



Roj: **SAN 1170/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1170**

Id Cendoj: **28079230082018100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **02/03/2018**

Nº de Recurso: **573/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000573 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06000/2016

Demandante: GRUPO ROYAL TELECOM, S.L.

Procurador: DOÑA TERESA DE JESUS CASTRO RODRÍGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dos de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **573/2016**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA TERESA DE JESÚS CASTRO RODRÍGUEZ**, en nombre y representación de **GRUPO ROYAL TELECOM, S.L.**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)**, de fecha 8 de septiembre de 2016, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 14 de noviembre de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 16 de noviembre de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 23 de enero de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 20 de abril de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 24 de julio de 2017, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 28 de febrero de 2018, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto e impugnación en las presentes actuaciones resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 de la CNMC, en la que se acuerda:

"PRIMERO.- Declarar responsable directo a Grupo Royal Telecom, S.L. por la comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , al estar prestando, desde el 17 de junio de 2009, servicios de reventa móvil, sin la previa autorización de subasignación de numeración por la CNMC"

SEGUNDO.- Imponer a Grupo Royal Telecom, S.L., en aplicación del artículo 79.1.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de telecomunicaciones, una sanción económica por importe de dos mil euros (2.000€), por la comisión de la infracción leve señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Grupo Royal Telecom, S.L. por 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, consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

CUARTO.- Imponer a Grupo Royal Telecom, S.L. en aplicación del artículo 79.1a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de telecomunicaciones, una sanción económica por importe de diez mil euros (10.000€), por la comisión de la infracción muy grave señalada en el Resuelve Tercero.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que se ha generado indefensión a la entidad interesada en el seno del expediente administrativo, por no haber contestado la CNMC a su petición de prueba y en que existe error en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos. La conclusión de la actora es que se han infringido los principios de tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad.

SEGUNDO.- En cuanto a las normas sancionadoras aplicables, considera infracción leve el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones , "la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidas en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2". La correlativa sanción está prevista en el artículo 79.1 d) de la misma Ley ("multa por importe de hasta 50.000 euros").

La infracción muy grave está prevista en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014 ("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 CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes"). Su punición se contempla en el artículo 79.1 a) de la Ley ("multa por importe de hasta veinte millones de euros").

Como quedó dicho, la atribución y sanción de la infracción leve deriva de la prestación desde el 17 de junio de 2009 de servicios de reventa móvil, sin previa autorización de subasignación de numeración por la CNMC, y la infracción muy grave de incumplimientos de resoluciones del regulador de 22 de octubre de 2009 y de 7 de julio de 2011, sobre especificaciones técnicas de portabilidad móvil.

La entidad sancionada es operador móvil virtual (OMV).



TERCERO.- No puede prosperar la alegación sobre una pretendida indefensión. Al respecto han de considerarse los siguientes extremos:

a) Adoptado por el regulador el correspondiente acuerdo de iniciación del expediente, el día 6 de noviembre de 2016 la ahora actora presentó alegaciones recabando el archivo así como proponiendo práctica de prueba, en concreto para que se oficiara a Telefónica Móviles de España (TME), al Nodo Central de Portabilidad Numérica y a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (AOPM), se tomara declaración a varias entidades abonadas a la interesada y, en tercer lugar, se tuviese por reproducida la documental que acompañaba.

b) La AOPM fue quien comunicó a la CNMC los hechos depurados en el expediente sancionador, dando lugar, el 18 de septiembre de 2013, a un trámite de información previa.

c) En el seno del expediente se ha producido requerimiento de información a la interesada, el 22 de abril de 2016 (folios 341 a 344), contestado el 9 de mayo siguiente (folios 345 a 435).

y d) Si bien "ROYAL TELECOM" reiteró, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, el 29 de julio de 2016, la propuesta de prueba, lo cierto es que en el expediente figuran incorporadas respuestas de TME (folios 26 a 32, 35 a 46, 52 a 55 y 135 a 155), AOPM (folios 1, 2, 11, 12 y 13) y Nodo Central (folio 441)

En definitiva, mal puede sostenerse indefensión cuando consta que, en lo sustancial, se ha valorado cuanto aquello se recababa para "contrastar" las aseveraciones de la expedientada, habiéndose otorgado plazo de un mes para alegaciones y medios de prueba, incorporando documentación solicitada en la fase de información previa y, ha de subrayarse e insistir en ello, practicándose las pruebas antes reseñadas así como un requerimiento de información. Esto es, no cabe inferir indefensión material alguna, encontrándonos ante un procedimiento en el que se han respetado las garantías esenciales del encartado, sin que existiera "efectiva indefensión" o que fuera "decisiva en términos de defensa" (Sentencias del Tribunal Constitucional 219/98 y 45/00).

CUARTO.- En segundo término, ningún error en la valoración de la prueba y en la correlativa fijación de los hechos es dable advertir:

a) Es dato objetivo que "ROYAL TELECOM" ha prestado desde el día 17 de junio de 2009 servicios de reventa móvil sin la previa autorización de subasignación de numeración por la CNMC, siendo operador revendedor de los servicios móviles de TME. Incumplió, por tanto, lo previsto al efecto en el artículo 49 del 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.

y b) Además, desde el segundo semestre de 2009 no ha gestionado el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales. Al respecto, ha de tenerse en cuenta lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y de 7 de julio de 2011), en cuanto establecen la responsabilidad del revendedor de gestionar administrativamente la portabilidad de los usuarios, con ejecución técnica por parte del operador de red (apartado 5.1 de las aludidas resoluciones). En concreto, debe validar los datos del usuario que cambia de operador para así rechazar o confirmar la petición de portabilidad.

Estas circunstancias han sido puestas de relieve en el expediente, a la luz de la documentación e informes que en él se integran, desprendiéndose que la recurrente carecía de la autorización que justifica la sanción por infracción leve y gestionaba incorrectamente el cambio de operador, lo que a su vez motiva la sanción por infracción muy grave.

QUINTO.- Co rolario inevitable es que no se han vulnerado los principios de tipicidad (las conductas encajan cabalmente en los artículos 78.8 y 76.12, respectivamente, de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones), de presunción de inocencia (tras una actividad probatoria razonable no se han desvirtuado las razones que aconsejaron las tipificaciones y sanciones correspondientes) y de proporcionalidad (a la vista del margen para sancionar que tanto para infracciones leves como muy graves contempla el artículo 79.1 de la Ley 9/2014 , hasta 50.000 euros respecto de las leves y hasta veinte millones de euros respecto de las muy graves). En suma, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional deducido.

SEXTO.- Se imponen las costas a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional .

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:



PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**GRUPO ROYAL TELECOM, S.L.**" , contra resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), de fecha 8 de septiembre de 2016, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora.

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