Roj: **SAN 4003/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4003**

Id Cendoj: **28079230082018100511**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **8**
Fecha: **04/10/2018**
Nº de Recurso: **563/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**
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: 0000563 /2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **05922/2016**

Demandante: **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**

Procurador: **DOÑA ELENA MARÍA MEDINA CUADROS**

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

Abogado Del Estado

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

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. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo **nº 563/2016**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA ELENA MARÍA MEDINA CUADROS,** en nombre y representación de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U**, 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.- Po r el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 14 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 10 de abril 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 11 de julio de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Re cibido el pleito a prueba por auto de 27 de julio de 2017, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

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

QUINTO.-SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 3 de octubre de 2018, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre por "TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U" (TME) resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de fecha 8 de septiembre de 2016, en la que se le impusieron sendas sanciones, una de 40.000 euros por una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por falta de control del uso de numeración que se deriva de la cesión de numeración a los operadores revendedores -operadores móviles virtuales prestadores de servicios- sin solicitarse la autorización para la subasignación, y otra de 140.000 euros por una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la misma Ley, al haber intervenido en la gestión de la portabilidad de los clientes de sus revendedores utilizando un procedimiento ajeno al establecido en las vigentes Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil resultantes de las Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que, respecto de la primera conducta, los revendedores no son operadores móviles virtuales (OMV), habiendo TME mantenido en todo momento el control, y, respecto de la segunda, que TME ha respetado el procedimiento automatizado que utiliza para todos sus clientes. Se invoca, además, la vulneración de los principios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, libertad de empresa y proporcionalidad.

SEGUNDO.- Pa ra mejor atender el fondo del litigio, a la vista del expediente, son resaltables los siguientes extremos:

a) El 18 de septiembre de 2013, como consecuencia de hechos trasladados a la CMT por la ASOCIACIÓN DE OPERADORES PARA LA PORTABILIDAD MÓVIL (AOPM) en relación con la entidad "Oceans Network, S.L.", que se promocionaba como OMV, se abrió un trámite de información previa.

b) El 4 de junio de 2014 se verificó requerimiento de información a TME, con requerimientos adicionales el 1 de diciembre de ese año y el 21 de enero de 2015.

c) El 17 de septiembre de 2015 la CNMC (Sala de Supervisión) adoptó Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador contra TME por presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad. En su seno se produjeron nuevos requerimientos a TME.

d) El 29 de julio de 2016 se presentan las alegaciones de TME, basadas en las consideraciones que siguen: Distinción entre empresas revendedoras y los OMV prestadores de servicios (OMVPS); identidad de características entre el grupo de revendedores, no siendo esas entidades responsables de la tramitación de los procedimientos de portabilidad numérica; cumplimiento por TME de sus obligaciones; cumplimiento por TME de las especificaciones técnicas en materia de portabilidad móvil; vulneración de los principios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

y **e)** Los hechos probados de la resolución combatida se ciñen, de una parte, a que, desde el mes de agosto de 2008, TME no ha mantenido el control de uso de determinados recursos de numeración móvil que tiene asignados al ceder a varios OMVPS la facultad de utilizar dichos números como empresas sin solicitar a la CNMC la autorización de la subasignación de dicha numeración, y, de otra, que, desde febrero de 2010, TME

ha estado interviniendo en calidad de operador donante en la gestión de la portabilidad de los clientes de las entidades revendedoras de sus servicios móviles.

TERCERO.- En definitiva, y como bien advierte el demandado, la entraña del pleito ha de establecerse en el papel de unas entidades intermediarias entre TME y los usuarios finales, con la particularidad de que los servicios de TME se adquieren para comerciar con ellos, sin que en ese operativo quepan situaciones intermedias o híbridas (revendedores que no sean OMV), siendo así que los clientes son considerados como propios de TME sin un adecuado control y con, a mayor abundamiento, un trámite adicional con el intermediario en la portabilidad.

Pues bien, esta Sala y Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la conducta desplegada por algunas de esas entidades -y la derivada sanción-, concretamente respecto de "AGENCIA NOTARIAL DE CERTIFICACIÓN, S.L.U." (ANCERT) (Sentencia de 1 de diciembre de 2017, Recurso 571/2016), "GRUPO R.E VIDEO, S.L." y "AVP PORRIÑO, S.L." (Sentencia de 9 de febrero de 2018, Recurso 75/2016), "GRUPO ROYAL TELECOM, S.L." (Sentencia 2 de marzo de 2018, Recurso 573/2016) y "AIR DIGITAL, S.A. (Sentencia de 18 de abril de 2018, Recurso 574/2016). En todas esas Sentencias desestimatorias se llega a la conclusión de que el contrato suscrito entre las entidades recurrentes y TME (inicio del servicio, facturación, derechos de desconexión, causa de resolución del contrato, compromisos de calidad, protección de datos, atención e información al cliente, responsabilidad exclusiva...), denota que no eran meros intermediarios entre clientes y TME, por mucho que esta asignara la numeración, siendo sancionados por carecer de autorización de la CNMC de subasignación de numeración y por gestionar incorrectamente el cambio de operador con conservación de la numeración de los usuarios finales, sin ajustarse a las reglas sobre portabilidad (fijadas en resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y de 7 de julio de 2011)

CUARTO.- Di cho esto, no podemos más que compartir los detallados y acertados argumentos de la Resolución impugnada.

En primer lugar, y ello es coherente con las conclusiones de las cuatro Sentencias antes meritadas, la relación trabada entre esas empresas y TME es una reventa a los usuarios finales de los servicios de TME, en el entendimiento de que las entidades son OMVPS, con el dato relevante de que los contratos que las ligan con sus usuarios finales ponen de manifiesto que son tales entidades (no TME) quienes responden de la prestación de sus servicios frente a los usuarios (cláusula segunda 1.f del contrato mayorista), sin que, a la vista de todos los elementos de juicio a disposición del regulador, que efectúa una detallada valoración no desvirtuada de adverso, TME no haya controlado el uso de parte de su numeración móvil, una vez puesta a disposición de algunos de sus revendores, sin la preceptiva autorización de la CNMC para subasignación de numeración a aquellas entidades.

En segundo término, y ello también es congruente con nuestras precedentes Sentencias, el regulador ha comprobado retrasos en la tramitación de las portabilidades, en gran medida por no controlar TME parte de los recursos públicos de numeración asignados en su momento por la CMT o la CNMC, que puso a disposición de las revendedoras de servicios móviles sin solicitar a la CNMC la preceptiva autorización de subasignación interviniendo TME en la gestión de esos procesos como operadora donante, extremos tampoco desvirtuados de contrario.

QUINTO.- Pu es bien, la primera conducta -falta de control de uso de recursos de numeración móvil, sin autorización de la CNMC- encaja cabalmente en la tipificación contemplada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014 (infracción grave consistente en "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") y la segunda -intervención de TME en la portabilidad, como operador donante, en la gestión de las solicitudes de portabilidad de los usuarios finales de las entidades revendedoras- en la prevista en el artículo 76.12 de la misma norma (infracción muy grave consistente en "el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa... dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas"). Ningún reproche cabe verificar al respeto del principio de tipicidad por el regulador, ni, por ende, al de antijuridicidad, en cuanto las conductas vulneran las obligaciones y procedimientos previstos en el ámbito regulado que nos ocupa, según lo razonado en la presente resolución.

Tampoco puede aceptarse una pretendida falta de culpabilidad, pues resulta insostenible que una empresa de la enjundia de la ahora recurrente pueda desplegar su actividad en un mercado que le es propio sin pleno conocimiento y conciencia de las obligaciones o limitaciones regulatorias que le incumben. Nada empece a atribuir intencionalidad a la promovente, en ámbito administrativo sancionador en el que se puede responder a título de dolo o culpa, ex artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Igual suerte ha de correr cuanto se expone sobre un pretendido menoscabo de la libertad de empresa, cuando es bien sabido que el Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 28 de octubre de 1988 y de 17 de junio de 1997) ha proclamado que el derecho a la libertad de empresa debe acomodarse a la norma específica que

regula la actividad a que se contrae y que son aceptables todas aquellas limitaciones o cortapisas que no sean irracionales o arbitrarias y si justificadas por otros intereses dignos de protección, como es el caso, en el que la CNMC, en el marco jurídico del sector de las telecomunicaciones, vela por la libre competencia en la explotación de redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, ex artículo 5.1 de la Ley de Telecomunicaciones 9/2014, de 9 de mayo, incluso, en supuestos como el que nos ocupa, ejerciendo la potestad sancionaldora (artículos 72 a 84 de la Ley 9/2014), resultando de todo punto inobjetable tal despliegue en la cuestión abordada.

SEXTO.- Y, finalmente, en relación con la proporcionalidad de las sanciones impuestas, también ha de inferirse la conformidad a Derecho del acto administrativo, a la vista del margen para sancionar que tanto para las infracciones graves como muy graves contempla el artículo 79.1 de la Ley 9/2014, hasta dos millones de euros para las graves (se imponen 40.000) y hasta veinte millones de euros para las muy graves (se imponen 140.000).

En suma, en virtud de todo lo expuesto, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

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

F A L L A M O S

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 **"TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U"**, contra resolución **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