



Roj: **SAN 2026/2020 - ECLI: ES:AN:2020:2026**

Id Cendoj: **28079230082020100239**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **20/07/2020**

Nº de Recurso: **719/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000719 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04245/2018

Demandante: OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA. S.L.

Procurador: D. MANUEL INFANTE SÁNCHEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinte de julio de dos mil veinte.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **719/18**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **r D. Manuel Infante Sánchez**, en nombre y representación de la mercantil **OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA. S.L.**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, recaída en expediente sancionador, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, SL, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, en la que se declara a la entidad recurrente responsable directa de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración. Se le impone una sanción económica de 21.000 €.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, deje sin efecto la referida resolución sancionadora, declarando no haber lugar a la sanción de 21.000 euros impuesta a OPERA, con los demás pronunciamientos que sean inherentes a tal decisión y con imposición a la Administración de las costas causadas.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso, con expresa imposición de costas.

CUARTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 15 de julio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra el precitado Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, en virtud de la cual se impone a la entidad recurrente una sanción por importe de 21.000 euros, como responsable directo de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley General de Telecomunicaciones, por 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.

En la resolución impugnada se declara probado que:

«...entre el 22 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2017, Opera estuvo utilizando, al menos, 40 numeraciones móviles asignadas a Orange y entregadas a dicha operadora en el marco de un contrato para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles.»

Se tipifica la conducta como constitutiva de la infracción grave prevista en el artículo 77.19) de la LGTel de 2014: " *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*"

Se afirma que ha quedado acreditado que desde el 22 de junio de 2011 y hasta el 31 de marzo de 2017, Opera estuvo utilizando, como mínimo, 40 numeraciones móviles del rango 640 (640011000 a 640011999 y 6405913XX a 6405914XX) asignadas a Orange, para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles. Que los servicios para los que ha estado utilizando la numeración móvil de Orange, bien directamente o a través de terceras empresas, sin el uso de tarjetas SIM y a través de sus puntos de terminación fijos, han consistido en el desvío de llamadas a otras numeraciones, la atención de clientes, la gestión de averías y de centralita. Y que cabe concluir que, a partir de la entrada en vigor de la Resolución de 27 de mayo de 2013, esto es, el 13 de junio de 2014, Opera debía haber dejado de utilizar la numeración móvil de Jazztel para la prestación de servicios como los determinado en el Hecho Probado Único, al dejar de estar permitido por la normativa sectorial prestar servicios que no implicaban movilidad, ya que no se proporcionaban a través de puntos de terminación móviles para usuarios de servicios de telefonía móvil. Sin embargo, como se ha podido demostrar estos servicios de desvío de llamadas a otras numeraciones, de atención de clientes, de gestión de averías y de centralita se han continuado prestando hasta el 31 de marzo de 2017.

Se aprecia la prescripción parcial de los hechos, concretamente de los anteriores al 10 de julio de 2015.

En relación con la cuantificación de la sanción, se razona que la LGTel de 2014 fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de numeración (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o (ii) dos millones de euros. Y, tras citar los preceptos de aplicación sobre graduación de las sanciones, se razona que, a falta de determinación exacta del beneficio bruto obtenido por el



infractor, la sanción máxima que se podrá imponer a la entidad asciende a dos millones de euros, no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción. Aplicando los criterios de graduación del artículo 80 LGT y del artículo 29.3 de la LRSP, y considerando que concurre la continuidad y persistencia en la conducta infractora como criterio de graduación de la sanción que pueda imponerse por la comisión de la infracción imputada a OPERA, así como la situación económica de la entidad imputada, se determina imponer una sanción de 21.000 euros.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se combate la anterior resolución, invocando los siguientes motivos de impugnación:

1.- Falta de competencia de la CNMC para resolver el fondo del asunto.

Se alega que, de conformidad con los artículos 19.5 y 69 c) 1 de la Ley 9/2014, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (actualmente, el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital); que para encuadrar la presunta infracción llevada a cabo por la recurrente, el expediente sancionador debería referirse al artículo 53 letra w) de la Ley 32/2003 ya que ésta era la competencia que tenía atribuida la CNMC y es que formalmente el artículo 77.19 de la actual LGTel, cuya infracción se le atribuye, nunca ha sido competencia de la CNMC; que la CNMC no ha sido ni es competente con respecto a una infracción grave por este tipo de conducta.

2.- No comercialización de la numeración móvil por parte de OPERA: La insignificante cantidad de numeración móvil, el exiguo tráfico telefónico cursado.

Se afirma que la CNMC en la resolución sancionadora no presenta prueba alguna por la que se pueda concluir que OPERA comercializaba numeración móvil y que, por tanto, se hubiese podido generar eventuales perjuicios a los usuarios finales. Por otro lado, la exigua cantidad de numeración móvil enrutada a OPERA, la ausencia de relación biunívoca entre la numeración y un determinado servicio, el hecho de que la numeración no fuese susceptible de ser portada, de cursar llamadas salientes ni de recibir mensajes son pruebas incontrovertibles de que dicha numeración no era apta ni susceptible de haber sido comercializada, por ser todas estas características básicas de cualquier tipo de numeración que se ponga a disposición de usuarios y que estos razonablemente hubiesen demandado de haberles sido comercializada.

3.- Uso por parte de OPERA de la numeración móvil para pruebas.

Alega la actora que las llamadas enrutadas a través de la numeración de ORANGE se emplearon exclusivamente con finalidad de pruebas desde que fuesen enrutadas por ORANGE en 2011 y hasta el 31 de marzo de 2017, fecha en que ORANGE y OPERA pusieron fin al servicio de común acuerdo. Que los resultados del acta de inspección razonablemente no son prueba de nada, ni mucho menos de que hubiese existido comercialización de esos números móviles por parte de OPERA; ninguno de los interlocutores de las llamadas efectuadas en el marco del acta de inspección manifiesta que OPERA les haya comercializado un servicio a través de la numeración móvil afectada; que prueba de la buena fe de OPERA es el hecho de que firmó la Resolución del Acuerdo, la cual se hizo efectiva con fecha de 31 de marzo de 2017, esto es, antes de la tramitación del expediente sancionador por parte de la CNMC el cual se produjo con fecha de 6 de julio de 2017.

4.- Contradicciones y la falta de rigor en la concreción de la cantidad de numeración que se habría usado de forma contraria a la normativa.

Señala la recurrente que, en el acta de inspección, de 7 de febrero de 2017, se consigna que las inspectoras realizaron varias rondas de llamadas a los números declarados en uso por OPERA y, agotados dichos números, procedieron a llamar a los números móviles que figuraban en el listado de numeraciones no declaradas en uso por OPERA, se recogen varias tipologías de respuesta a las llamadas efectuadas, resultando que, del total de trescientas catorce (314) llamadas realizadas a OPERA, resultó que:

- En doscientas diecisiete (217) llamadas no hay conexión o la numeración no existe.
- En treinta y siete (37) llamadas existe conexión, pero la línea está comunicando o no hay descuelgue.
- En diecisiete (17) llamadas se reproduce una locución automática grabada.
- Diecisiete (17) llamadas son atendidas por un interlocutor que no es el titular y no contesta al cuestionario.
- Dieciocho (18) llamadas son atendidas por un interlocutor que no desea contestar.
- Cinco (5) llamadas son atendidas por un interlocutor que contesta al cuestionario.
- En tres (3) llamadas el interlocutor aporta datos que la CNMC atribuye como posiblemente erróneos.

En el acta no se desglosan los resultados por cada número móvil, lo cual contrasta diametralmente con el hecho de que la resolución sancionadora constata el presunto incumplimiento llevado a cabo por la entidad sobre la base de la cantidad de numeración móvil usada por OPERA, de manera presuntamente irregular, concretamente cuarenta (40) números móviles tal y como se constata en el hecho probado único. Se señalan irregularidades del acta; que de las cinco llamadas atendidas por interlocutores que contestan al cuestionario, que son las únicas susceptibles de permitir constatar que OPERA hubiese comercializado numeración móvil, tres interlocutores declararon que su operador era "Fonvirtual", uno declaró que su operador era Dialoga y uno declaró que su operador era "Incotel", ninguno de dichos interlocutores se refirió a OPERA; de las tres llamadas que la inspección califica como posiblemente erróneas, en dos los interlocutores identificaban a Movistar y en la otra el interlocutor a ORANGE como sus operadores. Que la CNMC se basa en las estadísticas de llamadas y minutos enrutados por ORANGE a OPERA y no en el acta de inspección, para establecer que OPERA habría utilizado cuarenta (40) números móviles de forma contraria a la normativa, lo cual no hace prueba de que OPERA hubiese comercializado numeración.

5.- Contradicciones y la falta de rigor en la concreción del periodo en que presuntamente tuvo lugar el uso de numeración de forma contraria a la normativa.

La CNMC no especifica la cantidad de numeración que OPERA estuvo utilizando durante el periodo relevante para la supuesta conducta antijurídica, sino que sólo indica la cantidad de numeración presuntamente utilizada incluyendo un periodo temporal que excede a aquel relevante para el presunto incumplimiento correspondiente, dos años.

6.- Sobre la proporcionalidad de la sanción.

Alega que resulta a irracional y desproporcionado que se imponga a OPERA una sanción de veintiún mil euros (21.000 €) sin haber aportado la prueba de que OPERA hubiese usado numeración de forma contraria a la normativa, esto es que hubiese comercializado numeración; la comisión de la infracción no ha sido probada por la CNMC y por tanto mucho menos lo han sido la continuidad o persistencia de OPERA en la comisión de dicha infracción; no se analizan los supuestos del artículo 80.1 de la LGTel que cita en el punto 7.2 de la resolución sancionadora.

Añade que el resultado que se obtiene de los importes facturados por OPERA a ORANGE, 2.104,05 €, menos los costes de cuatro mil doscientos cinco euros con sesenta y dos céntimos (4.205,62 €) asumidos por OPERA durante el periodo comprendido entre julio de 2015 y julio de 2016 (ambos incluidos) para el efectivo enrutamiento del tráfico correspondiente, dan lugar a un resultado negativo (coste) de dos mil ciento un euros con cincuenta y siete céntimos (2.101,57€). Que teniendo en cuenta que la CNMC no ha constatado que OPERA haya hecho uso irregular de ningún número y que OPERA no comercializó la numeración móvil, no cabe ningún cálculo de ingresos correspondiente a dicho presunto uso irregular.

7.- Prolongación artificiosa del expediente de información previa.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

Señalando, respecto a la competencia de la CNMC para sancionar este tipo de infracciones, que la D. Transitoria Décima de la LGTel atribuye transitoriamente a la CNMC las funciones que eran competencia suya y que pasan al Ministerio de Industria, como el otorgamiento de los derechos de uso de la numeración y, por lo tanto, la sanción de las conductas que infrinjan las condiciones de ese otorgamiento (artículo 84.1 de la LGTel), cita al respecto sentencias de esta Sala; que el transcurso del plazo de cuatro meses al que se refiere la DA Decimoquinta de la LGTel sin que se haya dictado la Orden Ministerial que determine la fecha para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria no supone que ningún organismo administrativo es competente para el ejercicio de las funciones que ha de asumir el Ministerio de Industria, lo cual supondría un vacío competencial que ninguna norma establece.

Que el tipo infractor se refiere al 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; y el plan nacional de numeración, desde la Resolución de 27 de mayo de 2013 de la SETSI, por la que se modificó la atribución de los rangos de numeración para comunicaciones móviles y que, por tanto, desarrolló el PNNT, impide utilizar numeración atribuida a servicios de comunicaciones móviles para finalidades que desvirtúan el uso previsto para esta numeración y que no llevan implícita la condición de movilidad ni se proporcionan a través de puntos de terminación móviles; para la tipicidad de la conducta basta el uso para fines distintos para el que se ha atribuido, y la falta de perjuicio causado no sería una causa eximente sino de graduación de la cuantía de la sanción, y en este caso no se ha considerado la producción del mismo para cuantificar de forma más grave la sanción.



En cuanto a la alegación sobre el uso de la numeración móvil para pruebas, señala que se ha acreditado en el procedimiento que la numeración cedida a OPERA era usada por los clientes finales de ésta para ofrecer servicios de atención al cliente, desvío de llamadas, gestión de averías o centralitas, lo que descarta que se usasen solo en entornos de pruebas, de forma intermitente, discontinuo o aleatoria.

Que los resultados de las llamadas a cada número están desglosados en el Anexo III del Acta de Inspección; la instrucción no se limitó a las actuaciones inspectoras, pues consta también en el expediente administrativo la incorporación del escrito de ORANGE, acredita la recepción de tráfico en líneas que no eran susceptibles de uso, sin que OPERA hubiera propuesto prueba alguna para desacreditarlo; los 40 números de Orange utilizados por OPERA para prestar servicios están enumerados en las páginas 12 y 13 de la resolución, por lo que no hay confusión. En cuanto al periodo durante el que se extendió la conducta, la resolución considera que la conducta sancionada se extendió hasta el 31 de marzo de 2017, y el Excel aportado por Orange con el tráfico enrutado a OPERA durante el primer trimestre de 2017 se extiende, por tanto, hasta esa fecha.

Por último, alega que, dado que las infracciones graves pueden sancionarse con una multa de hasta dos millones de euros, no puede considerarse desproporcionada una multa de 21.000 €.

CUARTO: El primer motivo de impugnación se refiere a la falta de competencia de la CNMC para resolver el fondo del asunto.

En el Fundamento Jurídico segundo de la resolución recurrida se razona sobre la competencia de la Comisión, citando los artículos 6.5 y 29,1 de la LCNMC, en relación con los artículos 48.4, b) y j) y 50 de la LGTel de 2003; razonando que si bien la Ley 9/2014, que derogó la anterior, establece en su artículo 84 que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la SETSI (SESIAD), de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el MINETAD no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

Hemos de tener en cuenta que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, de fecha 6 de julio de 2017, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tiene como precedente el procedimiento CFT/DTSA/028/16, como consecuencia del conflicto de interconexión interpuesto por Orange ante este organismo el 29 de agosto de 2016, por el que solicitaba la autorización para cesar en la prestación de los servicios de acceso a red móvil que tenía contratados con Opera y Dialoga, en virtud de sendos acuerdos que Jazz Telecom, S.L. firmó con estas operadoras, el 14 de marzo y el 22 de junio de 2011, respectivamente, por el presunto incumplimiento de lo establecido en los mismos; procedimiento que finalizó mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 24 de enero de 2017 por desistimiento de Orange. Que, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2017 la DTSA comunicó a las citadas operadoras el inicio del expediente de actuaciones previas de referencia, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto hasta dicho momento y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador. Opera, Dialoga y Orange presentaron sus alegaciones relativas al inicio del período de información previa.

No se cuestiona que la Ley 9/2014 atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, concretamente al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital), la competencia para la imposición de sanciones por las infracciones que no están expresamente atribuidas a la CNMC; y no lo está la infracción grave del artículo 77.19 de dicha ley *"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"*.

Sin embargo, la derogada Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, sí atribuía a la CMT la competencia en materia de asignación de numeración a los operadores y regulación de la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados (art 48.4 b), y tipificaba la misma conducta *"El incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados"* como infracción muy grave [art. 53 w)]. En el artículo 58 se atribuía a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia sancionadora para las infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53.

Dicha competencia sancionadora fue asumida por la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En el Real Decreto 903/2017, de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, en su artículo 5.1 o), atribuye a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital el ejercicio de las facultades de control, inspección y sanción en materia de telecomunicaciones, servicios audiovisuales y sociedad de la información.



Y en la Disposición transitoria tercera del mismo Real Decreto, bajo la rúbrica "*Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de telecomunicaciones*", se establece:

"Hasta que no se produzca la integración de personal y medios prevista en la disposición adicional segunda de este real decreto y por orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales se determine la fecha de ejercicio efectivo por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital de las funciones en materia de telecomunicaciones a que se hace referencia en la misma disposición, de acuerdo con la disposición transitoria décima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, tales funciones seguirán siendo desempeñadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia."

Es, por tanto, de aplicación la disposición transitoria décima de la Ley 9/2014: "*En relación con las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta."*

QUINTO: En trando en los motivos de fondo, resulta de las actuaciones obrantes en el expediente administrativo que, durante los días 12 y 17 de enero de 2017, las inspectoras de la Comisión realizaron actuaciones consistentes en efectuar llamadas sobre determinada numeración móvil asignada a Orange (anteriormente, de Jazztel), presuntamente utilizada por Opera y Dialoga, seleccionada de forma aleatoria, sobre el total de numeración móvil cedida en base al contrato rescindido, según estuviera o no en uso, de conformidad con la información proporcionada por las propias operadoras; de lo que se deja constancia en el Acta de Inspección, de 7 de febrero de 2017. Y, como información complementaria, se obtuvieron pantallazos de la página Web de la empresa Fonvirtual (GLOBOMAIL, S.L.), que citaron algunos de los usuarios de las numeraciones móviles inspeccionadas, como prestador de los servicios proporcionados a través de dichas numeraciones móviles (centralita virtual o desvío de llamadas a la numeración móvil virtual).

Tal como manifestó, por escrito de 29 de agosto de 2016, el Director General de Estrategia, Operadores y Regulación de ORANGE ESPAGNE S.A., la extinta Jazz Telecom, S.A. (absorbida por Orange), en fecha de 14 de marzo de 2011 contrato con Opera la prestación de servicios de acceso a la red móvil por parte de Jazztel, y, tras la entrada en vigor de la Resolución de 27 de mayo de 2013, de la SETSI, por la que se modifica la atribución de los rangos de numeración para comunicaciones móviles, que fijó los únicos usos para los que pueden ser empleados los recursos públicos de numeración móvil, Orange requirió a Opera a ajustarse a lo dispuesto en esa resolución, a fin de que las numeraciones móviles aparejadas al servicio que se presta en virtud del mencionado contrato se empleen conforme a los usos permitidos por la Resolución; detectando que Opera no estaba cumpliendo con las limitaciones de uso de dicha numeración móvil. Razón por la cual se solicitaba de la CNMC autorización para cesar en la prestación de servicios de telecomunicaciones a Opera y a otro operador con el que tenía suscrito otro contrato para la prestación del mismo servicio.

En la Orden de Inspección se especifica que ésta tendrá por objeto comprobar, a través de una o varias llamadas telefónicas a determinados números móviles que constan en el Anexo I de la Orden (dos listas aleatorias obtenidas sobre el total de numeraciones móviles de Opera cedidas por Orange -1000-, en función de si la numeración se encuentra en uso -249- o sin uso -751-) si la empresa Opera está prestando servicios a clientes finales mediante la numeración móvil cedida por parte de Orange y si el uso dado a dicha numeración móvil es conforme a lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Opera presentó alegaciones, reiterando lo expuesto en un escrito anterior, de 20/12/2016, afirmando que Opera no comercializa a terceros la numeración asignada por Orange, sino que se está usando directamente por Opera; que las llamadas enrutadas a través de la numeración de Orange se han empleado exclusivamente con finalidad de pruebas desde 2011; que las llamadas se han enrutado a Opera de manera intermitente, discontinua y aleatoria, en función de las necesidades de prueba surgidas en cada momento.

En el Acta de Inspección se exponen las actuaciones llevadas a cabo, entre los días 12 y 17 de enero de 2017, consistentes en llamadas a los números obtenidos en las tres muestras aleatorias por orden secuencial, realizando una segunda, tercera o incluso cuarta ronda de llamadas a los números que daban señal de estar comunicando o porque el usuario solicitaba que se le llamase en otra hora distinta, según cada caso, y, una vez agotados estos listados, se procedió a llamar secuencialmente a los números móviles que figuraban en el listado de las numeraciones no declaradas en uso por Opera. Se consignan los términos de las cuestiones planteadas a los usuarios llamados y los resultados obtenidos de las actuaciones. Concluyendo que de la información obtenida de las 55 numeraciones de Opera que se encontraban activas se constata que:



- En treinta y seis de las cincuenta y cinco numeraciones móviles activas o en uso de Opera el usuario final es una empresa o autónomo y tiene asociado el número a un servicio de centralita, de atención al cliente o de gestión de incidencias.

- En cinco de las cincuenta y cinco numeraciones móviles activas o en uso de Opera los usuarios finales manifiestan que las empresas que les prestan servicio sobre esas numeraciones son: en tres usuarios Fonvirtual, en un usuario Incotel y en un usuario Dialoga. En todos los casos el servicio prestado es el de un número virtual para desviar llamadas desde su número personal, para la prestación de servicios de atención a clientes, o hacia una centralita. En dos de las cincuenta y cinco numeraciones móviles activas o en uso de Opera se ha constatado, a través de las grabaciones de los buzones de voz que saltaron tras efectuar las llamadas, que el número móvil al que se estaba llamando era distinto a los números móviles inspeccionados (en concreto, a números móviles de Vodafone y Movistar, respectivamente). Y en tres de las cincuenta y cinco numeraciones móviles activas o en uso de Opera, se ha considerado que los datos que aportaron los usuarios podían ser erróneos, ya que éstos informaron que sus operadores eran, en dos usuarios, Movistar, aunque uno no estaba seguro, y, en el otro (1), Orange; además, dos de estos tres usuarios comunicaron que, a través de la numeración móvil inspeccionada, se les prestan servicios de llamadas móviles y de acceso a Internet. Sin embargo, Opera ha manifestado en el marco del expediente CFT/DSTA/028/16 que no presta servicios en el mercado de comunicaciones móviles.

Del acta se dio traslado a Opera y se le requirió nueva aportación de información. La entidad presentó escrito de alegaciones, propuso la práctica de prueba y solicitó el archivo del expediente.

Orange, a requerimiento de la Inspección, presentó escrito en el que informaba sobre las gestiones realizadas con Opera y el otro operador objeto de investigación (Dialoga) para la rescisión de sus contratos; afirmando que *"el posible uso irregular de la numeración móvil por parte de Orange que podrían estar realizando las mencionadas empresas se detectó a finales de 2015, sin embargo, no fue sino hasta después de la fusión mercantil con Jazztel (febrero 2016), cuando se concretaron las acciones para tratar de regularizar el empleo de tales numeraciones. (...) Se adjunta como Anexo nº 6 comunicación al representante de Opera y Dialoga confirmando la baja de las numeraciones con fecha de 31 de marzo de 2017. (...) Se adjunta la información solicitada mediante el Anexo nº 7, aportándose la siguiente información:*

- a. *Número llamante: no se dispone del número A concreto, pero sí del tipo de numeración (CAUSING_GROUP_NAME) así como del operador (CAUSING_OPERATOR_NAME).*
- b. *Número llamado: Recogido en el campo "CALLED_NUMBER".*
- c. *Fecha de la llamada.*
- d. *Duración de la llamada en segundos, aglutinándose el número de llamadas por día.*
- e. *Importe retribuido a la empresa por dicha llamada: No existe puesto que como se ha referido ya, se hacía cesado la retribución a las mismas."*

En acuerdo de 21/07/2017, la Instructora denegó la solicitud de acceso a la copia completa del procedimiento sancionador de Orange presentada por Opera. Y, con fecha 20 de septiembre de 2017, la misma Instructora requirió a Opera la aportación de determinada información. También se solicitó información a Orange, a Globomail Spain, S.L. En diciembre de 2017 se reiteró el requerimiento de información a Opera.

En la propuesta de resolución, de 26 de marzo de 2018, se relacionan las actuaciones previas y la documentación aportada al expediente; se declara probado que:

"Entre el 22 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2017 Opera estuvo utilizando, al menos, 40 numeraciones móviles asignadas a Orange y entregadas a dicha operadora, en el marco de un contrato, para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles.

Según consta en la documentación que obra en el presente procedimiento sancionador, este hecho probado resulta, principalmente, de la denuncia interpuesta por la propia Orange frente a este organismo, que dio lugar a la apertura del citado expediente CFT/DTSA/028/16, de las actuaciones inspectoras realizadas en el marco del expediente IFP/DTSA/001/17 y del resto de la información recabada durante la instrucción de este expediente".

Se afirma que *« resulta acreditado que Opera no ha utilizado el servicio mayorista contratado inicialmente a Jazztel, y posteriormente a Orange, así como la numeración móvil entregada para proveer servicios de comunicaciones móviles. (...) Opera ha dado información contradictoria a este organismo a través de sus diferentes escritos de contestación a los requerimientos de información enviados, durante la instrucción de los expedientes CFT/DTSA/028/16 y el conocimiento de la IFP/DTSA/001/17... mientras que en su escrito de 7 de octubre de 2016 esta operadora informó de que "con la referida numeración móvil (...)" prestaba a sus clientes*



"un servicio de segunda línea móvil, a la cual se efectúan desvíos de llamadas producidas desde origen móvil", en su escritos de 20 de diciembre de 2016, 23 de enero, 12 y 28 de abril de 2017 Opera manifestó que "las llamadas encaminadas a través de la numeración de Orange se emplearon exclusivamente con finalidad de pruebas desde que fuesen enrutadas por Orange en 2011", sin que se haya producido una "explotación comercial" por su parte, ya fuera directa o indirectamente a través de terceros.»

Se añade que Orange, junto a su escrito de 23 de septiembre de 2016, aportó siete (7) grabaciones de llamadas realizadas como usuaria, posiblemente efectuadas en febrero de ese año, sobre numeraciones móviles entregadas por Orange a Opera en virtud de su contrato; de estas grabaciones se comprueba que seis de estas numeraciones móviles eran usadas por usuarios finales empresariales, para ofrecer servicios de atención al cliente, mientras que la restante numeración parecía ser usada por un particular.

Se afirma que los datos extraídos de las grabaciones aportadas por Orange, sobre los servicios prestados a través de las numeraciones móviles entregadas a Opera, coinciden con los obtenidos posteriormente de las actuaciones de inspección desarrolladas durante los días 12 y 17 de enero de 2017 en la sede de la CNMC.

Tras hacer una amplia y detallada exposición del análisis de toda la información obtenida, se concluye que Opera estuvo utilizando, como mínimo, 40 numeraciones móviles del rango 640 (640011000 a 640011999 y 6405913XX a 6405914XX), asignadas a Jazztel, para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles; los servicios minoristas prestados por esta operadora -directamente o través de terceras empresas- mediante la citada numeración móvil, sin el uso de tarjetas SIM y a través de sus puntos de terminación fijos, han consistido en el desvío de llamadas a otras numeraciones, la atención de clientes, la gestión de averías y de centralita; que las citadas numeraciones móviles que fueron entregadas a Opera, según los contratos suscritos con Jazztel, han sido utilizada en su mayor parte por Dialoga; que algunas de las citadas numeraciones móviles fueron incluso comercializadas por otras empresas del grupo, como Dialoga e Incotel, o por Globomail (Fonvirtual), para su comercialización a clientes finales, aunque se desconoce quién fue en la práctica la operadora que realizó dicha cesión de la numeración a terceros.

De la propuesta de resolución se dio traslado a la interesada, que formuló alegaciones, a las cuales se da cumplida respuesta en la resolución recurrida.

SEXTO: A la vista de la documentación obrante en el expediente, estima el tribunal que resulta acreditada la conducta que se imputa a la recurrente y justificada su tipificación como constitutiva de la infracción grave del artículo 77.19 LGTel.

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:

"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.

(...)"

En la propia definición del término "asignación", contenido en el Anexo I (apartado 7) del Reglamento de Mercados, se destaca la relevancia del uso de los números telefónicos, al decir: *"la autorización concedida a un operador para utilizar determinados recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación en la prestación de un servicio."*

Y en el apartado 5 se define "atribución" como: "el acto administrativo, derivado de la planificación, por el que se destinan recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación para la explotación de uno o varios servicios."

En su artículo 30.1 establece que: *"Los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas estarán obligados a poner en práctica las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones que adopten el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre numeración, direccionamiento y denominación. En particular, los operadores estarán obligados a realizar, en los sistemas que exploten, las modificaciones necesarias para tratar y encaminar las comunicaciones de forma eficiente cuando el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio*

adopte decisiones que impliquen alteraciones en los planes de numeración, direccionamiento o denominación, y cuando se realicen asignaciones, atribuciones o adjudicaciones de dichos recursos públicos. (...)".

En el Anexo de dicho Real Decreto se recoge el Plan nacional de numeración telefónica, que se aprueba en el artículo 2 de dicho R.D.

El apartado 2 de dicho anexo establece los siguientes principios generales:

«2.1 La prestación del servicio telefónico disponible al público se llevará a efecto mediante la utilización de los recursos públicos de este plan.

2.2 Los rangos de numeración que se atribuyan o se adjudiquen se habilitarán por los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público, en los términos que establezca la disposición de desarrollo correspondiente.

(...)

2.3 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.

(...)»

En el apartado 7 "Rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles", se establece:

«7.1 El presente plan de numeración atribuye inicialmente el segmento N = 6 al rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles. (...)»

La Resolución de 12 de marzo de 2010, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de comunicaciones móviles y los servicios de comunicaciones máquina a máquina, amplía la capacidad de ese rango, al atribuir parcialmente el segmento N=7 del Plan Nacional de Numeración Telefónica a los servicios de comunicaciones móviles, para los mismos fines y en las mismas condiciones que el segmento 6.

La Resolución de 27 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se modifica la atribución de los rangos de numeración para comunicaciones móviles (BOE 12/06/2013), dispuso en su artículo primero que:

"1. Los números atribuidos al servicio de comunicaciones móviles solamente podrán ser utilizados para:

a) La provisión del servicio telefónico disponible al público a través de redes públicas de comunicaciones móviles.

b) La provisión de servicios asociados a redes públicas de comunicaciones móviles como son, entre otros, la prestación de servicios de atención a clientes, la prestación de servicios de red privada virtual soportados sobre redes de comunicaciones móviles, o su empleo en facilidades del tipo multilínea o multidispositivo.

c) La provisión de servicios de mensajes, de acuerdo con lo establecido en la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

d) La provisión del servicio de acceso a Internet en redes públicas de comunicaciones móviles.

e) La provisión de servicios máquina a máquina, según lo establecido en la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 12 de marzo de 2010, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de comunicaciones móviles y los servicios de comunicaciones máquina a máquina.

f) La provisión de servicios de radiobúsqueda.

g) La utilización a nivel interno por los operadores de redes públicas de comunicaciones móviles y por los prestadores del servicio telefónico disponible al público en redes públicas de comunicaciones móviles para encaminamiento de tráfico de usuarios en roaming y de usuarios desplazados, buzón de voz, desvíos de llamadas invocados por el usuario llamado o identificación de equipos de red.

h) Numeración necesaria para abastecer a la red de distribución minorista, tal como numeración para nuevos clientes, numeración en proceso de baja, o numeración de clientes inactivos.

2. No se permitirán otros usos no contemplados en el punto anterior."



Se establecía un plazo transitorio de 12 meses para que los prestadores de servicios de comunicaciones móviles efectuaran la adecuación de las condiciones de uso de la numeración móvil a lo previsto en el artículo 1, siendo el término de dicho plazo el 13 de junio de 2014.

Resulta, pues, acreditado el incumplimiento por la recurrente de las condiciones determinantes de la asignación de numeración, desde el 13 de junio de 2014. Si bien, por aplicación del plazo de prescripción de dos años para las infracciones graves (artículo 83.1 Ley 9/2014), solo se toma en consideración la actuación infractora desarrollada durante los dos años anteriores a la notificación a la entidad interesada de la incoación del expediente sancionador.

Como se ha expuesto, considera el tribunal acreditada suficientemente la conducta infractora, sin que los motivos de impugnación invocados en este recurso, esencialmente reiterativos de lo alegado en el expediente, pasen de ser meras alegaciones de parte, que no desvirtúan lo obrante en el expediente ni el análisis realizado por la Comisión demandada.

El artículo 77.19 de la Ley 9/2014, al tipificar 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", no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención.

En el presente caso, la imputación a la entidad recurrente se hace a título de dolo. Se razona suficientemente en la resolución impugnada que se evidencia de la conducta del operador la falta de voluntad por parte de Opera de poner fin al uso irregular de la numeración móvil de Orange, siendo plenamente consciente del incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2013.

Por tanto, de conformidad con lo que arriba expuesto, concurren los elementos objetivo y subjetivo integrantes del tipo de infracción por el que se sanciona a la entidad actora, la conducta resulta antijurídica y está acreditada la concurrencia del elemento culpabilístico.

Asimismo, está justificada ampliamente, a juicio del tribunal, la sanción impuesta, de cuantía notablemente inferior a la máxima que podría imponerse, por aplicación del artículo 79.1.c) del texto legal. Se hace una razonada ponderación de las circunstancias a valorar, recogidas en el artículo 80 de la LGTel y en el artículo 29.4 de la LRJSP.

En todo caso, no cabe hablar de falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, teniendo en cuenta que se encuentra muy alejada del máximo previsto para las infracciones graves - hasta dos millones de euros-.

El expediente de información previa se inició el 9 de enero de 2017 y el expediente sancionador se incoó el 6 de julio del mismo año, por lo que, teniendo en cuenta las múltiples actuaciones realizadas, no parece que se haya producido una dilación injustificada de ese expediente.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena a costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Manuel Infante Sánchez**, en nombre y representación de la mercantil **OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA. S.L.**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Con condena en costas 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 **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.