



Roj: **SAN 1245/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1245**

Id Cendoj: **28079230082021100155**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/03/2021**

Nº de Recurso: **4/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000004 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00021/2019

Demandante: DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A.

Procurador: D. RAFAEL GAMARRA MEGÍAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA Nº :

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 diecisiete de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **4/2019** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Rafael Gamarra Megías**, en nombre y representación de **DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A.**, contra resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impone sanción de 37.000 euros, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los recursos públicos de la numeración 902.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia declarando la anulación de la resolución recurrida y dejando sin efecto la sanción impuesta, condenando en costas a la administración demandada.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 3 de marzo de 2021.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de la CNMC, objeto de impugnación, señala:

<<Hechos probados **Jet Multimedia -denominada Digital Virgo en la actualidad- retribuyó por el uso de numeración 902 a El Muelle, en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017.**

Este hecho probado resulta de la información contenida en el periodo de información previa IFP/DTSA/422/15 y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

A continuación, es preciso examinar la relación contractual mantenida entre Digital Virgo y El Muelle para después analizar la comisión obtenida por El Muelle y la numeración 902 cedida por Digital Virgo a El Muelle....

Consultado el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas (Registro de operadores) se constata que Digital Virgo está inscrito, entre otros servicios, como revendedor del servicio telefónico fijo en acceso indirecto, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 23 de diciembre de 2004 (RO 2004/1910) y como prestador del servicio telefónico fijo, en virtud de la Resolución del Secretario de la CMT de 7 de julio de 2005 (RO 2005/1017). Por otro lado, se constata que El Muelle no consta inscrito en el Registro de Operadores.

En la cláusula primera del contrato se delimitan los servicios contratados por El Muelle y que son, entre otros, los siguientes: (i) servicios y facilidades de enrutamiento avanzado de llamadas de voz, tales como la asignación y activación de numeración de servicios avanzados de voz 902, la configuración y activación de árboles de enrutamiento de voz, la recogida del tráfico de usuario final hacia numeración 902 y servicios de enrutamiento avanzado de llamadas de voz a través de numeración 902 (a través de operadores) y la terminación del tráfico en los números asignados por el cliente y (ii) servicios avanzados de locuciones personalizadas de voz. Así, y a diferencia de lo que señala Digital Virgo en sus alegaciones, no es controvertido el hecho de que el objeto de dicho contrato sea la prestación de una serie de servicios. En cuanto a los pagos que median entre el operador Jet Multimedia y el cliente, sólo se prevé una comisión para El Muelle en el cuerpo principal del contrato, si bien las cláusulas B), C) y D) del addendum recogen y detallan las condiciones económicas que percibirán ambas entidades.

La cláusula A) establece los costes que asumirá el usuario final cuando llame a la numeración 9023.

La cláusula B) contempla una comisión por gestión comercial (específica para la numeración 902) que satisfará Jet Multimedia a El Muelle. Así, de conformidad con la cláusula 5.1, " *el cliente percibirá su comisión conforme documento adjunto*".

Dicha comisión es cuantificada en función del volumen de tráfico recibido en la numeración 902, variando su importe según la línea desde la que se origina la llamada -fija o móvil- y el horario en que se produzca -normal o reducido-. Del cuadro se constata que, cuanto mayor volumen de tráfico se genere en horario normal y desde una línea fija, mayor será el importe -euros/minuto- que percibirá El Muelle.

La cláusula C) recoge el precio que tendrá que pagar el cliente por el desvío que se efectúe desde la numeración 902 hacia la numeración móvil, diferenciándose dicho importe según el horario en que se efectúe la llamada: 0,2855 € en horario normal y 0,1584 € en horario reducido.

La cláusula D) contempla tanto las cuotas que satisfará El Muelle a Jet Multimedia por los servicios contratados, como las comisiones que percibirá El Muelle. En función de los servicios contratados los importes varían, siendo estos los siguientes:



- (i) el servicio de centralita virtual conllevará una cuota de 45 euros y una comisión a favor de Jet Multimedia, por la gestión comercial -antes referida-,
- (ii) para el servicio intercall se fija una cuota mensual de 0 € y una comisión por gestión de 0,01 € -se presume que será por minuto-,
- (iii) para el servicio *fax to mail* se fija una cuota mensual de 15 € y no se prevé una comisión de gestión y
- (iv) por el servicio de routing manager se cobra una cuota de 15 € y Jet Multimedia recibe una comisión por gestión comercial -antes referida.

Por último, en la cláusula F) se regulan las condiciones del pago de la comisión por gestión comercial (...)

Digital Virgo señaló que El Muelle, durante el año 2015, gestionó191 minutos obteniendo unos ingresos brutos de 42,77 €, en el año 2016 gestionó 197 minutos obteniendo unos ingresos brutos de 36,91 € y en el año 2017 gestionó 170 minutos, reportándole unos ingresos brutos de 40,45 €. Por consiguiente, se generó un total de 558 minutos hacia la numeración 902 y un ingreso total por importe de 120,13 euros, en todo el periodo analizado.

Junto a los citados ingresos brutos, Digital Virgo también facilitó los servicios activos o contratados por el Muelle dentro del citado periodo, señalando los siguientes:

10 servicios sobre numeración 902 de *fax to mail*: recibió una comisión por gestión comercial 0 €/min y satisfizo una cuota mensual por numero cuyo importe ascendió a 5€, si bien señala que la misma fue condonada en el año 2010.

2 servicios sobre numeración 902 de Intercall: obtuvo una comisión por gestión comercial de 0,01 €/min "Flat".

1 servicio sobre numeración 902 de centralita virtual: obtuvo una comisión por gestión comercial según los precios indicados en el contrato -se refiere a los indicados respecto al volumen de tráfico generado-, y una cuota mensual que satisfizo por numero de 45€, si bien señala que la misma fue condonada en el año 2010 (...)

Por consiguiente, y en contra de lo alegado por Digital Virgo, de la información anterior se constata que, en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017, se generó tráfico hacia la numeración cedida 902 a El Muelle y, en virtud de este tráfico, El Muelle obtuvo al menos unos ingresos cuyo importe total ascendió a 120,13 €. (...)

Conclusiones del Hecho probado Único

De toda la información obtenida y analizada durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, se constata que:

- (i) Con fecha 1 de enero de 2009, Jet Multimedia y El Muelle suscribieron un contrato, mediante el cual este último contrató una serie de servicios, entre los que se encuentra la prestación por Jet Multimedia (actualmente Digital Virgo) de servicios de enrutamiento avanzados de llamadas de voz, entre otros, a través de los códigos de acceso 902 facilitados por el operador.
- (ii) Digital Virgo lista en su escrito de 31 de agosto de 2015 (folios 499 y 517) la numeración 902 cedida a El Muelle. Tras comprobarse la titularidad de la numeración, se observa que no consta asignada, subasignada ni portada a favor de dicho operador. De hecho, en virtud de la contestación de la AOP, se constata que la numeración se encuentra en su mayoría portada hacia otros operadores distintos de los asignatarios de dicha numeración. Digital Virgo alega que dicha numeración la explotó como usuario final, por lo que Jet Multimedia podría haber obtenido la numeración contratándola como usuario final a través de distintos acuerdos minoristas con los operadores asignatarios. En cualquier caso, y en contra de lo que alega Digital Virgo, este actuó como explotador de la citada numeración, pues la puso a disposición de El Muelle, como se constata del análisis anterior.
- (iii) No ha quedado probado si El Muelle cedió a terceros la numeración 902, pues no ha contestado a los distintos requerimientos efectuados durante la instrucción de presente procedimiento, aunque dicha posibilidad se recoge en la cláusula tercera del contrato.
- (iv) La cláusula quinta del contrato prevé que Jet Multimedia percibiría una comisión por gestión comercial calculada según el volumen de tráfico generado hacia la numeración 902. El importe que será satisfecho a El Muelle se prevé en la cláusula B del addendum variando dicho concepto en función del volumen de minutos recibidos en la numeración 902, el horario en que se efectúe y la línea -fija o móvil desde la que se origine la llamada.



(v) Sobre dicho concepto, Digital Virgo señala que El Muelle generó unos ingresos brutos cuyo importe ascendió a un total de 120,13 euros, en el periodo comprendido entre 2015 a 2017 -ambos incluidos-. Dicha información no se ha sustentado con la aportación de las facturas, que solicitó la instrucción, pues según indicó Digital Virgo no se cumplían las condiciones mínimas contenidas en el contrato. Dicha afirmación contraviene la cláusula F) del adendum del contrato en el que se prevé que El Muelle emita una factura por la comisión generada.

(vi) Consultado el Registro de operadores, se constata como El Muelle no consta inscrito como operador. (.....).

El presente procedimiento sancionador se inició contra Jet Multimedia, actual Digital Virgo, ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, que califica 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, concretamente, por utilizar la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica.(.....).

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de Digital Virgo, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

Se imputa a Digital Virgo la comisión de una infracción grave, a título de culpa.

No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, ya que no se dispone de todos los datos y acreditaciones documentales necesarias para su cálculo exacto. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Digital Virgo es de 2.000.000 €.

La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse el posible beneficio bruto de dicha comisión.

Se estima que concurre un criterio de graduación que ha de agravar la sanción a imponer, consistente en la continuidad y persistencia en la conducta infractora, que se llevó a cabo entre enero de 2015 y diciembre de 2017.

Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos mayoristas a través de la numeración 902.

En atención a todo lo anterior, en base al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta el criterio de graduación de la sanción anteriormente señalado, y la situación económica, se considera que procede imponer una sanción de treinta y siete mil euros (37.000 €) >>.

SEGUNDO.- Reviste especial importancia, en el presente procedimiento, hacer referencia a los antecedentes de la propia CNMC sobre el tema objeto de controversia.

En la resolución CNMC de 14 de enero de 2010, se 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.

En esta resolución se obtiene información de múltiples operadores y sus relaciones con usuarios finales de numeración 902, considerándose hecho acreditado la "existencia de retribución al llamado".

Así, se afirma que: <<en el mercado se ofrece una retribución a los llamados con numeración 902. La mencionada retribución se materializa mediante acuerdos firmados libremente entre las diferentes entidades que intervienen>>, diferenciando entre remuneración directa (por cada llamada recibida o por cada minuto de tráfico) y remuneración indirecta mediante descuentos o subvenciones.

La resolución concluye:

<<Así, podríamos hablar de 3 tipos de números de tarifas especiales. En primer lugar, aquéllos en que el precio del servicio es siempre (los 900 y 800), o normalmente (los 901), inferior al precio "normal"; aquéllos en que el precio siempre es superior al normal (907, 8031 807..., es decir los de tarificación adicional); y aquéllos otros en que el precio del servicio puede ser superior o inferior al precio "normal", que sería, tal y como describíamos en los hechos, el caso de los 902. Por tanto, lo que en ningún caso cabe en un 902 es que el precio sea siempre superior al que sería "normal", pues entonces estaríamos ante otra categoría, la de los números de tarificación adicional. Y a esto es a lo que se refiere el Apéndice del plan cuando, para describir de modo sintético en la columna "utilización". a los números 902, recoge la prohibición de que exista retribución al llamado.



Siempre que se respete lo anterior, es decir, 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.

En definitiva, la tipificación de un servicio con vistas a la atribución de un recurso escaso, no puede basarse en el resultado de acuerdos privados que beneficien en mayor o menor medida a las partes, sin influencia para el usuario que, en cualquier caso, pagará lo mismo.

En consecuencia, parece pertinente detener aquí las indagaciones y proceder al archivo de las diligencias practicadas (...)

El hecho de que muchas empresas hayan decidido utilizar numeración 902 asociada a acuerdos de retribución directa o indirecta con sus proveedores de servicios y por lo tanto que estén generando unos servicios de atención al cliente retribuidos, no es una práctica irregular en sí misma y es una decisión legítima de empresa>>.

TERCERO.- Otro antecedente que también reviste especial importancia para el presente procedimiento, es la resolución CNMV de 27 de septiembre de 2018 de la misma fecha, por tanto, de la que es objeto de impugnación. En esta resolución se resuelve el procedimiento sancionador incoado a Colt Technology Services, S.A.U. por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los recursos públicos de numeración 902.

El supuesto de hecho que se planteaba era muy similar al que ahora nos ocupa, si bien se consideraba que "no puede afirmarse que se hayan pagado comisiones en concepto de retribución por llamadas hacia la numeración 902". Por ello se acordaba "Archivar el expediente sancionador incoado".

Además del anterior supuesto, también podemos citar la decisión de la CNMC adoptada en el expediente sancionador incoado contra Telecoming, S.A., mediante resolución de 27 de septiembre de 2018, por la que se impone sanción a dicha entidad (resolución disponible en acceso público).

Se trata, pues, de tres resoluciones de la misma fecha en las que se impone sanción en dos de ellas (Digital Virgo y Telecoming) y se archiva en la tercera (Colt). En la resolución de Telecoming, se impone sanción al haberse acreditado por propio reconocimiento, una "reversión por su tráfico 902, materializado en forma de autofactura". Así, se concluía en dicha resolución: <<se ha acreditado que Telecoming retribuyó a Nuevas Inversiones por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el periodo comprendido entre febrero de 2015 y septiembre de 2016. Asimismo, se observa que dicha cantidad era compensada con los importes devengados por los pagos realizados por Nuevas Inversiones a Telecoming, por la prestación de los servicios de telecomunicaciones contratados, de tal manera que se observa en ocasiones una compensación a 0 euros en los pagos recíprocos -en concepto de reversión, y los costes para Nuevas Inversiones->>.

Más adelante, en la misma resolución, se indica: <<a lo largo de la instrucción del presente procedimiento sancionador, ha quedado acreditado que durante el periodo comprendido entre febrero de 2015 y septiembre de 2016 Telecoming retribuyó a Nuevas Inversiones por el tráfico generado hacia la numeración 902 a través de unos pagos denominados "reversiones", incluidos en las autofacturas analizadas. Dichos importes se compensaron con los importes devengados en concepto de costes incurridos por Nuevas Inversiones al prestarle Telecoming el servicio de red inteligente>>.

CUARTO.- Por tanto, la CNMC ha sancionado en el supuesto que se ha acreditado, sin lugar a dudas por expreso reconocimiento de la parte, dejando sin sanción el supuesto en que dicho extremo no ha podido darse por acreditado.

En el caso que ahora examinamos, no podemos considerar acreditado que Digital Virgo haya retribuido a El Muelle por el tráfico generado a numeración 902, en el periodo a que se refiere la resolución sancionadora.

Efectivamente, en la resolución que examinamos no se explicita el elemento fáctico que prueba los pagos, o remuneración de otro tipo, de Digital Virgo a El Muelle, por el tráfico generado. Extremo, este, que resulta trascendente para obtener la conclusión oportuna.

El Muelle ha afirmado por escrito, en las actuaciones, que la actora "no ha pagado cantidad alguna a El Muelle Servicios de Hosting, S.L., ni esta ha recibido importe alguno, durante el periodo de enero de 2015 a diciembre de 2017, ni se ha emitido factura alguna en relación al contrato de prestación de servicios de 1 de enero de 2009".



Digital Virgo ha negado en todo momento la referida retribución, en cualquiera de sus formas o variantes. Así, a modo de ejemplo, podemos citar escrito de fecha 27 de agosto de 2015, manifestando que la empresa "no retribuye ninguna línea 902. Así como escrito de 1 de marzo de 2018 en que manifiesta que "desde 2012" no se aplica comisión por gestión comercial, de tal forma que "no se han emitido facturas ni por Digital Virgo España a El Muelle, ni por ésta a la primera, durante el periodo interesado por la CNMC", refiriéndose a enero de 2015 hasta diciembre de 2017.

La actora ha aportado informe técnico, en que se refleja de se ha revisado la documentación bancaria de la empresa, constatando que no se han realizado transferencias desde DVE a El Muelle. En concreto, se concluye en el informe emitido por D. Luis Miguel :

<<DVE no ha recibido factura alguna por parte de El Muelle entre el periodo de enero de 2015 a diciembre de 2017, por lo que no se han generado obligaciones de pago por factura.

En la documentación analizada de los extractos bancarios y en las respuestas de los bancos con respecto a pagos realizados como beneficiario El Muelle, entre enero de 2015 a diciembre de 2017, no se han encontrado transferencias por parte de DVE a El Muelle>>.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del presente recurso, sin que sea preciso examinar el resto de las cuestiones planteadas por la actora.

QUINTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas a la administración demandada.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Rafael Gamarra Megías**, en nombre y representación de **DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A.**, contra resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impone sanción de 37.000 euros, la cual anulamos por su disconformidad a derecho, dejando sin efecto la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.