



Roj: **SAN 2184/2025 - ECLI:ES:AN:2025:2184**

Id Cendoj: **28079230082025100213**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/04/2025**

Nº de Recurso: **479/2022**

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: 0000479/2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01399/2022

Demandante: OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L

Procurador: D. MANUEL INFANTE SÁNCHEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a cuatro de abril de dos mil veinticinco.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **479/22**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 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 30 de noviembre de 2021, 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 30 de noviembre de 2021, 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 65.000 €.

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:

1. *Declarando la nulidad o anulando y dejando sin valor ni efecto alguno la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de noviembre de 2021 dictada en el Expediente SNC/DTSA/078/20 objeto de impugnación.*

2. *Subsidiariamente a lo anterior, se proceda a la aplicación retroactiva de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, como norma sancionadora más favorable, fijando una sanción por importe de 1.840,84 € o la que la Sala entienda oportuna conforme a la citada norma, tomando en consideración que la sanción máxima a imponer asciende a 56.641,09 €; condenando a la Administración a la devolución de la diferencia entre la cantidad en su día pagada por mi mandante y la nueva sanción impuesta, con los intereses legales correspondientes desde la fecha en que se pagó hasta su completo reintegro.*

3. *Imponiendo las costas a la Administración demandada.*

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 íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas o, subsidiariamente, para el caso de estimar el recurso interpuesto, se fije la sanción en 55.000 euros, de conformidad con la argumentación vertida en el motivo sexto del presente escrito de contestación.

CUARTO:Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 2 de abril del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:Se dirige el presente recurso contra la precitada Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2021, en virtud de la cual se impone a la entidad recurrente una sanción por importe de 65.000 euros, como responsable directa de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración.

En la resolución impugnada se declara probado que:

«ÚNICO.- Opera retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 a algunos de sus abonados, en el periodo comprendido entre enero de 2017 y enero de 2021».

Se analizan los contratos suscritos por Opera y abonados usuarios de numeración 902, facilitados por la Junta de Andalucía así como las relaciones (básicamente, facturaciones y pagos) derivadas de los mismos. Concretamente, la relación contractual entre Opera y Telecor (contrato suscrito el 20/12/2004); entre Opera y Armería Álvarez (17/06/2005); entre Opera y Select Aviation (20/10/2008). Y se concluye que:

A. De los tres (3) contratos facilitados por la Junta de Andalucía suscritos entre Opera y las empresas Telecor, Armería Álvarez y Select Aviation se constata que la operadora prestó a cada uno de ellos el servicio de red inteligente y en particular, la gestión y el encaminamiento de las llamadas. Todos ellos contienen cláusulas contractuales similares, recogiendo expresamente en las estipulaciones (...) "una retribución" por minuto del tráfico generado hacia la numeración 902.

El importe de la retribución por minuto por el tráfico generado hacia la numeración 902 de los clientes varía según el contrato suscrito por Opera. (...) Por otro lado, de la información aportada y analizada se deduce que los clientes Telecor y Select Aviation no satisfacen a Opera importes relacionados con la prestación del servicio por parte de dicho operador. Respecto a Armería Álvarez, el contrato no recoge pago alguno por parte del mismo a Opera por el servicio de red inteligente.

B. El procedimiento de facturación seguido entre Opera y sus clientes de la numeración 902 -en los contratos analizados- era el mismo. (...) Concretamente, a través de la página web de Dialoga los clientes accedían con unas claves que les facilitaba el operador, y obtenían los informes de llamadas generadas hacia la numeración 902 contratada, así como los importes denominados "reversiones". Y sobre dichos documentos sus clientes confeccionaban las facturas por el tráfico generado hacia la numeración 902 (...). Se observa que las facturas emitidas por Opera únicamente se refieren al tráfico por minutos del rango 902.

C. Los clientes de la numeración 902 analizados o se portaron a Opera, según indican los mismos, o los números fueron facilitados por esa operadora.

D. Las tres entidades que suscribieron contrato con Opera aportan las autofacturas emitidas en base a los informes emitidos con el logo de "Dialoga" u "Opera" que reflejan el tráfico generado hacia la numeración 902, así como los importes a retribuir por parte de Opera.

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". Concretamente, por utilizar la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT).

En relación con la cuantificación de la sanción, se razona que la LGTel 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.

Que en este supuesto no puede determinarse el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción, en la medida en que la infracción cometida consiste precisamente no en un ingreso del infractor sino en un pago realizado al cliente, a través de la retribución analizada. La posibilidad de retribución surge por el margen que obtienen los operadores de acceso o de red de los clientes que llaman a la numeración 902 y los costes en que incurren en su actividad. Por tanto, el beneficio sería indirecto y estaría relacionado con la consecución y fidelización del cliente, gracias en gran parte a las retribuciones pagadas -por el hecho de conseguir contratar el servicio con ese específico cliente 902 y cursar un mayor tráfico a través de numeraciones 902, al ser más atractiva su oferta que la de otros competidores-; dicho beneficio indirecto se añadiría al volumen de ingresos obtenidos en el ejercicio de su actividad prestada específicamente por Opera a Telecom, Select Aviation y Armería Álvarez. De manera que resulta imposible calcular el beneficio bruto obtenido directamente por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción.

Aplicando los criterios de graduación del artículo 80 LGT y del artículo 29.3 de la LRJSP, 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 65.000 euros.

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

1.- Caducidad del expediente sancionador.

Se afirma que entre la apertura del expediente de información previa, el 17 de julio de 2019, y el acuerdo de incoación del expediente sancionador, de fecha 10 de diciembre de 2020, transcurrió más de un año, lo que determina la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones recurridas, ex artículo 47.1 f) LPACAP o en su caso su anulabilidad conforme al artículo 48 de la misma norma. Citando el artículo 25.1.b) LPACAP y sentencias del TS. Que la LGTEL 2014 dispone en el artículo 84.4 que el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de telecomunicaciones se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las administraciones públicas, si bien "el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes".

Que en el presente caso la incoación del expediente sancionador se adoptó mediante Acuerdo de la CNMC de 10 de diciembre de 2020 y finalizó por la Resolución recurrida, fechada el 30 de noviembre de 2021, poniendo dicha resolución a disposición de la recurrente en fecha 2 de diciembre de 2021; que, no obstante, debe tomarse en consideración que con anterioridad al procedimiento sancionador hubo un expediente de información previa, iniciado en fecha 17 de julio de 2019, pero con origen en el escrito de denuncia de la Junta de Andalucía de 21 de junio de 2019, expediente informativo que no finalizó hasta el 10 de diciembre de 2020 en que se tomó el Acuerdo de inicio del expediente sancionador, por lo que tuvo una duración muy superior al plazo anual previsto en el citado artículo 84.4 LGTEL 2014. Que la jurisprudencia ha declarado de forma constante que si el expediente informativo previo se extiende más de lo necesario o el mismo se paraliza de forma injustificada o, incluso, el expediente informativo se utiliza para otra finalidad distinta, como puede

ser la de realizar actuaciones de instrucción propias del expediente administrativo y no del de información previa, el tiempo de duración del expediente de información previo debe computarse a los efectos de una eventual caducidad del expediente sancionador. Que las actuaciones previas estuvieron totalmente paradas, con inactividad absoluta por un periodo de tiempo muy superior a un año, excediendo por mucho de la finalidad propia de las actuaciones previas, según se desprende del artículo 55 LPACAP.

2.- Inexistencia de actuación infractora. Presunción de inocencia.

Alega la recurrente que, en contra de lo que se afirma en la resolución impugnada, no es cierto que OPERA retribuyese al "abonado llamado" en el marco de su relación contractual con SELECT AVIATION y TELECOR, de modo que la conducta no es subsumible en el tipo del artículo 77.19 LGTEL 2014 con respecto de dichos clientes, en la medida en que el mismo sólo integra la prohibición de retribuir al "abonado llamado" de la numeración 902, de acuerdo con el Apéndice del PNNT. Que la resolución yerra por completo al equiparar al simple "abonado" con el "abonado llamado"; que SELECT AVIATION y TELECOR no reúnen la condición de "abonado llamado", único relevante a los efectos de aplicar el tipo infractor del artículo 77.19 LGTEL 2014. Que OPERA nunca retribuyó a AER LINGUS, único "abonado llamado" (beneficiario) de las numeraciones 902, a diferencia de lo mantenido desde el inicio por la Junta de Andalucía en su denuncia de fecha 28 de octubre de 2019.

Que la entidad TELECOR es un operador de telecomunicaciones debidamente autorizado e inscrito en el Registro de Operadores; por lo que es absolutamente indiferente si OPERA retribuye o no a TELECOR por el tránsito de llamadas que éste último operador redirige. Las relaciones entre los operadores de telecomunicaciones que comparten el tráfico de llamadas para darles buen fin son totalmente ajenas a la prohibición de retribución que establece el PNNT respecto los usuarios "llamados", y por tanto no es susceptible de incurrir en la infracción atribuida a OPERA en la resolución recurrida. TELECOR, como operador de telecomunicaciones, se encarga de asegurar que las llamadas a los 902 contratados acaben en los establecimientos y sociedades del GRUPO EL CORTE INGLÉS a los que atiende, y son estos últimos a quienes llaman los usuarios que marcan los 902. OPERA no retribuye a los establecimientos y sociedades de EL CORTE INGLÉS a quienes TELECOR sirve; sólo las entidades del grupo El Corte Inglés recibían las llamadas a las numeraciones 902 contratadas por TELECOR, no la propia TELECOR.

Respecto a ARMERÍA ÁLVAREZ se alega que sí se produjo una remuneración a esta empresa, pero tal retribución no guardaba relación con el volumen o número de llamadas 902 recibidas, sino que se trataba de descuentos o bonificaciones comerciales en función del tráfico que dicha entidad mantenía, lo que constituye una práctica totalmente lícita, habitual, conocida y admitida por la propia CNMC.

3.- Inexistencia de norma que ampare la imposición de sanción. Contradicción de la normativa y jurisprudencia de la unión europea.

En apoyo de este motivo se alega que la normativa y jurisprudencia comunitaria ya ha establecido que no es contrario a su normativa que el operador pueda obtener remuneración o beneficios a través de dichas llamadas, siempre que el coste de una llamada a una línea telefónica de asistencia operada por un comerciante, en relación con un contrato celebrado, no puede exceder del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar.

Que la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en su artículo 21, establece: *"Los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor -cuando se comunique con el comerciante- no esté obligado a pagar más de la tarifa básica.*

Lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas."

Que el TJUE establece que no es contrario a la normativa comunitaria, y por tanto no es ilegal, que el comerciante (titular de la línea) pueda obtener beneficio con la numeración usada para relacionarse con el usuario/consumidor, siempre y cuando el coste de la llamada a una línea telefónica de asistencia operada por dicho comerciante, en relación con un contrato celebrado, no exceda del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar. Por lo que no existe norma que ampare la imposición de sanción alguna, toda vez que la normativa nacional que sirve de sustento para la incoación del expediente es contraria a la normativa comunitaria y por tanto no puede ser empleada a los efectos sancionadores pretendidos por la CNMC.

4.- Subsidiariamente, indebida graduación de la sanción e infracción del principio de proporcionalidad.

Se alega que el acto impugnado infringe el principio de proporcionalidad regulado en el artículo 29.3 LRJSP, el artículo 80 de la LGTel. El principio de proporcionalidad impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el ordenamiento jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.

Que la resolución recurrida carece de la debida justificación de la sanción impuesta a partir de las circunstancias concurrentes, dejando de ponderar aquellas circunstancias supuestamente tomadas en cuenta para cuantificar la multa aplicable y omitiendo por completo otras circunstancias concurrentes y relevantes en aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción a imponer, como es el caso del beneficio obtenido por medio de la presunta infracción cometida o la inexistencia de intencionalidad y la escasa repercusión social de las infracciones. Y parte erróneamente del hecho de que el límite máximo de la sanción en caso de infracciones graves es de dos millones de euros; siendo el criterio preferente para la determinación de la sanción a imponer al infractor el *"beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción"*. En primer lugar, la Administración ha de determinar y cuantificar en primer término el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción cometida, sin que pueda elegir discrecionalmente cómo ha de determinarse la sanción. Y, en este caso, la propia resolución sancionadora señala que las empresas a las que presuntamente habría remunerado OPERA respondieron a los requerimientos de información realizados por la CNMC, aportando la documentación relativa a la facturación habida entre ellas, como consta en el expediente; por lo que no puede decirse que no se pueda determinar el beneficio bruto que OPERA habría obtenido con las infracciones que se denuncian.

Que no se tienen en cuenta criterios de graduación, como la situación económica de la empresa; se constata la cifra de negocios para 2019 e ingresos brutos de explotación para 2018, a partir de su declaración de ingresos y cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, pero estas cantidades no reflejan necesariamente la situación económica de la sociedad, como circunstancia a tener en cuenta en la graduación de las sanciones, conforme al artículo 80.2 LGTel. Que la resolución no acredita en modo alguno que la prolongación de los pagos en el tiempo, entre enero de 2017 y enero de 2021, implique "voluntad" de continuar o persistir en la actividad infractora, a los efectos de apreciar tal agravante. Y no se aprecian atenuantes como la escasa gravedad de la presunta infracción por la ausencia de perjuicios, la escasa repercusión social por el número reducido de numeraciones 902 afectadas, y la ausencia de intencionalidad en la conducta realizada.

5.- Subsidiariamente, aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable.

Se alega al respecto que la actual LGTel de 2022 establece en su artículo 109.1 como sanción máxima a imponer a las infracciones graves:

"c) por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquellas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será el uno por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio."

Entiende que esta norma es más favorable a la entidad recurrente, pues su cifra de negocio en el ejercicio 2019 ascendió a 5.664.109,14 €, por lo que el límite máximo para la infracción grave impuesta ascendería a 56.641,09 €, en lugar de los 65.000 € de sanción impuesta en el expediente conforme a la LGTel 2014, y aplicando el mismo porcentaje que se aplicó en la resolución (3,25% del límite máximo) la sanción a imponer sería de 1.840,84 €.

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

Sobre la alegada caducidad del procedimiento, combate la interpretación que la parte actora hace de los plazos previstos por la norma, tomando en consideración la fase de información previa para analizar la duración total del expediente. Que la actora omite en la demanda que, además de la denuncia la Junta de Andalucía de 21 de junio de 2019, esa Junta remitió otras dos denuncias mediante escritos de 7 y 28 de octubre de 2019, poniendo en conocimiento de la CNMC ciertas irregularidades sobre el presunto uso indebido del rango 902 por parte de Opera, al retribuir a las entidades Telecor, Armería Álvarez y Select Aviation, por el tráfico generado hacia las numeraciones 902 y, tras cada denuncia la Comisión solicitó información a cada una de las entidades, para conocer y aclarar los hechos puestos en conocimiento por la misma, lo que justificó que los actos de trámite se realizaran en distintas fechas. Que algunas de las entidades referenciadas solicitaron ampliaciones

de plazo para contestar a los requerimientos de información formulados, y Opera, dentro del citado periodo, rechazó algunas de las notificaciones remitidas por la CNMC, no dando cumplimiento a alguno de los trámites requeridos por la DTSA, o incluso retrasando el cumplimiento en más de un mes. A ello se une que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su disposición adicional tercera, estableció la suspensión de los plazos administrativos, reanudándose el cómputo de dichos plazos a partir del 1 de junio de 2020; por ese motivo la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador el 10 de diciembre de 2020. No obstante, las diligencias o informaciones previas se han de excluir del cómputo de la caducidad en los procedimientos sancionadores.

Sobre el segundo motivo del recurso, razona 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 Telefónica (PNNT), en su apéndice *"Listado de las atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica"*, regula el servicio prestado a través del rango 902 como un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado. Esa prohibición de retribuir al llamado-usuario de numeración 902 contenida en el PNNT es una medida que persigue evitar el incentivo del operador de acceso a incrementar sus precios minoristas, por la necesidad de retribuir en cadena hasta el último operador (llamado). Que ha quedado acreditado que Opera retribuyó a los abonados llamados Telecor, Select Aviation y Armería Álvarez por el tráfico generado hacia la numeración 902, en el periodo comprendido entre enero de 2017 y enero de 2021. En todos los contratos de red inteligente de numeración 902 suscritos entre Opera y las citadas entidades se contiene una cláusula idéntica en la que se prevé una retribución por cada minuto generado hacia el número 902 del abonado, cuyo importe varía según el contrato, y las facturas facilitadas tanto por Opera como por las entidades citadas solo recogen como concepto el tráfico por minuto generado hacia el rango 902. En dichos contratos se recoge una estipulación que prevé la obligación de Opera de facilitar a cada una de las entidades el uso de numeración 902, con la previsión añadida de que la asignataria de la numeración es la propia Opera, siendo esta entidad la responsable de cumplir las condiciones de uso contenidas en la normativa. El artículo 38 del reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, establece que los recursos de numeración asignados:

"b) Deberán permanecer bajo el control del operador titular de la asignación.

c) No podrán ser objeto de transacciones comerciales."

Que fue confirmado por las entidades, Telecor, Select Aviation y Armería Álvarez que no satisfacían importe alguno por los servicios prestados por Opera, sino que dicho operador es el que les pagaba por el tráfico generado hacia los 902. En el correo electrónico remitido por Opera el 3 de febrero de 2020 a Select Aviation solicitó al cliente que incluyese término "descuento" o "subvenciones" en las facturas, para poder pagarlas, pero no hubo modificación alguna de los contratos.

Se rechaza la alegación de inexistencia de norma que ampare la imposición de sanción, indicando que la sentencia del TJUE que cita la recurrente analiza la obligación de prestar servicios telefónicos de atención al cliente en el marco de la normativa de protección de los derechos de los consumidores, pero el TJUE no entra a valorar en ningún momento la relación de estas garantías con la normativa sectorial de telecomunicaciones española (la cuestión prejudicial fue planteada por un tribunal alemán), que establece la prohibición de retribuir al abonado llamado de la numeración 902.

En cuanto a la graduación de la sanción y la denunciada infracción del principio de proporcionalidad, señala el Abogado del Estado que la resolución recurrida recoge expresamente que el beneficio derivado por la comisión de la infracción no pudo determinarse en la medida en que la infracción cometida consiste precisamente en un pago al cliente, a través de la retribución analizada; la posibilidad de retribución surge por el margen que obtienen los operadores de acceso o de red de la diferencia entre la retribución que pagan los clientes que llaman a la numeración 902 y los costes en que incurrir en su actividad. El hecho que no haya podido obtenerse el beneficio por la comisión de la infracción no conlleva ni una desproporcionalidad, ni contraviene las reglas fijadas en la LGTel. Y en este caso, no se dispone de ciertos datos precisamente por causa imputable a la actora en exclusiva, siendo así que no facilitó los datos y la documentación necesaria dirigida a calcular este beneficio, pese al requerimiento efectuado por la instructora mediante escrito de 2 de febrero de 2021. En relación con la situación económica de OPERA, la CNMC se basó tanto en la cifra de negocios para 2019 contenida en las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil como en los ingresos brutos de explotación para 2018 declarados por la propia compañía para la liquidación de la Tasa General de Operadores, pues el citado operador no cumplimentó en ningún momento el requerimiento evacuado durante la instrucción del procedimiento, dirigido específicamente a recabar los últimos datos relevantes sobre la cifra de negocio del operador. Que los criterios de graduación están justificados en la resolución -a la que se remite-; señalando

que ha quedado acreditado que la recurrente, como operadora, tenía pleno conocimiento de que estaba incumpliendo el régimen retributivo de los 902 y, pese a ello, continuó haciendo un mal uso de la retribución a esta numeración, negándose reiterada y manifiestamente a cesar en su conducta infractora, proyectándola durante más de tres años.

Sobre la petición subsidiaria de la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable, alega que la actora parte de una comprensión errónea del ámbito de aplicación de la retroactividad sancionadora favorable a los interesados, por cuanto debe estarse a la firmeza del acto en vía administrativa. Que la infracción cometida por Opera se encuentra tipificada como grave en el artículo 107.19 de la LGTel actual -al igual que en la ley anterior, conforme al artículo 77.19 de la LGTel, tipo por el que fue sancionada la empresa-; dicha conducta se imputó a título de dolo, y concurrió un criterio de graduación que agravó la sanción a imponer, consistente en la persistencia en la conducta por parte de Opera, que se encuentra recogido en el artículo 29 de la LRJSP. Y, si bien le podría ser más beneficiosa la aplicación de la LGTel actual, no ocurre lo mismo con la alegación formulada por Opera dirigida a que se extrapole el 3,25% indicado por la empresa, que supondría la sanción impuesta en la Resolución recurrida respecto del límite máximo marcado por la LGTel 2014 (2 millones de euros), al mismo porcentaje respecto del nuevo límite máximo fijado por la LGTel de 2022 (1% de la cifra de negocio), y ello porque la sanción resultaría desproporcionadamente baja, obteniéndose una sanción irrisoria. Que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, contenidas en la resolución sancionadora, de estimarse esta alegación de Opera, la sanción a imponer debería tener como límite máximo el 1% *"del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio"*, al amparo del art. 109.1.c) de la LGTel, pero habría que analizar cuál ese límite, porque actualmente se desconoce, y ponderarse la sanción a imponer teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. De utilizarse el límite propuesto por la recurrente, se entendería proporcional que se estableciera una sanción cercana a ese límite (55.000 euros), en virtud de las circunstancias concurrentes en el caso y para que la multa no pierda su función desincentivadora, y en atención a que no hay datos actualizados sobre la situación económica de la empresa, por su propia conducta obstruccionista frente a la Administración pública.

CUARTO: El primer motivo de impugnación se refiere a la caducidad del expediente sancionador, con fundamento en alegaciones que no se refieren a dicho expediente sino a las actuaciones de información previa.

Tal como consta en el expediente, el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador conta OPERA, como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, es de fecha 10/12/2020; se indicaba en el apartado tercero de dicho acuerdo que el plazo máximo para resolver y notificar el indicado procedimiento sancionador es de un año, en virtud del artículo 84.4 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 21.2 de la Ley 39/2015. La resolución sancionadora se dictó en fecha 30/11/2021, notificada el 02/12/2021, por tanto, dentro del plazo legal establecido.

El artículo 84.4 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, de aplicación a este procedimiento sancionador, disponía: *"El ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes."*

La Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 25:

"1. En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: (...)

b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95. (...)"

Conforme a lo dispuesto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, los plazos se contarán, en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Se ha de rechazar, pues, el primer motivo del recurso, sin que quepa tomar en consideración los argumentos de la actora en relación con las actuaciones previas al acuerdo de incoación, de las que se hace una parcial referencia, para insinuar que se ha producido una interesada dilación de las actuaciones de investigación, a las que se da tratamiento de procedimiento sancionador -sometido al plazo de un año- para alegar la nulidad de pleno derecho de *"las Resoluciones recurridas"*, ex artículo 47.1 f) LPACAP o en su caso su anulabilidad conforme al artículo 48 de la misma norma.

QUINTO: En trando en los motivos de fondo, resulta de las actuaciones obrantes en el expediente administrativo que la Dirección General de Consumo y Familias de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, remitió a la CNMC un escrito, de fecha 10 de junio de 2019, comunicando presunta práctica de remuneración por parte de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera) a Telecor, S.A. (Telecor) a través de la numeración 902, y acompañando el contrato de prestación del servicio de red inteligente formalizado entre ambas entidades, de 20 de diciembre de 2004, y un escrito de contestación de Telecor al requerimiento de información emitido por la Junta de Andalucía.

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión (DTSA), con fecha 17 de julio de 2019, solicitó determinada información a Opera y Telecor, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador.

En escrito de fecha 8 de agosto de 2019, escrito de Opera a través del cual manifiesta que (i) el contrato con Telecor para la comercialización y promoción de servicios de telecomunicaciones entre terceros sigue en vigor, regulando el incentivo por éxito de comercialización por parte de Telecor entre clientes empresariales, (ii) OPERA no tiene constancia de que ninguna línea 902 sea atendida o publicitada por Telecor ni ha encontrado ninguna publicidad de Telecor publicando líneas 902 como forma de contacto ni tiene constancia de que Telecor disponga de un call center para atención de llamadas, (iii) Opera no retribuye al llamado en líneas que no sean de tarificación adicional, (iv) ..., que la retribución al llamado bajo numeración 902 es una práctica habitual de operadores como (...). Aporta copia de un comunicado presuntamente remitido por Vodafone a alguno de sus clientes, a través del cual informa que temporalmente van a ser aplicadas las condiciones económicas referidas a la retribución sobre el tráfico de las llamadas 902.

Telecor informa que (i) el contrato sigue en vigor, (ii) no puede aportar un listado de llamadas generadas dado que no existen llamadas salientes, (iii) no ha satisfecho a Opera ningún importe derivado de la prestación del servicio objeto del citado contrato, (iv) la cláusula referida es de actualización de precios conforme a la normativa vigente existente y aporta listado con la relación de facturas devengadas mensualmente a Opera.

En noviembre de 2019, se presentaron escritos de Telecor, en lo que esta entidad manifiesta que "Telecor factura a Opera la cantidad de 3 céntimos de euro por cada minuto cursado de llamadas entrantes. Las facturas se confeccionan en bloques uniendo todos los números de un usuario en concreto y, en todas ellas, su resultado es el de multiplicar cada uno de los minutos entrantes por 0,03€, iniciales y se emite una factura distinta en función del usuario final de la línea".

Mediante escrito de 7 de octubre de 2019, la Junta de Andalucía pone en conocimiento de la CNMC una presunta remuneración por parte de Opera a Armería Álvarez, a través de numeración 902. Adjunta escrito de alegaciones de esta empresa, copia del contrato suscrito entre ambas entidades de prestación de servicios de red inteligente 902 así como de los informes generales mensuales que contienen el logo de "Dialoga" por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el marco de este contrato.

Mediante escrito de 11 de noviembre de 2019, la DTSA solicitó determinada información tanto a Armería Álvarez como a Opera.

Mediante escrito presentado en fecha 21 de noviembre de 2019, Armería Álvarez da contestación al citado requerimiento, manifestando que "dialoga" es el entorno de la plataforma web para la gestión de sus 902 facilitado por Opera; el contrato sigue vigente por aplicación de prórrogas tácitas, se han contratado un total de 6 números 902X, la retribución acordada inicialmente fue de 0,03€/min+ IVA y actualmente es de 0,07€/min+ IVA y se adjuntan facturas emitidas por Opera así como las liquidaciones mensuales de Dialoga. Opera no contestó al requerimiento efectuado.

Mediante escrito de 28 de octubre de 2019 la Junta de Andalucía pone en conocimiento de la Comisión la presunta remuneración por parte de Opera a Aer Lingus Limited Sucursal en España (Aer Lingus) a través de la numeración 902. Da traslado del escrito de alegaciones de Aer Lingus al que se acompaña (i) de la copia del contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito entre Opera y Select Aviation, y (ii) de los informes generales mensuales emitidos por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el marco de este contrato. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2019, la DTSA solicitó determinada información tanto a Aer Lingus como a Opera, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía hasta dicho momento y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador. Con fecha 25 de noviembre de 2019, Opera solicitó acceso a la información contenida en el expediente administrativo, que le fue otorgado mediante escrito de 29 de noviembre de 2019.

En atención a lo 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 el Anexo I (apartado 7) del Reglamento de Mercados, se define "Asignación" como: *"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. (...)"*

El artículo 31 dispone:

"1. 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.

(...)"

Por su parte, el artículo 38 establece que los recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones generales:

"(...)

c) No podrán ser objeto de transacciones comerciales. (...)"

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 apéndice "*Listado de atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica*", para los números 902 se establece como utilización: "Servicio de llamadas de pago por el abonado llamante sin retribución para el abonado llamado".

SEXTO: Como se ha adelantado en el fundamento primero, en la resolución recurrida se declara probado que Opera retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 a algunos de sus abonados, en el periodo comprendido entre enero de 2017 y enero de 2021; analizando los contratos facilitados por la Junta de Andalucía y la documentación aportada por las entidades con las que OPERA suscribió los referidos contratos.

De todo ello, se concluye que en el caso de Telecor -que es operador- no tiene asignada numeración 902, siendo OPERA su prestadora de servicios de red inteligente. En la estipulación primera del contrato se indica que Opera, como prestador del servicio telefónico disponible al público, provee a Telecor los servicios de red inteligente a través de numeración 902; que Opera retribuirá a Telecor, según las condiciones establecidas en el contrato por el volumen del tráfico que Telecor induzca con destino a la red de Opera, a través de los números asignados. La estipulación cuarta dispone que Opera abonará a Telecor el tráfico generado en los números 902 asignados conforme a lo establecido en el anexo que acompaña al contrato. El citado anexo contiene los precios aplicables, que se establecen en función del número de minutos generados hacia la numeración 902 y el origen de la llamada -fijo o móvil-; el precio de retribución oscila entre 0,010 €/minuto y 0,032 €/minuto.

En cuanto a la relación contractual entre Opera y Armería Álvarez, se indica que algunas de las estipulaciones contenidas en el cuerpo de este contrato son idénticas a las del contrato con Telecor. En cuanto a las condiciones económicas, se contempla en el anexo del contrato una retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 a favor de Armería Álvarez por un importe que asciende a 0,03€/min. Sin embargo, mediante escrito de 21 de noviembre de 2019, Armería Álvarez indicó que dicho importe fue revisado y actualmente asciende a 0,07€/min. Con fecha 11 de febrero de 2021, en contestación al requerimiento de información de la instructora de 2 de febrero de 2021, Armería Álvarez facilitó tanto los informes mensuales como las correspondientes facturas emitidas por la misma, relativos al periodo comprendido entre noviembre de 2019 y enero de 2021; se observa que los importes contenidos en las facturas coinciden con las cifras mostradas en los informes de "Dialoga", facilitados por la Junta de Andalucía.

Sobre la relación contractual entre Opera y Select Aviation, se expone que algunas de las estipulaciones de este contrato son idénticas a las del contrato suscrito con Armería Álvarez. Se contempla una retribución a favor de la entidad por el tráfico generado hacia la numeración 902 de Select Aviation, que asciende a 0,044€/min desde origen fijo y 0,022€/min desde origen móvil. Mediante escrito de 18 de febrero 2021, Select Aviation facilitó un archivo con los informes generados con el logo de "Opera" -similares a los aportados por el resto de las entidades referenciadas-, así como las autofacturas generadas por los importes o retribuciones contenidas en dichos informes por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero de 2019 y diciembre de 2020. En las autofacturas emitidas por Select Aviation por el tráfico generado hacia la numeración 902 se observa que las emitidas durante el año 2019 contienen el concepto "retribución 902 y el mes (correspondiente)"; sin embargo, en las autofacturas emitidas durante el año 2020 dicho concepto ha sido modificado y sustituido por "descuento mes (correspondiente)". Dicho cambio terminológico responde al correo electrónico de 3 de febrero de 2021 remitido por Opera a Select Aviation en el que les informa de que «el concepto que debéis consignar a partir de ahora en la factura es "*descuentos mes correspondiente*" o "*subvenciones mes correspondientes*" de lo contrario no podremos dar por válida ni pagar la factura.» Y añade "*por favor enviadnos de nuevo la factura con el concepto indicado*". Dicha aclaración responde a la preocupación que Select Aviation pone de relieve a través de los correos electrónicos remitidos a Dialoga los días 19 y 25 de enero de 2021 sobre la "prohibición de uso 902".» Que en el escrito de denuncia de la Junta de Andalucía de 28 de octubre de 2019 se indica que "*Del análisis del mismo, parece desprenderse la práctica de remuneración por parte de OPERA, S.L, a la empresa AER LINGUS LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA*", y se adjunta contrato suscrito entre Opera y Select Aviation. De la documentación obrante en el presente expediente se observa que Opera mantiene una relación jurídica con Select Aviation, no con Aer Lingus. Debe entenderse que la relación jurídica sobre prestación de servicios de red inteligente a través de numeración 902 así como la retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 se lleva a cabo por parte de Opera hacia Select Aviation, y no hacia Aer Lingus.

Los anteriores hechos no han quedado desvirtuados en este procedimiento, en el que la entidad recurrente ha formulado numerosas alegaciones, pero no ha aportado prueba alguna en contra de la numerosa documentación obrante en el expediente.

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.



SÉPTIMO: En el preámbulo del RD 2296 se expone que *"El reglamento que se aprueba mediante este real decreto tiene por objeto el desarrollo de los capítulos II, III y IV del título II de la ley, y en él se desarrollan todas estas materias, concretando determinados aspectos contenidos en las directivas comunitarias correspondientes, en especial, las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, todas de 7 de marzo de 2002, relativas al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso), a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorizaciones), a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal), respectivamente"*.

La normativa aplicada por la CNMC, y por este tribunal en numerosas ocasiones, no contraviene la normativa ni la jurisprudencia de la Unión Europea, en los términos expuestos por la recurrente, que invoca una sentencia del TJUE que no es de aplicación al caso aquí enjuiciado, como acertadamente razona el Abogado del Estado.

Cabe señalar que 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, ni 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 en la resolución impugnada que Opera, como operador prestador del STDP fijo, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902 y las obligaciones establecidas para dicha numeración, 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, debe respetar la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Además, Opera tenía asignado, en el momento de producirse la infracción, distintos bloques del rango de numeración 902, por lo que conocía el uso que debía darse a través del rango 902 y es una numeración que ha utilizado comercialmente.

Y se evidencia de la conducta del operador la intención deliberada de Opera de incumplir la normativa (el PNNT) pues ésta no ha sido modificada desde su aprobación en el año 2004 y, además, han sido numerosos los pronunciamientos por parte de la CNMC en materia de incumplimientos de las condiciones de uso de la numeración 902 desde hace ya varios años.

Esta Sala se ha pronunciado en igual sentido en anteriores sentencias, en las que se planteaban cuestiones idénticas a las aquí examinadas (Sst. 20/07/2020, 09/10/2020, 26/02/2021, entre otras).

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.

OCTAVO: 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 vigente en el periodo temporal en el que se cometieron los hechos sancionados. En la resolución se hace una razonada ponderación de las circunstancias a valorar, recogidas en el artículo 80 de la LGTel y en el artículo 29 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-.

Ahora bien, dado que la vigente Ley 11/2022, General de Telecomunicaciones, de 28 de junio de 2022, en vigor desde el 30 de junio de 2022, establece en su artículo 109.1 c) un sistema de determinación de la multa, que resulta más favorable a la entidad recurrente que la impuesta conforme a la LGTel de 2014, dado que estamos en el supuesto de que no es posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, procede acoger parcialmente el último de los motivos del recurso.

Ahora bien, no cabe aplicar la ley más favorable únicamente en los aspectos que convienen a la entidad infractora, tal como pretende, aplicando sobre la cuantía máxima resultante de la norma de la ley posterior el porcentaje aplicado a la cuantía máxima de dos millones de euros establecida en la ley de 2014.

Por ello, aplicando los criterios del artículo 29 de la Ley 40/2015 y del artículo 110 de la Ley 11/2022, dada la concurrencia del elemento de intencionalidad y de la continuidad o persistencia en la conducta infractora, se establece el importe de la sanción en 40.000 euros.



Procede, pues, que la Administración demandada reintegre a la entidad recurrente la diferencia entre la cantidad ingresada y la ahora determinada. Sin que dicha cantidad devengue intereses legales desde la fecha del ingreso; puesto que la cuantía se determina en esta sentencia por aplicación retroactiva de la ley más favorable.

NOVENO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, no procede hacer condena en costas.

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

FALLAMOS

Que **estimamos en parte** 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 30 de noviembre de 2021, a la que la demanda se contrae, la cual revocamos en el único extremo de determinar el importe de la sanción en 40.000 €, por aplicación retroactiva de la Ley 11/2022, como norma sancionadora más favorable. Condenando a la Administración demandada a la devolución de la diferencia entre la cantidad en su día pagada por la recurrente y la nueva sanción impuesta.

Sin hacer condena en 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.