



Roj: **SAN 915/2021 - ECLI:ES:AN:2021:915**

Id Cendoj: **28079230082021100115**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **26/02/2021**

Nº de Recurso: **1060/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001060 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07143/2018

Demandante: MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.U.

Procurador: SR. PÉREZ VIVAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

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

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintiseis de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 1060/2018** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **Sr. Pérez Vivas** en nombre y representación de **MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.U.**, contra dos resoluciones dictadas el día 27 de septiembre de 2018 en sendos expedientes sancionadores por la Comisión Nacional de los Mercados y la frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, con una cuantía de 40.800 euros. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada mediante escrito de 4 de junio de 2018.

Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- Me diante escrito de 9 de mayo de 2019 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia " *por la que, conforme a los motivos de impugnación expuestos en el presente escrito, se estime íntegramente nuestra demanda y se declare la nulidad o subsidiaria anulabilidad de la resolución sancionadora de fecha 27/09/2018 en el expediente sancionador SNC/DTSA/141/17/USO INDEBIDO 902 MASVOZ, y también de la resolución sancionadora dictada en fecha 27/09/2018 en el expediente sancionador SNC/DTSA/140/17/USO INDEBIDO 902 EAGERTECH todo ello con expresa imposición de costas de adverso.*"

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La representación procesal de ASTEL igualmente contestó a la demanda y se opuso a la misma, solicitando su desestimación.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 24 de febrero de 2021 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Son objeto del presente recurso de contencioso-administrativo:

1- la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la sesión celebrada el 27 de septiembre de 2018, por la que se resolvió el expediente sancionador SNC/DTSA/141/17/USO INDEBIDO 902 MASVOZ y se declaró a MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.U., responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 77.19 de la Ley 9/2014 por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración, imponiéndole una sanción de multa de 25.000 euros.

2- la Resolución adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la sesión celebrada el 27 de septiembre de 2018, por la que se resolvió el expediente sancionador SNC/DTSA/140/17/USO INDEBIDO 902 EAGERTECH y se declaró a MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L., responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 77.19 de la Ley 9/2014 por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración, imponiéndole una sanción de multa de 26.000 euros.

La parte dispositiva de la *primera* tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO .- Declarar a la entidad Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. (anteriormente Eagertech 21, S.L.U.) responsable 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 atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Imponer a Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., una sanción por importe de veintiséis mil euros (26.000 €) por la anterior conducta.

TERCERO.- Aprobar la reducción sobre la sanción de 26.000 € en un 20%, por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como consecuencia de haber realizado el pago voluntario con anterioridad a dictarse la resolución, minorándose la sanción hasta la cuantía de 20.800 € (veinte mil ochocientos euros).

CUARTO. - Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

QUINTO. - Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ."



La parte dispositiva de la *segunda*, tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar a la entidad Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. 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 atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Imponer a Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., una sanción por importe de veinticinco mil euros (25.000 €) por la anterior conducta.

TERCERO.- Aprobar la reducción sobre la sanción de 25.000 € en un 20%, por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , como consecuencia de haber realizado el pago voluntario con anterioridad a dictarse la resolución, minorándose la sanción hasta la cuantía de 20.000 € (veinte mil euros).

CUARTO.- Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

QUINTO.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ."

Es relevante señalar lo siguiente: Eagertech y Masvoz formaron parte del mismo grupo empresarial hasta que se llevó a cabo la fusión por absorción por parte de Eagertech -como entidad absorbente- sobre Masvoz, según la escritura otorgada el 4 de agosto de 2017 e inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de noviembre de 2017.

En virtud de la Resolución de 6 de febrero de 2018 se procedió a la extinción de la condición de operador de la entidad MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores, y a la inscripción de la modificación de la denominación social de EAGERTECH por la de MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. (RO/DTSA/1193/17/CANCELACIÓN).

SEGUNDO-. Son antecedentes relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

en ambos casos se instruyeron por la CNMC expedientes sancionadores por existir indicios de que la empresa en cuestión había incumplido las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidos en el Reglamento de Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por R.D. 2296/2004. Y ello porque, en virtud de lo previsto en el Anexo del Plan Nacional de Numeración Telefónica (anexo del Reglamento citado), el rango 902 es una numeración de pago por el abonado llamante " *sin retribución para el llamado*", habiéndose contemplado distintas cláusulas relativas a una " *retribución*" por el tráfico generado hacia la numeración 902, en los contratos y documentación aportados por MASVOZ en agosto de 2015.

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en las dos resoluciones administrativas impugnadas, si bien deben resaltarse los que a continuación se recogen.

Los hechos probados son los siguientes en el primer expediente (140)

Eagertech retribuyó a New Business por el tráfico generado hacia numeración 902 durante el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016.

Eagertech constaba inscrita en el Registro de operadores como persona autorizada para el servicio de reventa del servicio telefónico fijo, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 8 de octubre de 2004, y para la explotación de una red telefónica pública fija y la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, en virtud de la Resolución de la CMT de 11 de agosto de 2005, entre otros servicios.

El expositivo primero del contrato señala que Eagertech (descrito como "+ VOZ") se encuentra habilitada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y en particular, para los servicios de red inteligente, y añade que también es un operador del servicio de red de tarificación adicional, prestando soluciones a todas aquellas compañías que deseen utilizar determinado tipo de numeración. En particular, su cláusula tercera establece que Eagertech se compromete a poner en funcionamiento todos los medios necesarios para cursar el tráfico telefónico dirigido hacia los números especificados.

El contrato no contempla la numeración comercializada por New Business, si bien, mediante escrito de 28 de agosto de 2015, Eagertech facilitó un listado con 446 números del rango 902 cedidos a New Business.

New Business contrató con Eagertech la actividad económica respecto a sus clientes finales, es decir, comercializando la numeración 902 a otras entidades o usuarios.



Los hechos probados son los siguientes en el segundo expediente (141):

Masvoz retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 de abonados contratados por el grupo empresarial (en particular, Eagertech), numeración 902 asignada o portada a Masvoz, en el periodo comprendido entre agosto de 2015 y noviembre de 2017.

El resumen es que MASVOZ percibía unos ingresos de EAGERTECH relacionados con el servicio de acceso especial que prestaba a esta empresa, mientras que este último era retribuido por el tráfico cursado hacia la numeración explotada por el mismo, entre otras, numeración 902.

TERCERO- En el escrito de demanda se comienza recordando que la sociedad Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., posteriormente sería absorbida por Eagertech, 21, S.L.U. (en agosto de 2017), y ésta última, cambió su denominación social por la de la anterior empresa, Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L.

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- Nulidad de las resoluciones sancionadoras por vulneración de la doctrina de los actos propios, de la seguridad jurídica, del principio de buena fe en la actuación de la Administración, y del principio de confianza legítima.

- Vulneración del principio de legalidad sancionadora, de tipicidad y del principio de responsabilidad únicamente en relación a la sanción impuesta en el *expediente 140/17*. Los hechos que la resolución sancionadora considera probados no constituyen la infracción tipificada como grave en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones.

CUARTO- El Abogado del Estado en nombre de la Administración demandada, alega lo siguiente: en cuanto al primer motivo de recurso, según lo previsto en el art. 19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, LGTel, para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.

Recuerda el contenido de los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados, y las exigencias del Plan Nacional de Numeración Telefónica que figura como Anexo del Real Decreto 2296/2004 y alega que antes de la reforma del año 2014 no se incluía en el TRLGDCU mención alguna al coste de las llamadas a servicios de atención telefónica a clientes, estableciéndose únicamente una obligación de " *atención directa*". En cambio, esta cuestión está expresamente regulada tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

En todo caso, faltan los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para que pudiera apreciarse la infracción del principio de confianza legítima. A esto se suma la inexistencia de un pretendido derecho a la igualdad en la ilegalidad.

En cuanto al segundo motivo de recurso, pone de manifiesto que para que concurrieran los elementos del tipo infractor, siempre según la parte actora, sería necesario que MASVOZ retribuyera al abonado llamado; algo que aquí no se ha producido, puesto que era New Business y no Eagertech quien contrataba las líneas 902 con los abonados llamados y quien retribuía las llamadas.

Pues bien, en este caso, Eagertech facilitó, como titular de la asignación, a New Business, según señala en su escrito de 28 de agosto de 2015 (folios 432 a 449 del expediente), 446 números del rango 902 para su comercialización. Por tanto, Eagertech (actual MASVOZ) era el responsable legal del uso de la citada numeración, y si conocía el uso indebido de la misma debería haber rescindido el contrato con New Business y/o haber puesto en conocimiento de la CNMC dicho uso indebido; pero, sin embargo, no hizo ni lo uno ni lo otro.

Continúa alegando el Abogado del Estado que, las relaciones e intermediarios entre el abonado y el STA son irrelevantes para el abonado, ya que él contrata con MASVOZ y el pago de la llamada se realiza a MASVOZ; retribuyendo en parte al llamado. MASVOZ era parte de la cadena de servicios mayoristas, sin que quepa que eluda su responsabilidad; siendo frecuente en este mercado de servicios de numeración especial que entre el titular del número y el usuario final haya una o varias entidades intermediarias. La recurrente conocía y consentía el contrato tipo de NEW BUSINESS con sus clientes en relación con el uso de sus números 902.

QUINTO- La normativa de aplicación al supuesto enjuiciado viene constituida en primer lugar por el artículo 77 de la ley 9/2014 General de Telecomunicaciones que tipifica las infracciones graves y entre ellas en el apartado 19:

" *el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración*".



El artículo 19 de esta ley por su parte establece los principios generales, y en concreto en el apartado 1 que: " *Para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.*"

En el Reglamento de Mercados, REAL DECRETO 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración se recoge en el artículo 38 que " *Las asignaciones de recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación serán públicas, salvo en lo relativo a materias que puedan afectar a la seguridad nacional.*"

En el artículo 31 párrafo 1 se establece:

" *Las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional serán cursadas por los operadores en los términos que se especifiquen en el Plan nacional de numeración telefónica o en sus disposiciones de desarrollo, respetando, en particular, la posible indicación sobre precios y contenidos que, de acuerdo con los citados términos y disposiciones, esté incluida en los números o, en su caso, en los nombres correspondientes.*"

En el artículo 59 regula las condiciones generales para la utilización de los recursos públicos de numeración y establece que " *La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales: a. Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo (...).*"

En concreto, sobre la utilización del número 902 en el Anexo del Real Decreto "Plan nacional de numeración telefónica" se regula entre otras cuestiones el "Rango de numeración para servicios de tarifas especiales" señalando que " Este plan de numeración atribuye inicialmente los segmentos N=8 y 9, para el valor cero de la cifra X, excepto el acceso a Internet, a los servicios de tarifas especiales, en los que el usuario llamante afronta unas cargas mayores o menores que el coste real de los medios de telecomunicaciones empleados por los operadores (tales como los servicios de cobro revertido automático, de coste compartido y de tarificación adicional)".

En el apéndice " *Listado de atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica*", aparece entre otras " *cifras iniciales del número nacional*" el 902, con longitud máxima y mínima del número nacional 9, y con la siguiente utilización:

" *Servicio de llamadas de pago por el abonado llamante sin retribución para el abonado llamado.*"

SEXTO- Co mo se ha recogido en el fundamento jurídico anterior el artículo 31 pfo. 1 del Reglamento de Mercados establece la obligación para los operadores de que las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional sean cursadas en los términos que se especifican en el PNN. Por lo tanto, si la recurrente en las situaciones descritas en los hechos probados de las resoluciones impugnadas, que no son puestos en entredicho por la parte actora respecto de uno de los expedientes, aunque sí respecto del 140/2017, ha retribuido el tráfico telefónico hacia números 902, ha incumplido las obligaciones impuestas en el Reglamento de Mercados y en el PNN.

A fin de valorar el primer motivo de impugnación, que se fundamenta en que " *la retribución al abonado llamado en líneas 902 ha venido siendo generalizada en el mercado en los últimos años*" citando y analizando lo que habría ocurrido en otro expediente anterior, y que por ello considera se ha vulnerado el principio de buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica, es preciso recordar la evolución legislativa en la materia, como puntualiza el Abogado del Estado.

Son de aplicación los siguientes preceptos:

I-. *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Artículo 21.2 , régimen de comprobación y servicios de atención al cliente: " Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance.*"

II-. *Ley 3/2014, artículo cuatro: " Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 21, que quedan redactados del siguiente modo:*



2. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada. Se deberán identificar claramente los servicios de atención al cliente en relación a las otras actividades de la empresa, prohibiéndose expresamente la utilización de este servicio para la utilización y difusión de actividades de comunicación comercial de todo tipo.

En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. A tal efecto, se entiende por tarifa básica el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que no incorpore un importe adicional en beneficio del empresario."

Ha tenido lugar la inclusión de una previsión específica que antes no estaba presente: " el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica". Esto abunda en la prohibición que establece el PNNT de retribución al abonado llamado de los números 902.

En todo caso, la Resolución del consejo de la CMT de fecha 14 de enero de 2010, pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia del Instituto Nacional de Consumo relativa al supuesto uso indebido de numeración 902 con retribución al llamado y uno de los operadores que respondió al requerimiento de información fue EAGERTECH 21 SL. Y lo que se concluyó entonces fue que "siempre que un número 902 no suponga en todo caso un pago mayor del que correspondería al precio "normal" de la llamada, con la intención de que haya retribución al llamado, debe entenderse que se está respetando el Plan de Numeración, pues teniendo en cuenta los dos principios esenciales que sienta la ley en materia de numeración y que anteriormente describíamos, se estaría respetando el principio de transparencia y no habría razón alguna para impedir que la libre voluntad de los agentes intervinientes llegaran a los acuerdos que tuvieran por conveniente."

Pero igualmente se establecían medidas correctoras posibles, que no es preciso recordar en este momento. La reforma operada, y que se ha reproducido más arriba, no hace sino reforzar estas conclusiones.

Como consecuencia de todo lo anterior, se han instruido varios expedientes sancionadores, y en los mismos, se ha producido el archivo cuando no se acreditó que existiera retribución a los usuarios finales y abonados llamados titulares de numeración 902 (asunto COLT), o se han impuesto sanciones (asunto Telecoming, y asunto Digital Virgo, resoluciones de fecha 27 de septiembre de 2018).

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 1999 (RCA 594/1995), 17 de junio de 2003 (RCA 492/1999) 6 de julio de 2012 (RCA 288/2011), 22 de enero de 2013 (RCA 470/2011), y 21 de septiembre de 2015 (RCA 721/2013), sostiene que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta " el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones".

Este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa, pues como afirma las sentencias de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002) y de 20 de septiembre de 2012 del Alto Tribunal, " si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado".

Ahora bien, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que se refiere a " la creencia racional y fundada de que por actos anteriores", la Administración habría de adoptar una determinada decisión con fundamento en que hubo una serie de signos concluyentes. No es el caso, como se ha visto, a tenor del contenido de la resolución del Consejo de la CMT de fecha 14 de enero de 2010.



El Tribunal Supremo igualmente ha establecido que la violación del principio de confianza legítima debe ser apreciada por los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando constaten que el poder público utiliza de forma injustificada y abusiva sus potestades normativas, adoptando medidas desvinculadas de la persecución de fines de interés general, que se revelen inadecuadas para cumplir su objetivo y que sorprendan las expectativas legítimas de los destinatarios de la norma. No es claramente el caso por el conjunto de circunstancias descritas en las resoluciones impugnadas.

No se aprecia, en consecuencia, la alegada infracción de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

SÉPTIMO- Ex clusivamente en relación con el expediente 140/2017 se alega la vulneración del principio de legalidad sancionadora, de tipicidad y de responsabilidad.

En resumen, sostiene la parte actora, que "no tiene lugar un elemento fáctico esencial del ilícito administrativo, concretamente la retribución al abonado llamado, pues mi mandante en ningún caso realizó retribución alguna al abonado llamado," lo que se deduciría del propio relato de hechos que hace la CNMC en la resolución sancionadora.

En conclusiones insiste en que "sancionar por la infracción del art. 77.19 Ley 9/2014 como consecuencia de utilizar la numeración 902 retribuyendo al abonado llamado (lo que prohíbe el PNNT), implica que sólo pueda ser responsable aquel operador que haya contratado la línea 902 con el abonado llamado y le retribuya por las llamadas al mismo 902, y es un hecho probado que mi mandante, Masvoz, ni contrató con los abonados llamados ni abonó retribución alguna a los mismos, por lo que su actuación (prestar a New Business el servicio soporte del servicio telefónico de red inteligente), no constituye el ilícito administrativo del art 77.19 Ley 9/2014 ni, en consecuencia, pudo serle atribuida responsabilidad alguna por tal conducta, responsabilidad que, en su caso, tan solo podría haber recaído en la mercantil New Bussines que es la que, según refiere la propia CNMC, contrató las líneas 902 con los abonados llamados y los remuneró, desconociéndose si, al haber sido disuelta y extinguido dicha sociedad, es lo que llevó a la CNMC a sancionar incorrectamente a mi mandante."

La CNMC recoge en los hechos probados, y no ha sido puesto en entredicho por la recurrente, la relación contractual que mantuvo con NEW BUSINESS:

"En el expositivo segundo del contrato se contemplan las dos modalidades de relación contractual o programas que podía suscribir New Business con Eagertech, y que son:

a) Modalidad Canal Integrador (integrador) que señala: "El partner integrador realiza por su cuenta y riesgo la actividad económica con sus clientes finales, integrándolo con el resto de su actividad comercial. Eagertech mantiene una única relación mercantil con el Integrador y desconoce la identidad de los clientes finales".

b) Modalidad Canal Partner (partner) que señala: "El partner percibe comisiones por sus labores comerciales y siendo Eagertech quien mantiene una relación mercantil con el cliente final". [FIN CONFIDENCIAL]

En su expositivo tercero, el contrato señala que New Business participará como partner de Eagertech. Sin embargo, a lo largo del contrato se observa que algunas de las condiciones generales y particulares se refieren también a las de integrador.

Dicha cuestión es aclarada por Masvoz en su escrito de 7 de marzo de 2018 (folios 914 a 918), previo requerimiento efectuado por la instructora mediante escrito de 20 de febrero de 2018, señalando que New Business contrató en la modalidad de "integrador" (folios 909 y 910).

Por tanto, New Business contrató con Eagertech desempeñando por su cuenta y riesgo la actividad económica respecto a sus clientes finales, es decir, comercializando la numeración 902 a otras entidades o usuarios."

Se añade la referencia al procedimiento administrativo sancionador tramitado y resuelto contra NEW BUSINESS condenado como responsable de una infracción del artículo 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Se alcanza así la primera conclusión relevante para enjuiciar la responsabilidad debatida de la ahora actora por esta infracción: New Business ha actuado como revendedor del servicio telefónico a través de la numeración recibida por Eagertech.

El segundo elemento o conclusión relevante es que el análisis de las facturas emitidas por New Business a Eagertech permite comprobar que contienen los conceptos facturados en relación con la numeración 902, entre los que aparecen la franja horaria en la que se efectúan las llamadas, diferenciándose según el origen de la llamada -internacional, móvil, fijo, etc.-, el número total de minutos por llamada generada y el precio por unidad (por minuto retribuido).

Las facturas igualmente proporcionan una información similar relativa a la numeración de tarificación adicional que también tenía contratada New Business.

Se acreditó así en el expediente administrativo que New Business facturó en el año 2015 un importe total por el tráfico generado hacia la numeración 902 que ascendió a una cifra determinada y a otra cifra determinada en el año 2016. En sus alegaciones en el expediente MASVOZ señaló que (escrito de 14 de mayo de 2018) " *la retribución por los servicios 902 es una práctica común entre todos los operadores, sin excepción, que no solo no ha supuesto un incremento del margen o negocio por esta actividad, sino todo lo contrario, nos ha supuesto una importante discriminación de beneficio, y en consecuencia, un grave perjuicio económico para Masvoz*".

Es decir, en línea con lo alegado anteriormente, considera que es una práctica común entre los operadores.

El tercer elemento o dato tomado en consideración para concluir en la responsabilidad de la recurrente es el hecho no debatido de que Eagertech cuando fue requerido para aportar los contratos suscritos con los abonados llamados, alegó que no mantenía relación jurídica con los abonados de la numeración 902 pero al tiempo facilitó la copia de un contrato tipo denominado "Líneas 902 Gratis contrato de línea", que era el que suscribiría New Business con sus abonados.

El cuarto elemento es que Eagertech facilitó a New Business, según reconoció por escrito, 446 números del rango 902 para su comercialización. Dichos números fueron listados por el operador en el citado escrito. De estos 446 números, para 232 números aparece Eagertech/Masvoz como operador donante o receptor de la portabilidad en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2012 y finales de 2016 o principios del año 2017 que es la fecha de resolución del contrato entre Eagertech y New Business. Otro número está asignado a Masvoz, y para los 213 números restantes se comprueba que se encuentran portados hacia otros operadores.

OCTAVO- En los artículos 38 letra b y 59 letras c y e del Reglamento de Mercados se establece:

- . Artículo 38 b) " *Los recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones generales:.... b) Deberán permanecer bajo el control del operador titular de la asignación*"

- . Artículo 59 c) y e):

" *La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales: "c) Los recursos asignados deberán permanecer bajo el control del titular de la asignación.....e) Los recursos públicos de numeración deberán utilizarse por los titulares de las asignaciones de forma eficiente y con respeto a la normativa aplicable y, en todo caso, antes de que transcurran 12 meses desde su asignación*".

En la resolución impugnada se analiza la utilización de la numeración 902 por "EAGERTECH" y se dice que " *Eagertech (Eagertech o Masvoz) como operador prestador del servicio telefónico fijo, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902 de conformidad con lo señalado en los artículos 30 , 31 y 59 del Reglamento de Mercados y, por tanto, debe adecuarse a lo fijado por la norma de atribución. Concretamente, a la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Asimismo, debe tenerse en cuenta que Eagertech tenía asignado, en el momento de producirse la infracción, el rango 902 737 y, por tanto, conocía el uso que debía darse a través del rango 902 y pese a ello incumplió lo señalado en el PNNT.*

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Eagertech ha incurrido en una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución, pues retribuyó a través de la numeración 902 al abonado llamado, a través de New Business en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016."

La sanción se impone a EAGERTECH porque su participación fue imprescindible para que la retribución llevada a cabo en el plano minorista por parte de NEW BUSINESS fuera posible, y ello por dos razones:

- . EAGERTECH facilitó la numeración a NEW BUSINESS

- . Retribuyó a NEW BUSINESS por el tráfico cursado hacia la numeración 902.

El responsable legal del uso de la numeración era EAGERTECH, y pese a tener conocimiento del contrato tipo de NEW BUSINESS incluyendo el uso de la numeración 902, se mantuvo el incumplimiento de las condiciones que tenía impuestas para el uso de dicho número.

El principio de responsabilidad no se opone a que se declare la responsabilidad de varias personas físicas o jurídicas por un hecho antijurídico, debiendo concurrir en todo caso el elemento subjetivo de la infracción.

La STC 246/1991, de 19 diciembre afirmó que " *...si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho*



administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 -EDJ 1987/18- por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990). En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991 -EDJ 1991/7287-). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990)..."

En este supuesto la alegada infracción del principio de responsabilidad no se aprecia por la Sala, porque la empresa actora era según el ordenamiento jurídico, la responsable del uso de la numeración asignada, conocía (o debía conocer) la prohibición de remuneración al llamado, y tenía conocimiento cierto también del uso de la numeración y remuneración correspondiente, consignados en los contratos suscritos por New Business. No se está responsabilizando a la recurrente por un hecho ajeno, sino que, como claramente se establece en la resolución impugnada, se imputa a MASVOZ la falta de diligencia debida como responsable en las circunstancias descritas.

En el auto del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 2012 se da respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la sanción impuesta al titular de una licencia de autotaxi por infracciones consistentes en ocultar la tarjeta identificativa, cargar viajeros fuera de la parada establecida y prestar servicio sin conectar el taxímetro, infracciones cometidas cuando no prestaba servicio el titular de la licencia sino un conductor contratado por él. En la demanda se alegó que la sanción impuesta vulneraba el principio de culpabilidad, pues el titular de la licencia no había cometido los hechos que se le imputaban.

En dicho auto el Tribunal Constitucional dijo:

" Sobre este primer punto interesa subrayar que el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990, de 26 de abril, FFJJ 4 y 5; y STC 246/1991, de 19 de diciembre , FJ 2).

Por ello, hemos afirmado que "no existe responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del ius puniendi y de la potestad sancionadora y ello conlleva la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable" (STC 103/1995, de 3 de julio , FJ 3), si bien la vigencia del principio de culpabilidad en las sanciones administrativas no es tan intensa como en la sanción penal, pues puede ser matizada y así lo hemos declarado en las SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4; STC 246/1991, de 19 de diciembre , FJ 2; y 129/2003, de 30 de junio , FJ 8.

4. El examen de la constitucionalidad del precepto legal cuestionado debe hacerse desde la perspectiva de los deberes legales y reglamentarios a los que viene obligado el titular de la licencia de auto-taxi. Así, en hipótesis, el incumplimiento de estas obligaciones derivadas de su condición de titular de la licencia determinaría la posible apreciación de una conducta negligente por faltar a los deberes que le impone la normativa sobre la explotación económica de dicha licencia, con sujeción al Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de transporte público urbano en automóviles de turismo en relación con las dos disposiciones legales cuestionadas.

Por tanto, la responsabilidad prevista legalmente es consecuencia del incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad de explotación del transporte de viajero mediante el auto-taxi que le es exigible tanto al empleado que se encarga materialmente de la prestación del servicio público de auto-taxi como al empleador titular de la licencia. En este sentido, el titular de la licencia viene obligado a procurar, en el círculo de su actividad económica, que la explotación de la licencia de auto-taxi se desarrolle con observancia de la normativa que la regula, obligación que alcanza a adoptar la medidas necesarias para que aquellas personas que han sido contratadas a tal fin observen la normativa sobre el auto-taxi.

Por ello, la norma administrativa sancionadora impone al titular de la licencia de auto-taxi la responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la realización de transportes o actividades sujetos a concesión o autorización administrativa, responsabilidad que se exige a las personas físicas o jurídicas, titulares de dicha autorización, independientemente de que las acciones u omisiones de las que dicha responsabilidad derive hayan sido materialmente realizadas por ellas o por el personal de su empresa, sin perjuicio de que puedan deducir las



acciones que, a su juicio, resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones, tipificando así de una manera autónoma una conducta cuyo presupuesto fáctico puede haber sido cometido por un tercero."

En el auto se citan otros del propio Tribunal Constitucional dictados examinando cuestiones semejantes, y autorizan la conclusión alcanzada por esta Sala de que, en el supuesto de autos, la norma y la decisión administrativa sancionadora dictada en aplicación de la misma, encuentran su fundamento en la exigencia de garantizar el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones: que se cumplan 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, las condiciones de utilización de la numeración 902. En este caso, a la responsable del uso de la numeración asignada.

Procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar las resoluciones impugnadas.

NOVENO- Por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la ley jurisdiccional procede condenar al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso .

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.U.**, contra dos resoluciones dictadas el día 27 de septiembre de 2018 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

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.