



Roj: **SAN 4023/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4023**

Id Cendoj: **28079230082017100427**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **144/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000144 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01367/2016

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

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 once de octubre de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **144/2016**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 2 de febrero de 2016, por la que se declara a la recurrente responsable de una infracción del artículo 77.27 de la Ley General de Telecomunicaciones y se impone sanción de 50.000 euros.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 20 de septiembre de 2017.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es de 50.000 euros.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución impugnada señala, como hechos probados:

<<ÚNICO.- TELEFÓNICA no ha emitido los certificados de detalle de impagos debidamente desglosados por operador asignatario de la numeración desde el 1 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2015.

En el año 2014, Premium Numbers planteó un conflicto ante la CNMC frente a TELEFÓNICA solicitando que dicho operador le remitiese la información sobre impagos de servicios de tarificación adicional por parte de los abonados de TELEFÓNICA, de conformidad con lo establecido en la Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010.

En el marco de ese conflicto se constató que TELEFÓNICA no remitía los certificados de detalle de impagos de servicios de tarificación adicional desglosados por operador asignatario del número llamado, de conformidad con las previsiones de la OIR.

En el marco de ese expediente, ORANGE, operador de tránsito entre TELEFÓNICA y Premium Numbers, señaló que TELEFÓNICA le remitía el documento que acreditaba los impagos a los que se refieren los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR -que regulan la interconexión a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional- pero sin desglosar por operador asignatario de la numeración y que, para evitar infringir la normativa aplicable en materia de protección de datos⁷, no traspasaba este documento al siguiente operador de la cadena de interconexión -en este caso Premium Numbers- pues podía contener cantidades adeudadas a diferentes operadores prestadores de servicios de red de tarificación adicional.(....)

En conclusión, teniendo en cuenta los documentos y datos recabados durante la tramitación del presente expediente y las propias declaraciones de TELEFÓNICA, ha quedado acreditado que TELEFÓNICA remitió certificados de detalle de impago en los que figuran números pertenecientes a los rangos 118AB, 902, 803, 806, 807 y 905 asignados a distintos operadores desde el 1 de julio de 2011 - día siguiente a la fecha en la que se le notificó la Resolución del recurso de modificación de la OIR 2010- hasta el 28 de febrero de 2015. Esto es, TELEFÓNICA aportaba la información de impagos sin desglosar por operador asignatario de la numeración al siguiente operador de la cadena de interconexión>>.

En cuanto a la tipificación de los hechos, señala la resolución: "El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta comisión por parte de TELEFÓNICA de la infracción muy grave tipificada en el artículos 76.12 de la LGTel/14, por el presunto incumplimiento de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA, en los términos modificados por la Resolución de la CMT, de fecha 23 de junio de 2011, por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por TELEFÓNICA y ORANGE contra la Resolución de 18 de noviembre de 2010 que modificó la OIR".

SEGUNDO.- En cuanto a la justificación de los hechos probados y tipificación ya señalados, afirma la resolución impugnada:

<<El procedimiento general de información de impagos aprobado por la citada Resolución y aplicable desde el año 2011, prevé en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR, las actuaciones a seguir por TELEFÓNICA en el marco del servicio de facturación y gestión de cobro que viene obligada a prestar, en el supuesto de que se produzcan impagos de los abonados de llamadas dirigidas a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional.



Este servicio se inicia con el tratamiento por TELEFÓNICA de los datos de las llamadas de sus abonados a números de Red Inteligente para elaborar la correspondiente factura que se presentará al cobro al abonado y finaliza bien cuando el abonado haya pagado el importe facturado o bien cuando TELEFÓNICA haya realizado todas las gestiones señaladas en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR.

Una vez que TELEFÓNICA considera incobrable una factura y decide no realizar más actuaciones para perseguir la deuda, está obligada, según el apartado 6.5.3 en relación con las llamadas a numeración de tarificación adicional, a realizar las siguientes actuaciones:

- a) Emitir un fichero de impagos definitivos: en este fichero constarán los datos del deudor y de la deuda. Estos datos se pondrán a disposición de los operadores interconectados con TELEFÓNICA mediante un acceso online.
- b) Poner a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro y, entre otros, incluirá los datos correspondientes al usuario llamante y cuantos han de incluirse en el archivo de comunicación de impagos definitivos. También estará disponible mediante acceso online.

De conformidad con el mismo apartado 6.5.3 de la OIR, *"Telefónica estará obligada a certificar la veracidad de los datos incluidos tanto en el documento de detalle, como en el archivo de impagos definitivos, debiendo proceder a la firma de los documentos mediante un sistema de firma digital que permita acreditar la procedencia del documento de detalle"*.

Sin perjuicio de tener que suministrar la anterior información, TELEFÓNICA también está obligada a *"facilitar aquellos documentos o medios de prueba que puedan ser utilizados para corroborar los datos recogidos en el archivo de impagos y en los certificados, que le sean requeridos por el operador de red inteligente en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas"*.(...)

Por lo tanto, el apartado 6.5.3 de la OIR vigente exige, entre otros, en su párrafo 7, que TELEFÓNICA debe poner a disposición del operador de red inteligente la información de impagos por medio de documentos que detallen la gestión del cobro realizada y de las llamadas impagadas, certificando además la veracidad de dichos documentos mediante un sistema de firma digital. Y el apartado 6.5.4, que desarrolla el procedimiento de pagos entre el operador de acceso y el operador de tarificación adicional señala entre otras cuestiones, en su párrafo 18, que TELEFÓNICA debe aportar la información de impagos debidamente desglosada por operador de tarifas especiales (operador asignatario de la numeración destino), de forma que los operadores de tránsito puedan facilitarle esta información sin necesidad de realizar ningún tratamiento sobre la misma a los operadores de red inteligente que no están directamente interconectados con TELEFÓNICA y así, de esta forma, dar pleno cumplimiento con la obligación prevista en el apartado 6.5.3 de la OIR>>.

Y se acuerda: "Primero.- Declarar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia y de 23 de junio de 2011 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la anterior Resolución en relación con los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.; Segundo.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una multa por importe de cincuenta mil (50.000) euros por la infracción indicada en el resuelve primero".

TERCERO.- Tal y como ya hemos reflejado, Premium Numbers planteó conflicto, ante la CNMC, el cual fue resuelto mediante resolución de dicha Comisión, de fecha 10 de febrero de 2015 y presentado recurso contencioso administrativo, ante esta Sala y Sección, que se ha seguido con el número 175/2015. En este recurso ha recaído sentencia de fecha 10 de abril de 2017, evidentemente conocida por la parte aquí actora.

En esta sentencia hemos confirmado el acto recurrido, en el sentido de entender que la obligación impuesta a Telefónica, es conforme a derecho. La sentencia se refiere a la referida resolución de la CNMC, que trae casusa de las resoluciones de 18 de noviembre de 2010 y 23 de junio de 2011. El fondo de la cuestión debatida en este anterior recurso coincide con el que ahora se plantea como base para la imposición de la sanción.

Decíamos en la sentencia de 10 de abril de 2017 :

<<La Sala conviene con el Regulador en que Telefónica "tiene la obligación de facilitar a Orange los datos y documentación prevista en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 OIR", información de impagos de tarifas especiales, en este caso de Premium Numbers, debidamente desagregada de la del resto de los operadores a los que Orange



entrega las llamadas, de modo que este operador "se las pasará a Premium Numbers para que pueda llevar a cabo sus acciones de cobro", además de que "Telefónica deberá entregar un documento firmado digitalmente que certifique los impagos definitivos desglosados por factura y por operador asignatario de la numeración de tarificación adicional".

La Sala, en línea con las alegaciones de la Abogacía del Estado, estima necesario puntualizar que conforme a las determinaciones establecidas en la OIR, Telefónica está obligada a poner a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que se certifique la finalización de las gestiones de cobro con los datos debidamente desglosados, sin perjuicio de facilitar asimismo los "documentos o medios de prueba que puedan ser utilizados para corroborar los datos recogidos en el archivo de impagos y en los certificados, que le sean requeridos por el operador de red inteligente en el marco de un procedimiento judicial", obligación de carácter general a cumplimentar a solicitud expresa del operador de red inteligente, como se indica in fine en la Resolución impugnada>>.

Y concluimos que "Telefónica deberá remitir a Orange los documentos acreditativos de los impagos producidos desde la entrada en vigor de la OIR en la que se acoge la nueva redacción establecida en la Resolución del recurso contra la modificación de la OIR de 2010, correspondientes a los servicios de tarificación adicional prestados a través de la numeración asignada a Premium Numbers. En estos documentos, deberán figurar únicamente las llamadas a numeración de servicios de tarificación adicional correspondiente a Premium Numbers desglosadas por abonado".

La obligación impuesta y la forma de cumplirla quedan despejados en esta sentencia que transcribimos en parte, por lo que la base jurídica para la consideración de la comisión de una infracción no cabe discutirla ex novo en el presente recurso, al ser cuestión ya examinada y decidida por la Sala en los términos expuestos, remitiéndonos al contenido íntegro de la sentencia, que no es necesario reiterar en su integridad al ser conocida por la parte. En esa sentencia ya resolvíamos las alegaciones pertinentes respecto de la antijuridicidad de la conducta, así como lo referido a los principios de legalidad, proporcionalidad, objetividad y seguridad jurídica.

Expuesto lo anterior, entendemos que la conducta que es objeto de sanción es típica y antijurídica, al venir determinada por el incumplimiento de una obligación impuesta en la modificación de la OIR. Obligación que hemos confirmado en la sentencia a que nos hemos referido. Por lo demás, la conducta está probada, en cuanto la propia recurrente ha expresado la forma de envío del desglose objeto de análisis y resulta que dicha forma no coincide, durante el periodo que se cita en el acto sancionador, con aquella en que debía hacerse por imposición del Regulador en las resoluciones que se han citado.

En cuanto a la culpabilidad, hemos señalado en otros recursos interpuestos por la aquí recurrente (SAN 5 julio 2017, recurso 502/2015) <<...De ahí que tampoco pueda sostenerse una falta de culpabilidad, cuando hay, se insiste, un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponerse y se le supone, insistimos, su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha, cuando menos, una falta de diligencia en su proceder, en cuanto, a los efectos ahora abordados, resulta suficiente una negligencia parangonable a la omisión del deber de cuidado exigible, sin que esto suponga olvidar, claro está, que la imputabilidad de la conducta puede serlo también a título de dolo o de culpa; Y es que el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> establece que "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia". Llano es que el tipo utilizado por la CMT no requiere una voluntad inequívoca, expresa o manifiesta de incumplimiento de las obligaciones impuestas, sólo el incumplimiento de éstas, sin necesidad, por tanto, de dolo específico, ni siquiera de mera negligencia que fuera más allá de una simple omisión>>.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRJCA , deben imponerse las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 2 de febrero de 2016, por la que se declara a la recurrente responsable de una infracción del artículo 77.27 de la Ley General de Telecomunicaciones , por su conformidad a derecho. Con imposición de costas a la parte recurrente.

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



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **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