Roj: **SAN 3429/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3429**

Id Cendoj: **28079230082019100485**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **16/09/2019**
Nº de Recurso: **767/2017**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000767 / 2017

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **04560/2017**

Demandante: **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.**

Procurador: **SRA. DE GRACIA LÓPEZ ORCERA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dieciseis de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 767/2017** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. De Gracia López Orcera** en nombre y representación de **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** , contra la Resolución de 11 de julio de 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se imponen dos sanciones por infracciones muy graves de la Ley General de Telecomunicaciones, frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado con una cuantía de 500.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. Po r la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada.

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 14 de diciembre de 2018 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:

"Declare la no conformidad a derecho de la Resolución de la CMMC, anulándola en su integridad, con cuanto en Derecho proceda.

Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la Resolución recurrida, declarando que no procede imponer sanción algún a mi representada."

3. Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la Resolución recurrida y reduzca la sanción pecuniaria impuesta a mi representada de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Segundo anterior."

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.

CUARTO -. 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 11 de septiembre de 2019 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el dia 11 de julio de 2017 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC que resuelve:

"PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Vodafone España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , por el incumplimiento grave de su obligación de interoperabilidad con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877.

SEGUNDO.- Imponer a Vodafone España, S.A.U. una sanción de multa por importe de trescientos mil (300.000) euros por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directa a la entidad Vodafone España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , por el incumplimiento de la Resolución de la CMT de 5 junio de 2013, relativa a la solicitud de Vodafone España, S.A.U. de suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en tarjetas prepago y destino a los números 118AB de servicios de consulta de abonados (RO 2012/502).

CUARTO.- Imponer a Vodafone España, S.A.U. una sanción de multa por importe de doscientos mil (200.000) euros por la anterior conducta."

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

-. El dia 27 de noviembre de 2014, se recibe en la CNMC escrito de Vodafone España, S.A. por el que comunicaba que había decidido excluir las numeraciones 118141, 118152, 118263, 118274, 118365, 118426, 118487 y 118778 de su oferta de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado para sus clientes, al haber relacionado estos números con prácticas irregulares o con el incumplimiento de determinados niveles de actividad en el uso de los números, fijados por Vodafone.

En ese escrito se declara que la suspensión se lleva a cabo el dia 18 de noviembre de 2014, si bien en el escrito de demanda (pag. 7 del escrito de demanda, nota 8) se alega que se trató de un "error tipográfico" en el referido escrito de comunicación, y que en realidad la suspensión no se realizó sino el 26 de noviembre de 2014, horas antes de la comunicación.

-. La CNMC informa a VODAFONE el dia 16 de diciembre de 2014 que ha abierto un expediente de información previa en relación con el referido escrito.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

-. Tras sucesivos requerimientos de información la CNMC incoa el dia 28 de julio de 2016 expediente administrativo sancionador, en relación con la posible comisión de dos infracciones muy graves, tipificadas respectivamente:

1) en el art. 76.12 de la ley 9/2014 por el incumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 que aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

2) en el artículo 76.15 de la referida ley 9/2014 General de Telecomunicaciones , por el incumplimiento grave de sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios, a las que está sometida Vodafone por la legislación vigente en relación con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877.

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

1-. Ausencia de tipicidad de las conductas imputadas: no existe el alegado incumplimiento de la normativa vigente. La actuación de Vodafone no incumple las obligaciones de interoperabilidad vigentes, habiendo efectuado la CNMC una interpretación indebidamente restrictiva del ordenamiento sectorial. (Pags 13 y siguientes del escrito de demanda).

2-. Inexistencia de culpabilidad y de dolo: se ha llevado a cabo una interpretación razonable de la normativa vigente, compartida por la SESIAD, la Secretaria de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital. (Pgs 32 y ss del escrito de demanda).

Subsidiariamente alega otros motivos por los que considera que la resolución impugnada debe ser al menos parcialmente anulada.

La "calificación de la sanción como grave en lugar de muy grave" y ello porque es incorrecto considerar que el número de prestadores afectados sea muy alto (pag. 37 y ss del escrito de demanda) y porque la suspensión de las ocho numeraciones 118AB tuvo un impacto mínimo para los prestadores y en el conjunto del mercado.

Alega igualmente que la CNMC hace una valoración incorrecta sobre el número de clientes afectados por la suspensión de la interconexión.

Finalmente, considera la parte actora que la resolución recurrida es inválida por vulnerar la sanción impuesta el principio de proporcionalidad. Para Vodafone que la CNMC proponga la imposición de una sanción total de quinientos mil (500.000) euros, en este caso supone que no se ha atendido al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración recogidos tanto en el artículo 80 de la LGTel y en el artículo 131.3 de la LRJPAC.

Por su parte el Abogado del Estado recuerda que el principio de interoperabilidad se establece con carácter general, de modo que los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores prestadores del servicio telefónico disponible al público tienen el correlativo deber de permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por otros operadores a través de numeración telefónica. Existen excepciones, pero expresamente previstas por causas técnicas o económicas justificadas, o bien por la generación de tráficos irregulares desde sus redes a una determinada numeración.

CUARTO-. Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos que la resolución impugnada declara probados.

Se trata de la suspensión por Vodafone de la interconexión de su red con los números 11815, 11826, 11827, 11842 y 11848 entre junio y octubre de 2012, para los usuarios prepago de la operadora, y el 18 de noviembre de 2014, para el resto de sus clientes. En esta última fecha Vodafone suspendió también la interconexión de los números 11814, 11836 y 11877.

Dicha suspensión se realizó de acuerdo con los propios criterios de la operadora, sin tomar en consideración las resoluciones de la CNMC en materia de existencia de tráfico irregular.

Se produjeron así los siguientes hechos:

- La interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números11815, 11842 y 11848 fue suspendida el 7 de junio de 2012, el número 11826, fue suspendida el 4 de septiembre de 2012 y el 11827, el 31 de octubre de 2012.

- La interconexión de todos los clientes de Vodafone con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 fue suspendida el 18 de noviembre de 2014.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

- La suspensión de la interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842, 11826, 11827 y 11848 se ha mantenido desde 2012 hasta la fecha en que se dicta la resolución impugnada.

- La interconexión de la red de Vodafone con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 se ha mantenido suspendida para todos los clientes de la operadora desde el 18 de noviembre de 2014 hasta la fecha en que se dicta la resolución impugnada.

- Los números 11827, 11842 y 11848 han cambiado de operador asignatario: el número 11827 ha cambiado de operador asignatario el 7 de diciembre de 2016; el 11842 cambió de asignatario el 13 de mayo de 2016; y el 11848 fue asignado a otro operador el 18 de marzo de 2016.

- Los criterios definidos por Vodafone en su procedimiento interno para suspender la interconexión son propios y difieren de los parámetros definidos en el procedimiento común aprobado mediante Resolución de 5 de septiembre de 2013, que no fue aplicada por Vodafone en noviembre de 2014.

- Vodafone no notificó con carácter previo la suspensión de la interconexión a los operadores asignatarios afectados.

- Vodafone notificó 10 días más tarde de la suspensión de la interconexión a los asignatarios de los números 11815, 11836, 11842 y 11877 e intentó notificar la medida a los operadores asignatarios de los números 11814, 11826, 11827 y 11848, pero la notificación no fue entregada.

- Vodafone notificó a la CNMC el 27 de noviembre de 2014 la suspensión de la interconexión que había llevado a cabo el día 18 del mismo mes sobre los 8 números 118AB.

- Las numeraciones 11814, 11815, 11836, 11842 y 11877 quedaron accesibles para todos los clientes de VODAFONE en abril de 2017.

QUINTO-. Co n carácter previo es preciso recordar la normativa de aplicación al supuesto de autos:

A) DIRECTIVA 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso). En su preámbulo recuerda lo siguiente:

"(9) La interoperabilidad redunda en beneficio del usuario final y es un objetivo importante del presente marco normativo. Fomentar la interoperabilidad es uno de los objetivos de las autoridades nacionales de reglamentación previstos en este marco, que también prevé la publicación por la Comisión de una lista de normas y/o especificaciones referidas a la prestación de servicios, interfaces técnicas y/o funciones en red, como base para fomentar la armonización en el sector de las comunica-cienes electrónicas. Los Estados miembros deben fomentar el uso de normas y/o especificaciones publicadas en la medida en que resulte estrictamente necesario para garantizar la interoperabilidad de los servicios y para mejorar la libertad de elección del usuario."

B) Ley General de Telecomunicaciones 9/2014 de 9 de mayo. Y específicamente el artículo 3 letra c):

"Los objetivos y principios de esta Ley son los siguientes:

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación."

El artículo. 19.6:

"Principios generales.

6. Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios que permitan efectuar y recibir llamadas a números del plan nacional de numeración telefónica deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional y, cuando permitan llamadas internacionales, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio del derecho del usuario de desconexión de determinados servicios.

Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios que permitan las llamadas internacionales adoptarán las medidas oportunas para que sean cursadas cuantas llamadas se efectúen procedentes de y con destino al espacio europeo de numeración telefónica, a tarifas similares a las que se aplican a las llamadas con origen o destino en otros países comunitarios."

C) Real Decreto 424/2005 de 15 de abril por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

El artículo 17 d):

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"Condiciones Generales:

...

d) Garantizar a los usuarios finales la accesibilidad de los números, nombres o direcciones, de conformidad con lo recogido en los correspondientes planes nacionales."

D) 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.

ANEXO Plan nacional de numeración telefónica.

E) Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal).

F) Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Apartado 13,5:

"5. Los números pertenecientes al rango atribuido en este apartado podrán ser accesibles desde las redes de los operadores del servicio telefónico disponible al público.

En cualquier caso, todos los usuarios del servicio telefónico disponible al público deberán poder acceder a una oferta de prestadores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado que asegure su prestación en condiciones adecuadas para el usuario final."

Apartado 13.6:

"6. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la *Información podrá determinar los criterios que deben cumplirse para que se considere que existe una oferta de proveedores de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado que aseguren su prestación en condiciones apropiadas para el usuario final."*

G) Orden IET/1262/2013, de 26 de junio, por la que se modifica la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

SEXTO-. La actora alega que la actuación de Vodafone no incumple las obligaciones de interoperabilidad vigentes, habiendo efectuado la CNMC una interpretación indebidamente restrictiva del ordenamiento sectorial.

Divide su argumentación en dos apartados:

1) *respecto de la suspensión de la interconexión de la numeración 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877* , y concluye que:

* Tanto la CNMC como la SESIAD coinciden en que no es necesaria la interoperabilidad plena con todos los operadores prestadores de servicios 118AB, atendiendo al concepto de "oferta suficiente" de prestadores de servicios de consulta telefónica de números de abonado recogido en la Orden de Consulta.

* La SESIAD es el organismo regulador competente para definir qué debe considerarse oferta suficiente de acuerdo con la Orden de Consulta. En ausencia de esta definición, la SESIAD establece que es perfectamente posible que cada operador pueda determinar aquellos números 118AB que considere más adecuados para sus abonados, limitándose la competencia de la CNMC a establecer estos criterios caso a caso si se plantea un conflicto de interconexión por parte de un asignatario de numeración 118AB afectado.

* La CNMC en conflictos de interconexión por denegación de apertura de numeración 118AB ha determinado la oferta suficiente de numeraciones 118AB verificando la existencia de posibilidades ciertas de fraude o comportamientos irregulares por el operador u operadores vinculados al asignatario y/o considerando razones técnicas o económicas.

*Vodafone de forma análoga a la CNMC ha definido la oferta suficiente de servicios aplicando esos mismos criterios, por lo que no cabe considerar que Vodafone ha cometido ninguna infracción.

2) Respecto de la suspensión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842, 11826, 11827, 11848, la actora concluye que: **.**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

* No existió incumplimiento de la Resolución de 5 de junio por parte de Vodafone, ya que la aprobación de la Resolución de 5 de septiembre modificaba el criterio de reapertura de la numeración suspendida por tráfico irregular con fines fraudulentos.

*Vodafone no realizó la reapertura de los servicios pues no recibió ninguna solicitud de los prestadores antes del 27 de noviembre de 2014, fecha en la que se realizó el bloqueo de los servicios para todos los clientes.

La Administración del Estado alega por su parte, que la Orden de consulta no autoriza a los operadores de red a suspender la interconexión con los números de consulta sin ningún tipo de negociación o notificación previas a los operadores asignatarios de la numeración, como defiende Vodafone. Tampoco lo autoriza el escrito de la SE SIAD de 26 de junio de 2017 aportado por Vodafone en sus últimas alegaciones de 28 de junio de 2017.

La CNMC recuerda, como en anteriores expedientes en materia de suspensión de la interconexión a números de consulta 118 VODAFONE solicitó no solo la autorización antes de proceder a la suspensión, sino incluso una medida cautelar al efecto, como es el caso del expediente citado en la propia resolución impugnada. Igualmente resulta indubitado, pues no ha sido puesto en cuestión por la propia recurrente, que la interconexión de la red de Vodafone con todos los números (11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877) y para todos sus clientes, se ha mantenido suspendida desde el 18 de noviembre de 2014 hasta la fecha en que se dicta la resolución impugnada, excepto para los números 11814, 11815 (suspendido en el año 2012) , 11836, 11842 y 11877 que quedaron accesibles para todos los clientes a partir de del dia 18 de abril de 2017. La suspensión de la interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11842, 11826, 11827, 11848 se produjo en 2012 y se había mantenido igualmente hasta la fecha del 11 de julio de 2017.

La CNMC había dictado el 5 de septiembre de 2013 una resolución por la que se resolvió aprobar un *procedimiento común* para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

En el mismo se recoge la habilitación competencial, entonces basada en las previsiones de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, y se recuerda que la CMT había aprobado una serie de procedimientos internos confeccionados por cada operador, particularizados para cada tipo de relación contractual que tuviera la línea origen (prepago, postpago o roaming) y en función del tipo de numeración destino. Estos procedimientos determinan las pautas de actuación de los operadores para la suspensión de la interconexión ante un supuesto de tráfico irregular. Son preparados por cada operador, y conllevan que, cuando se cumplen determinadas condiciones o parámetros, el operador puede proceder a la suspensión temporal de la interconexión del número de destino correspondiente.

La modificación de las circunstancias de hecho y la solicitud de los operadores, llevó a la CMT a adoptar el procedimiento. Así se recoge en aquella resolución:

" *esta Comisión considera razonable la petición de los operadores, que en la actualidad ya disponen de un procedimiento interno autorizado, de que se apruebe un procedimiento común que:*

i. unifique y simplifique los parámetros contenidos en los actuales procedimientos internos,

ii. actualice los parámetros que identifiquen tráficos irregulares y doten de flexibilidad a los operadores ante nuevos comportamientos irregulares,

iii. unifique y simplifique los datos contenidos en los informes o comunicaciones que son remitidos por los operadores a esta Comisión cuando se suspende la interconexión.

Con ello, se obtendrá una mayor eficacia y seguridad jurídica que evitará iniciar procedimientos de forma constante, se minimizarán los perjuicios derivados de comportamientos irregulares por la aparición de nuevas conductas, y se mejorará el control que lleva a cabo esta Comisión a través de las comunicaciones remitidas por los operadores. "

Se define el tráfico irregular, se unifican y actualizan los parámetros para identificar tráficos irregulares, y se establece, sin ninguna duda, la obligación de informar a la CMT, ahora CNMC, sobre la suspensión, informe que además ha de contener determinados datos. Vodafone consideró en su momento excesiva la información exigida, a lo que respondió la CMT que "deben garantizarse en todo momento los principios que rigen la regulación sectorial, y que son entre otros el principio de interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas, y la interconexión de las redes, siendo necesario la exigencia de un número concreto de parámetros e información que justifiquen la naturaleza irregular del tráfico cursado para que el operador pueda proceder a la suspensión de la interconexión. Asimismo, cabe señalar a Vodafone que el presente procedimiento es una excepción al principio de interoperabilidad y la suspensión de numeraciones debe estar debidamente justificada."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Frente a esta resolución y la, a juicio de esta Sala, claridad de la competencia de la CMT entonces y la CNMC ahora y, las exigencias impuestas en una decisión que declaradamente busca unificar el procedimiento de los operadores estableciendo uno común, la ahora actora, ha incumplido estas exigencias y además ha suspendido la inteconexión con fundamento en su propia "normativa" interna.

En todo caso, y como puso de relieve la Administración demandada, no puede entenderse como alega la actora, que su actuación se sustenta en lo decidido por la SESIAD, pues en el párrafo final de su escrito la SESIAD señala:

"...Por este motivo, las suspensiones, salvo que estén motivadas por uso indebido o fraude, deberían ser acordadas antes de la suspensión, en base al margen que les permitan los acuerdos que tuvieran suscritos".

Y respecto a la suspensión por uso indebido o fraude, la suspensión debe efectuarse considerando los parámetros y según el procedimiento previsto en la resolución de la CMT ahora CNMC.

Por lo tanto, la Sala concluye con la Administración , que la excepción al principio general de accesibilidad a la numeración asignada debe venir limitada por la definición de los criterios a los que hace referencia el apartado 13.6 de la Orden de Consulta por parte de la SESIAD o por la CNMC en el marco de sus competencias, y en el resto de supuestos ha de analizarse caso a caso.

En contra de lo alegado por la recurrente, no se aprecian las dudas interpretativas que justifiquen la alegada falta del elemento subjetivo de la infracción. Del conjunto de antecedentes en la propia actuación de la CMT primero y de la CNMC después, en las resoluciones dictadas en materia de conflictos de interconexión, y desde luego en la Resolución por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular del año 2013 resulta evidente que no es posible llevar a cabo la actuación enjuiciada.

No resulta de ninguno de los antecedentes sobre la cuestión, ni la Orden de consulta, ni las opiniones de la SESIAD, ni las propias actuaciones administrativas que sea cada operador el que libre e individualmente decida los criterios que justifiquen la suspensión de la interconexión. Tampoco resulta de dichos antecedentes que cada operador pueda libre e individualmente fijar excepciones al principio de interoperabilidad sin autorización de la CNMC.

Por último, como alega el Abogado del Estado, el correo electrónico de la SESIAD se refiere con carácter general a la interoperabilidad, pero no analiza, y no lo hace porque no es competente, lo es la CNMC, si debido a ese principio de no interoperabilidad plena los operadores de acceso pueden cortar la interconexión en cualquier momento sin avisar al operador afectado. La Orden de consulta no autoriza a VODAFONE a suspender la interconexión con los números de consulta sin notificación previa a los operadores que tienen asignada la numeración. Y la SESIAD en su escrito de 26 de junio de 2017 dice en el último párrafo:

" *No obstante, en el caso de que la suspensión pretendida por los operadores de acceso afectase a numeraciones abiertas en sus redes, se podrían plantear conflictos por incumplimiento de acuerdos, y/o por daños y perjuicios infringidos en base a posibles intereses creados. Por este motivo, las suspensiones, salvo que estén motivadas por uso indebido o fraude, deberían ser acordadas antes de la suspensión, en base al margen que les permitan los acuerdos que tuvieran suscritos* ."

En conclusión: se ha comprobado la concurrencia del elemento objetivo de las infracciones por las que ha sido sancionada la recurrente, puesto que:

a) Se ha producido el incumplimiento por la recurrente de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

b) Se ha producido el incumplimiento grave por parte de la recurrente de sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que esta sometida por la legislación vigente en las fechas relevantes.

No se aprecia que sea innecesaria, como se alega, la interoperabilidad plena en relación con los operadores prestadores de servicios 118AB, ni la alegada limitación de la competencia de la CNMC en materia de regulación de los criterios sobre la suficiencia de la oferta. La Orden de Servicios de Consulta Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados en la exposición de motivos delimita claramente las competencias de la CMT y las competencias del Ministerio. En ningún caso se establecen, como resulta de la tesis actora, las competencias de la operadora para determinar los criterios que justifiquen la actuación enjuiciada.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Igualmente se ha comprobado la concurrencia del elemento subjetivo de las infracciones por las que ha sido sancionada la recurrente, pues no se aprecia la alegada interpretación razonable de la normativa vigente, ni que la interpretación que ha hecho VODAFONE sea compartida por la SESIAD, la Secretaria de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital.

Respecto de la suspensión de la interconexión con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 como razona la resolución impugnada, VODAFONE utilizó sus propios criterios y procedimientos, con pleno conocimiento de que existe un procedimiento común. En segundo lugar, la normativa de aplicación no autoriza la actuación enjuiciada, ni corresponde a la SESIAD la competencia que la actora le atribuye.

Por último, la CNMC considera que respecto de la segunda infracción concurre al menos a título de culpa el elemento subjetivo, conclusión compartida por esta Sala, a la vista del conjunto de razonamientos expuestos.

SÉPTIMO-. Se alega por la recurrente con carácter subsidiario en primer lugar que las infracciones en todo caso deberían haber sido tipificadas como infracciones graves, y no como muy graves.

La ley General de Telecomunicaciones en el artículo 75 la clasificación de las infracciones, distinguiendo que " *Las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones se clasifican en muy graves, graves y leves.* "

En el artículo 76 se tipifican las "Infracciones muy graves" y entre ellas se consideran infracciones muy graves:

" *12. El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.*

...

15. El incumplimiento grave por parte de los operadores de las obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que estén sometidas por la vigente legislación.".

En el artículo 77 se tipifican las infracciones graves. Se consideran infracciones graves:

"27. El cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

28. El incumplimiento por parte de los operadores de las obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que estén sometidas por la vigente legislación ."

La actora considera que es incorrecto considerar que el número de prestadores afectados sea muy alto, pues son solo ocho, y en noviembre de 2014 habia "unas 60 numeraciones 118AB abiertas en la red" . Esta Sala considera, con la Administración, que la tipificación como muy grave no está ligada en este caso al número de operadores afectados, sino por un lado a la no reapertura de la numeración, y la cuota de mercado de la operadora por otra. En tal sentido, considera este Tribunal que es especialmente relevante el potencial de la suspensión de la interconexión, y el alto número de clientes de la operadora, siendo inadmisible la pretensión de invalidez de los ejercicios 2012, 2013, y 2014, puesto que hubo incumplimiento de su obligación en dichos ejercicios, y siendo improcedente sustituir la apreciación de que solo deban tenerse en cuenta los clientes que indica la actora en los ocho números durante 2014, dada la tipificación de la infracción en la Ley General de Telecomunicaciones.

Tampoco se aprecia que la actuación de VODAFONE enjuiciada pueda calificarse como "cumplimiento tardío o defectuoso" que justificase la calificación como infracción grave, por el conjunto de circunstancias de hecho expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores.

OCTAVO-. Se alega por la recurrente que la resolución recurrida es inválida por vulnerar la sanción impuesta el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 131 de la LRJPAC.

En la determinación del importe de las sanciones la CNMC recuerda las reglas establecidas por la Ley General de Telecomunicaciones para fijar el mismo.

En concreto el artículo 79.a) de la LGTel de 2014 establece:

" *Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros . 8

El mismo precepto en su apartado b) señala:

" *b) Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas* ."

El artículo 80.1 establece los criterios para graduar el importe de las sanciones:

" *a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*

b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado y su reparación.

e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.

f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador .

"2.Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan ".

Como expresamente se razona en el acto administrativo impugnado, la Administración ha tomado en consideración que el operador no obtuvo ningún beneficio por la comisión de las infracciones.

En concreto, como se señala en el acto impugnado, " *Al interrumpir la comunicación entre sus clientes y los números 118AB afectados, Vodafone dejó de percibir los ingresos que se derivarían de las posibles llamadas que realizarían sus clientes tanto prepago en el caso de la segunda infracción como todos sus clientes en el caso de la primera infracción por llamadas a los citados 8 números afectados. Con ello, puede afirmarse que la comisión de las conductas infractoras no le han reportado un beneficio económico directo a Vodafone."*

Igualmente se razona en relación con la alegación, ahora reiterada, de que cesó voluntariamente en la comisión de la infracción. Si bien en mayo de 2017, 5 de los números afectados por la suspensión de 2014 eran accesibles desde la red de Vodafone, los números 11814, 1815, 11836, 11842 y 11877, había otros tres números que seguían siendo inaccesibles desde la red de Vodafone, 11826, 11827 y 11848, si bien justificadamente, pues, como se recoge por la CNMC, se ha comprobado la imposibilidad de alcanzar los números 11826, 11827 y 11848 al transitarlas a través de Telefónica.

Se declara por la CNMC expresamente que intenta alcanzar un equilibrio entre la proporcionalidad y la disuasión. Y en estas circunstancias se comprueba que el límite máximo de la multa que se puede imponer a Vodafone es de 20 millones de euros por cada infracción, lo que sitúa los importes fijados por la CNMC en el mínimo, incluso si se hubieran tipificado como infracciones graves, dado que el artículo 79 apartado c) de la Ley General de Telecomunicaciones establece que por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa de hasta dos millones de euros.

Por el conjunto de consideraciones expuestas, procede la íntegra desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnación.

NOVENO-. Po r 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:

F A L L A M O S

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de, **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** contra la Resolución de 11 de julio de 2017 de la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme 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 **no** tificación; 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ