



Roj: **STS 5259/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5259**

Id Cendoj: **28079130032016100467**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/11/2016**

Nº de Recurso: **3687/2014**

Nº de Resolución: **2510/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación con el número 3687/2014 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de la entidad DATATALK COMUNICACIONES, S.L., contra sentencia de fecha 21 de julio de 2015 dictada en el Procedimiento Ordinario 605/2012 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<FALLAMOS.-

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Datatalk Comunicaciones, S.L., contra la resolución dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2012, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del mismo Consejo de 28 de junio 2012, que acuerda cancelar la asignación del número 795600, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho

Con imposición de las costas causadas a la parte recurrente>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Datatalk Comunicaciones, S.L., presentó escrito ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, El representante legal de la entidad "Datatalk Comunicaciones SL" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 (rec. 605/2012) por la que se desestimó el recurso contra la resolución de dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2012 por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo Consejo de 28 de junio de 2012 que acuerda cancelar la asignación del número 795600 a la entidad Datatalk Comunicaciones SL cuyo estado en el Registro Público de Numeración pasará al de libre y que el citado número no podrá ser asignado a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de la aprobación de dicha resolución.



El recurso de casación se articula en la formulación de dos motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 16.4 y 48.1 de la Ley 2/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , y del artículo 62 del Real Decreto 2298/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, y del art. 9.3 de la Constitución por haberse tramitado el expediente de cancelación por un órgano manifiestamente incompetente y sin una mínima actividad probatoria por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El segundo motivo de casación, se sustenta en la infracción del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , por vulneración del principio de tipicidad, en cuanto no se ha acreditado el incumplimiento alegado ni existe precepto legal que tipifique la conducta como constitutiva de algún tipo de infracción la contravención del Código de conducta.

Y suplicando a la Sala: <<[...] y tras la tramitación procesal oportuna case y anule la referida sentencia y, en su lugar, dicte resolución en la que, asumiendo los motivos de casación aducidos por mi mandante, los estime y acuerde dejar sin efecto la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 7 de septiembre de 2012, por la que resuelve el recurso de reposición instado por mi mandante frente a la anterior resolución de 28 de junio de 2012 por la que se acuerda cancelar la asignación del número 79560 a la entidad Datatalk Comunicaciones, S.L., imponiendo las costas a la Administración recurrida>>.

CUARTO.- Con fecha 9 de febrero de 2015 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó providencia por la que se pone de manifiesto a las partes, para alegaciones por el plazo de diez días, la posible concurrencia de causa de inadmisión en relación con el recurso de casación interpuesto por Datatalk Comunicaciones, S.L.

Evacuado dicho trámite la Sala dictó Auto de fecha 23 de marzo de 2015, en el que se acuerda: <<Admitir el recurso de casación nº 3687/2014 interpuesto por la representación procesal de Datatalk Comunicaciones SL, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de julio de 2014, recaída en el recurso nº 605/2012 . Sin costas>>.

QUINTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] declare finalizado el proceso por pérdida sobrevenida de su objeto; y, subsidiariamente, tenga por formulada oposición al recurso de casación presentado de contrario y, previos los trámites de rigor, dicte Resolución desestimándolo, por ser conforme a Derecho la Resolución judicial impugnada; con imposición de costas en todo caso a la contraparte>>.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de cinco de julio de dos mil dieciséis, se tiene por personado y parte al Procurador Don Javier Zabala Falcó en nombre de DATATALK COMUNICACIONES, S.L., en concepto de recurrente en sustitución de su fallecido compañero D. Manuel Lanchares.

SÉPTIMO.- Por providencia de 26 de octubre de 2016, se señala para votación y fallo la audiencia el día 15 de noviembre de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "Datatalk Comunicaciones SL" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 (rec. 605/2012) por la que se desestimó el recurso contra la resolución de dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2012 por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo Consejo de 28 de junio de 2012 que acuerda cancelar la asignación del número 795600 a la entidad Datatalk Comunicaciones SL cuyo estado en el Registro Público de Numeración pasará al de libre y que el citado número no podrá ser asignado a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de la aprobación de dicha resolución.

SEGUNDO . El Abogado del Estado plantea la pérdida sobrevenida del objeto del proceso por entender que la resolución recurrida canceló la asignación del número telefónico incluyendo un periodo de guarda de un año sin que dicho numero pueda ser asignado a ningún otro operador, y una vez transcurrido ese año DATATALK tendrá derecho a solicitar, la asignación de dicha numeración, por lo que habiendo transcurrido ese año, considera que el proceso ha perdido su objeto.



Tal alegación no puede ser estimada, pues la medida consistente en la privación, aun temporal de un número telefónico, ha sido cuestionada por la parte recurrente y dicha privación durante ese periodo ha sido efectiva y su enjuiciamiento no ha quedado sin objeto por el hecho de que dicho número le haya sido reservado y pueda serle reintegrado.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo plantea, es preciso señalar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su STS 2311/2016, de 26 de octubre de 2016 (Recurso: 1679/2014) sobre un recurso que plantea idéntica problemática a la que ahora nos ocupa.

Al igual que hicimos en dicha sentencia razones de orden procesal exige examinar de forma prioritaria el motivo de casación fundado en la infracción del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en el extremo que concierne a que la sentencia de instancia ha vulnerado el principio de legalidad. Motivo que debe ser acogido.

En efecto, consideramos que el pronunciamiento de la sentencia de instancia, relativo a declarar conforme a Derecho las resoluciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 28 de junio de 2012, al apreciar que ha quedado acreditado que la mercantil Datatalk Comunicaciones, S.L. ha incumplido la obligación impuesta en el artículo 6.1.1.3 del Código de Conducta de 28 de junio de 2009 , que establece que los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes no deberán «llevar a conclusiones erróneas a consecuencia de su inexactitud, ambigüedad, exageración, omisión o similar», infringir el principio de legalidad administrativa.

Al respecto, procede referir que, en cuanto carece de cobertura jurídica la orden de dirigida a los operadores de redes telefónicas para que procedan a bloquear el acceso al número 7695600, no cabe eludir que esta Sala, en la sentencia de 29 de enero de 2015 (RC 5592/2011), ha declarado la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de 29 de junio de 2009, que aprobó el referido Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional basados en el envío de mensajes, lo que priva de base jurídica a las resoluciones impugnadas en la instancia.

En este sentido, procede subrayar que, aunque el procedimiento incoado a la compañía Datatalk Comunicaciones, S.L. no puede considerarse propiamente de sancionador -tal como hemos sostenido en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2012 (RC 6422/2009), por cuanto la intervención de la Administración, exigiendo el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Código de Conducta, se produce en el marco de relaciones entre operadores de telecomunicaciones de carácter contractual, cuya finalidad, en este supuesto, es preservar intereses generales vinculados a la protección de los usuarios de los servicios telefónicos- y no resulten directamente aplicables las garantías del procedimiento sancionador establecidas en el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , no obstante, la cancelación de los servicios de numeración no puede sustentarse en una norma de carácter infralegal, que hemos declarado nula de pleno derecho por haberse aprobado por un órgano -la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional- que carece de potestad reglamentaria, y que, en consecuencia, no está habilitado para regular las obligaciones de los prestadores de esta clase de servicios y establecer las consecuencias de su incumplimiento.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el segundo motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil DATATALK COMUNICACIONES, S.L. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 605/2012 , que casamos.

Y de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, procede estimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil DATATALK COMUNICACIONES, S.L. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2012 por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo Consejo de 28 de junio de 2012 que acuerda cancelar la asignación del número 795600 a la entidad Datatalk Comunicaciones SL cuyo estado en el Registro Público de Numeración pasará al de libre y que el citado número no podrá ser asignado a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de la aprobación de dicha resolución , anulando las resoluciones impugnadas.

TERCERO . Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes. Tampoco procede imponer las costas causadas en el proceso de instancia, pues la propia estimación del recurso de



casación pone de manifiesto que la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido (art. 139.1 de la LJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **PRIMERO.-** Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil DATATALK COMUNICACIONES, S.L. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 605/2012 , que se casa y anula. **SEGUNDO.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil DATATALK COMUNICACIONES, S.L. contra la resolución de dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2012 por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo Consejo de 28 de junio de 2012, que declaramos nulas por ser disconformes a Derecho, en los términos fundamentados. **TERCERO.-** No hacemos imposición de costas del recurso de casación ni de las causadas en el proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.