



Roj: **SAN 3894/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3894**

Id Cendoj: **28079230082016100471**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **10/10/2016**

Nº de Recurso: **446/2015**

Nº de Resolución: **512/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000446 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05693/2015

Demandante: NEXT TOUCH TELECOM, S.L.

Procurador: DOÑA SANDRA CILLA DÍAZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diez de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **446/2015**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA SANDRA CILLA DÍAZ**, en nombre y representación de **NEXT TOUCH TELECOM, S.L**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de fecha 18 de junio de 2015, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2015, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha 26 de octubre de 2015, y con reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora ratificó la demanda, mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 17 de mayo de 2016, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 5 de octubre de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la entidad "NEXT TOUCH TELECOM, S.L." se impugna resolución de la CNMC, de fecha 18 de junio de 2015, en la que se le declaró responsable directa 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 la adjudicación y asignación del número corto 11864 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, con imposición de una sanción de 280.000 euros.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que la infracción no ha existido, no habiendo prueba al efecto y, en todo caso, siendo responsabilidad de otra empresa; en que las actuaciones administrativas son nulas, habiendo generado indefensión, por cuanto las llamadas de comprobación de la Instrucción constituyeron grabaciones ilícitas; en que no ha existido dolo; en que no hay proporcionalidad en la sanción; en que la Administración ha hecho inadecuada aplicación del artículo 20.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora; y en que, finalmente, se ha generado indefensión.

SEGUNDO.- Los hechos depurados se contienen en el Hecho Probado Único de la resolución:

<<ÚNICO.- Next Touch prestó servicios para adultos a través del número corto 11864, sin ajustarse a las condiciones asociadas a este tipo de numeración.

Según consta de las actuaciones realizadas y de los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta, principalmente, de las dos inspecciones llevadas a cabo por el personal inspector de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, en cumplimiento de las Órdenes de inspección de fechas 7 de mayo de 2014 (núm. 4.3 y 4.4 y 8 de agosto de 2014 (núm. 10 Y 12). Las comprobaciones llevadas a cabo en las inspecciones coinciden con lo indicado en la denuncia presentada por Orange con fecha 10 de marzo de 2014 (núm. 4.2).

Concretamente, la denuncia formulada por Orange pone de relieve una práctica consistente en la realización de llamadas masivas de corta duración desde líneas identificadas con un número móvil a abonados de Orange, con el fin de incitarles a que devuelvan las llamadas y contacten con el número corto 11864. Dicha práctica (llamadas realizadas desde la numeración móvil) fue detectada por Orange el día 18 de enero de 2014 y, finalmente, la interconexión hacia esa numeración fue suspendida y este hecho comunicado por Orange a la CNMC con fecha 10 de marzo de 2014, de conformidad con la Resolución que aprueba el procedimiento común a TME, Vodafone, Orange y Telefónica para que suspendan de forma temporal la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas originadas desde cualquier línea origen hacia cualquier numeración destino del Plan Nacional de numeración telefónica (en adelante, PNNT), cuando se detecte tráfico irregular.

Junto con la denuncia, Orange aporta un fichero que data de 7 de marzo de 2014 y consiste en una grabación de una llamada efectuada por un usuario al 11864. En la grabación se observa cómo desde el número 11864 se informa de forma muy rápida del nombre del operador Next Touch, así como del coste de la llamada. A continuación, contesta la operadora y el usuario le indica que ha » recibido un mensaje de " Isabel ", la operadora le solicita una serie de datos como el nombre, su edad y su localización, y le transfiere con una señorita que responde al nombre de Isabel . La citada señorita ofrece al usuario mantener un encuentro y relaciones sexuales (núm. 4.2)

En las inspecciones llevadas a cabo, consistentes en la realización de llamadas los días 7 de mayo y 18 de agosto de 2014 al número 11864, se acreditó que a través del citado número se prestaban servicios para adultos.



Concretamente, tal como consta en las citadas Actas de inspección, el inspector efectuó varias llamadas al número 11864 y escuchó las locuciones informativas correspondientes. A continuación, al ser una llamada atendida por una operadora, el inspector comentaba que había recibido una llamada (perdida) cuyo remitente indicaba llamarse " Isabel " y la operadora señalaba que se procedería a realizar una conexión directa con una señorita indicada y que esta persona estaba buscando un encuentro esporádico.

Así, consta expresamente en el Acta de inspección de 7 de mayo de 2014-en la que se realizó dos llamadas- (núm. 4.4) que:

"Tras solicitar al Inspector su nombre, /a operadora conecte la llamada con Isabel .

A continuación, la llamada es atendida por un interlocutor que confirma que se llama Isabel :

« ¿Cómo estás? ¿Recibiste mi mensajito?»

Tras responder afirmativamente el Inspector, se indica que:

« Yo no tengo nada que hacer ¿vale? No sé, si tu podrías quedar conmigo».

A la pregunta del inspector de qué le gustaría hacer, la interlocutora responde:

« ofrecimiento de la interlocutora es claramente incitador de un encuentro para adultos».

[En este punto, el inspector finalizaba la conversación y la llamada"].

Igualmente, en el Acta de inspección de 18 de agosto de 2014 (núm. 12) -en la que se realizó una llamada - consta expresamente cómo la operadora del 11 864 le ponía en contacto con Doña Isabel " y ésta persona le proponía mantener un encuentro esporádico siguiendo un patrón similar al de la llamada anterior.

Por otra parte, en las comprobaciones telefónicas efectuadas el 9 de octubre de 2014 por la instructora se constató que cuando se solicitaron números de teléfono concretos, el operador facilitaba la información telefónica de forma correcta.

En consecuencia, queda acreditado que durante los meses de marzo, mayo y agosto de 2014 Next Touch ha prestado a través del número 11864 servicios con contenidos para adultos, los cuales no han de ser prestados a través de numeración atribuida para servicios de información telefónica sobre números de abonado. También se ha acreditado que la entidad proporciona correctamente números de abonado cuando se le solicita.>>

TERCERO.- En relación con la alegación de que la entidad actora carecería de responsabilidad en los hechos depurados en cuanto es otra entidad, "GITEC Ltd" la que había suscrito un contrato de cesión del uso del número corto 11864, conviene precisar, tal como el acto administrativo pone acertadamente de relieve, que el número en cuestión se encontraba asignado a favor de NEXT TOUCH, a quien incumbe velar por su buen uso, en modo acorde con las normas vigentes al efecto, siendo así que, incluso, si hubiere cedido el uso a un tercero podría haber incurrido en otra infracción (subasignación encubierta y no autorizada por la CNMC y no mantener el control de la asignación), vulnerando la condición general recogida en el artículo 59 c) del Reglamento de Mercados (Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre), en cuya virtud "los recursos asignados deberán permanecer bajo control del titular de la asignación" y "no obstante, este, previa autorización de la CMT (hoy CNMC), podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud"

Y ese precepto es plenamente coherente con el artículo 74 a) de la Ley General de Telecomunicaciones, 9/2014, de 9 de mayo , que dispone que la responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones será exigible en el caso de incumplimiento de las condiciones establecidas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, a la persona física o jurídica que desarrolle la actividad. La alegación, por tanto, no puede prosperar.

CUARTO.- En cuanto a la prueba practicada, ha de rechazarse incurrir en nulidad o genere indefensión. En efecto, si se acude al Acta de inspección obrante en el expediente, se viene en conocimiento de que se refiere a la entidad ahora actora y a otra, con una atención diferenciada respecto de ambas, con un fundamento para cada uno de los números investigados (el 11854 y el que nos ocupa, el 11864). Ninguna tacha de nulidad cabe inferir al respecto.

Tampoco es dable aceptar que la prueba practicada hubiere vulnerado el artículo 18.3 de la Constitución (secreto de las telecomunicaciones), cuestión abordada por esta Sala y Sección en una pluralidad de resoluciones, reproduciendo cuanto expresamos en la Sentencia de 12 de noviembre de 2012 (Recurso 1189/2010), concretamente en su Fundamento de Derecho Cuarto:



"Carece absolutamente de fundamento la invocada vulneración del artículo 18.3 de la Constitución, mereciendo poco desarrollo argumental su rechazo, puesto que estamos en el ámbito del ejercicio por parte de la CMT de las competencias que tiene atribuidas en cuanto a la inspección de las telecomunicaciones, y más concretamente para la gestión y control de los planes nacionales de numeración, documentándose en el correspondiente acta por parte de los funcionarios actuantes el resultado de las actuaciones inspectoras. No existe tal secreto de las comunicaciones entre la Administración y la entidad inspeccionada, ni se ha dado publicidad al contenido de comunicaciones con terceros, que pudieran vulnerar el derecho constitucional que se invoca."

QUINTO.- Sobre la culpabilidad, es evidente que la expedientada no puede argüir que nada sabía sobre la antijuridicidad de la conducta, en su calidad de operador prestador del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, y, es más, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia. Resulta palmario que la ahora demandante era total y plenamente consciente de que el incumplimiento del PNNT (Plan Nacional de Numeración Telefónica) y del apartado 4 de la Orden de servicios de consulta (Orden CTE7711/2002, de 26 de marzo), integraba una conculcación del ordenamiento, con el corolario de su incardinación en la tipificación contemplada en el artículo 77.19 de la Ley General de Telecomunicaciones ("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").

SEXTO.- En lo que atañe a la graduación de la sanción, es conveniente recordar tanto lo que al respecto establece el artículo 80 de la Ley General de Telecomunicaciones como el artículo 131.3 de la Ley 30/1992.

El primero de los preceptos dispone los criterios que siguen, a efectos de graduación de la cuantía de la sanción:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- b) La repercusión social de las infracciones.
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d) El daño causado y su reparación.
- e) el cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o durante la tramitación del expediente sancionador.
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.

2. Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan."

El mentado artículo 131.3 de la Ley 30/1992 determina:

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme."

Y, precisamente, el regulador, a la luz de ambas normas verifica una graduación en forma motivada, apreciando que no se hubiera revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación, lo que valora como atenuante de la responsabilidad, si bien razonando que no procede valorar como atenuante la inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad, tal como verificaba la propuesta de resolución.

Al respecto, consta en el expediente un Acuerdo de modificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, de 30 de abril de 2015, en el entendimiento de que la ausencia de infracciones anteriores de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor no debe ser considerada como una atenuante, y valorando la sanción a imponer en la cuantía de 280.000 euros. Acuerdo del que se dio audiencia a la interesada



por plazo de quince días hábiles, circunstancia que permite orillar cualquier atisbo de indefensión y ha de inferirse al respecto el pleno acomodo a lo establecido en el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), que ampara una posible recalificación en la resolución de hechos depurados en la instrucción del expediente por una diferente valoración jurídica, siempre que se ofrezca trámite de alegaciones, lo que fue el caso.

SÉPTIMO.- No es posible deducir se conculque el principio de proporcionalidad, cuando el artículo 79.1 c) de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros, y el monto acordado es de 280.000 euros, además justificado y motivado en el modo y manera que hemos expuesto.

Y tampoco, en fin, es dable aceptar que el acto administrativo adolezca de inmotivación, cuando a lo largo de sus 32 páginas aborda en forma coherente y "ex abundatia" todos los extremos relevantes para adoptar el acuerdo controvertido, con pleno y cabal acomodo al artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

En suma, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

OCTAVO.- Se imponen las costas a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional .

FALLAMOS

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

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad **NEXT TOUCH TELECOM, S.L.** contra la resolución de la CNMC de fecha 18 de junio de 2015 a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la parte actora.

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 notificación; 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.