las Especificaciones Técnicas, al ser TME, y no el operador receptor, quien se encargaba de su gestión", describiendo seguidamente el procedimiento utilizado en los siguientes términos:

"El cliente comunicaba al revendedor, Revideo o AVP Porriño en cada caso, su intención de portarse de modo que consiga gestionar la devolución de la línea (cambiar el CIF del revendedor por el NIF del cliente);

"Revideo y AVP remitían al cliente un formulario de solicitud para realizar el cambio de titularidad de la línea telefónica. Dicha solicitud se dirigiría a TME indicando como antiguo titular de la línea a Revideo o AVP Porriño y, como nuevo titular, al cliente interesado en la portabilidad;



"Una vez realizado el cambio de titular de la línea, ésta pasaba a figurar a nombre del cliente ante TME, para que ejerciese de operador donante;

"Finalmente, la solicitud de portabilidad debía ser aceptada o rechazada por TME en lugar de por el revendedor, Revideo o AVP Porriño, por lo que ambos deberían acordar previamente el modo de validar los datos confidenciales de los abonados;

"Dado que Revideo y AVP Porriño no se constituyeron como operador ni se dieron de alta en el Nodo Central de la Portabilidad Móvil, estas empresas no contribuían a los costes de mantenimiento de dicho Nodo central.

Conforme a estos hechos, que si bien son cuestionados por las interesadas, no han quedado rebatidos, el parecer de la Sala es que la conducta sancionada tiene pleno encaje en el apartado 12 del artículo 76 LGTel.

A estos efectos de la resolución impugnada interesa destacar los siguientes extremos:

"Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas -Resoluciones de 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011-, se describe al operador donante como "el operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en la modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad"; así, Revideo y AVP Porriño serían operadores donantes al revender los servicios de TME;

"Si un usuario de un OMV prestador de servicio -como es el caso- quisiera cambiarse de operador, el apartado 7.2 de las Especificaciones determina que el operador donante debe validar los datos del usuario que se cambia de operador con el objeto de conformar o rechazar la solicitud de portabilidad;

"El procedimiento adoptado por Revideo y AVP Porriño es contrario al establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil y, además, se aparta de la máxima de que el cliente se tenga que poner únicamente en contacto con el operador receptor al objeto de evitar prácticas abusivas de retención de clientes;

"En el modelo acordado entre Revideo y AVP Porriño siempre es necesario el conocimiento previo del revendedor y de TME, dado que si el usuario intenta portarse sin comunicar su intención de cambiar de operador, dicha solicitud sería rechazada por TME al no coincidirle el NIF del cliente con el asignado al número telefónico que se pretende portar;

"... Revideo y AVP Porriño habrían tenido que asociarse a la AOPM, darse de alta en el Nodo Central de portabilidad y contribuir a los costes fijados por la AOPM para el desarrollo, mantenimiento y supervisión del Nodo Central, siguiendo los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas para gestionar la portabilidad de sus usuarios que quisieran cambiar de operador con conservación de numeración.

Conforme a cuanto antecede la Sala no puede acoger las alegaciones de las recurrentes, pues sin perjuicio de lo que la Administración haya podido acordar en relación con anteriores expedientes, referentes a distintas entidades, lo cierto es que las Especificaciones Técnicas datan de 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011.

En cualquier caso la Sala no advierte que en el curso del expediente administrativo se haya ocasionado indefensión a las interesadas, pues si bien el expediente fue incoado inicialmente por haber prestado las entidades Revideo y AVP, "por lo menos desde el día 22 de diciembre de 2010 hasta el 17 de septiembre de 2014, servicios de comunicaciones electrónicas como operador móvil virtual prestador de servicio sin haber comunicado previamente dicha actividad al Registro de Operadores", en el curso del procedimiento se comprobó, en función de la documentación y actuaciones practicadas, y así consta en la Propuesta de Resolución, que "dado que las portabilidades solicitadas por los clientes de Revideo y AVP no seguían el procedimiento establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil⁵, ni las empresas contribuían a los costes del Nodo Central de la portabilidad, se considera probado que ambas entidades han incurrido en un incumplimiento de los requisitos para la portabilidad establecidos en las Resoluciones de la CMT de fechas 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011, sobre las respectivas modificaciones de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles".

Ex artículo 16.3 del Real Decreto 1398/93, "Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución". Consta en el expediente administrativo el preceptivo trámite de audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1 Del referido Real Decreto, evacuado por escrito de alegaciones remitido a la Comisión con fecha 18 de noviembre de 2015, en el que las interesadas solicitan "se califique las conductas imputadas a Grupo Revideo, S.L., y AVP Porriño, S.L. como conductas imputadas a una sola unidad administrativa y de gestión, y que en su virtud, se sancione por esta comisión solamente a Grupo RE Video, S.L., en los siguientes términos (infracción de los artículos 53.t) de la Ley 32/2003 y 76.12 de la Ley 9/2014), por ser el ente que aglutinó todas las acciones referidas a las conductas imputadas...".



QUINTO.- Finalmente, en lo que respecta a la graduación de las sanciones, como reclaman las actoras -"se encuentran en la necesidad de señalar la no reincidencia en materia de sanciones administrativas, pues este es el primer expediente sancionador que se les incoa", interesando la moderación de las sanciones en el mínimo legalmente establecido en la LGTel-, la Sala estima que en el presente caso la resolución cuestionada, tras examen de las circunstancias concurrentes acerca de la culpabilidad en la comisión de las infracciones, efectúa un detenido análisis de los criterios de graduación tenidos en cuenta, valorando al efecto la repercusión social de la infracción, el daño causado y su reparación, además de la situación económica de los interesados y los límites aplicables en la cuantificación y determinación de las sanciones, ponderando las circunstancias concurrentes, a efectos de determinar las sanciones a imponer con arreglo a los preceptos de la LGTel.

La Sala estima por lo tanto que las sanciones impuestas están debidamente justificadas y resultan proporcionadas en relación con las circunstancias que se acreditan en el expediente y en autos, teniendo en cuenta que se trata de entidades que no consta que hayan sido sancionadas con anterioridad, su situación económica, la escasa repercusión social de la infracción, el escaso daño causado y el cese de la actividad objeto de sanción.

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

SEXTO. - Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRJCA .

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Grupo RE Video, S.L., y AVP Porriño, S.L.** , contra la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 24 de noviembre de 2015, 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.