



Roj: **ATS 9972/2017 - ECLI: ES:TS:2017:9972A**

Id Cendoj: **28079130012017201739**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **3727/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 24 de octubre de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO.**- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 10 de octubre de 2016, sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 446/2015 interpuesto por la entidad Next Touch Telecom SL, contra la resolución de 18 de junio de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declara responsable directa a Next Touch Telecom SL 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 adjudicación y asignación del número corto 11864 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

La resolución de 18 de junio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, acuerda lo siguiente:

«[...] En el presente supuesto, como se ha señalado en el Hecho probado único, ha quedado acreditado que a través del número corto 11864 asignado a Next Touch se prestan servicios para adultos, por lo que puede concluirse que el número 11864 fue utilizado incumpliendo las condiciones establecidas en el PNNT para esta numeración, contrariando lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de mercados, acceso y numeración. Más aun, dar a los números asignados el uso previsto en la normativa constituye una de las condiciones determinantes de su asignación, de conformidad con el artículo 52.2 del Reglamento de Mercados .

Esta conducta estaba tipificada como infracción muy grave, en el momento de su comisión, acreditada a través de la grabación aportada por Orange en su escrito de 10 de marzo de 2014 y de la inspección realizada por la CNMC el día 7 de mayo de 2014, por el artículo 53.w) de la LGTel de 2003. Por otro lado, se realizó una segunda inspección el día 18 de agosto de 2014, cuando ya estaba en vigor la LGTel de 2014, quedando tipificada la misma conducta como grave en su artículo 77.19.

[...]

En el presente caso, tal y como ya se ha señalado, se imputa a Next Touch una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento del PNNT y del apartado 4 de la Orden de servicios de consulta, por llevar a cabo un uso indebido del número 11864.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad en el procedimiento de referencia, se considera que Next Touch era plenamente consciente de que el incumplimiento de las precitadas normas implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

En cuanto al elemento volitivo, Next Touch, como operador prestador del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, es plenamente conocedor de la importancia y los efectos que produce o puede producir



su actuación, y la relevancia que tiene que los citados servicios se presten de conformidad con las normas establecidas para garantizar la prestación correcta de los servicios a los usuarios finales y, en definitiva, la protección de sus derechos.

Concurre en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Next Touch, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual), en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el procedimiento sancionador.

[...]

De la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación.

Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 80.1 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC se estima que las circunstancias concurrentes conducen a valorar la repercusión social de la infracción como una atenuante de la responsabilidad.

Por lo demás, tal y como se puso de relieve en el Acuerdo de modificación antes citado, en el presente caso, concurriendo una intencionalidad en la conducta y una consciencia clara de estar infringiendo la norma, no procede, en modo alguno, valorar, como atenuante, la inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.

Finalmente, en atención al artículo 80.2 de la LGTel se considerarán los posibles ingresos obtenidos por el operador, estimados por esta Comisión, como resultado de la actividad económica de Next Touch -relacionada con la infracción cometida- para graduar la sanción a imponer, como se analiza más adelante [...]

La sentencia desestima el recurso, al considerar acreditada la comisión de la infracción de forma plenamente consciente por la recurrente, concluyendo lo siguiente:

«[...] **TERCERO.-** En relación con la alegación de que la entidad actora carecería de responsabilidad en los hechos depurados en cuanto es otra entidad, "GITEC Ltd" la que había suscrito un contrato de cesión del uso del número corto 11864, conviene precisar, tal como el acto administrativo pone acertadamente de relieve, que el número en cuestión se encontraba asignado a favor de NEXT TOUCH, a quien incumbe velar por su buen uso, en modo acorde con las normas vigentes al efecto, siendo así que, incluso, si hubiere cedido el uso a un tercero podría haber incurrido en otra infracción (subasignación encubierta y no autorizada por la CNMC y no mantener el control de la asignación), vulnerando la condición general recogida en el artículo 59 c) del Reglamento de Mercados (Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre), en cuya virtud "los recursos asignados deberán permanecer bajo control del titular de la asignación" y "no obstante, este, previa autorización de la CMT (hoy CNMC), podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud"»

[...]

**CUARTO.-** En cuanto a la prueba practicada, ha de rechazarse incurrir en nulidad o genere indefensión. En efecto, si se acude al Acta de inspección obrante en el expediente, se viene en conocimiento de que se refiere a la entidad ahora actora y a otra, con una atención diferenciada respecto de ambas, con un fundamento para cada uno de los números investigados (el 11854 y el que nos ocupa, el 11864). Ninguna tacha de nulidad cabe inferir al respecto.

Tampoco es dable aceptar que la prueba practicada hubiere vulnerado el artículo 18.3 de la Constitución (secreto de las telecomunicaciones),

[...]

Resulta palmario que la ahora demandante era total y plenamente consciente de que el incumplimiento del PNNT (Plan Nacional de Numeración Telefónica) y del apartado 4 de la Orden de servicios de consulta (Orden CTE7711/2002, de 26 de marzo), integraba una conculcación del ordenamiento, con el corolario de su incardinación en la tipificación contemplada en el artículo 77.19 de la Ley General de Telecomunicaciones .

[...]

**SÉPTIMO.-** No es posible deducir se conculque el principio de proporcionalidad, cuando el artículo 79.1 c) de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros, y el monto acordado es de 280.000 euros, además justificado y motivado en el modo y manera que hemos expuesto [...] »



**SEGUNDO.-** La procuradora de los Tribunales, D.ª Sandra Cilla Díaz, en nombre y representación de la entidad Next Touch Telecom SL, bajo la dirección letrada de D.ª Laura Pérez Sotoca, ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 10 de octubre de 2016, dictada por la Sección Octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 446/2015.

Denuncia, en síntesis, la recurrente que la sentencia adolece de falta de motivación y congruencia ( art 24 CE , 218 LEC y 70 LOPJ ), ya que confirma la apreciación de la existencia de dolo sin base probatoria alguna, ni entra a valorar si los criterios tenidos en cuenta para cuantificar la sanción son procedentes y respetan la legalidad ( art 80 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , BOE 10 de mayo 2014 y art 131 LRJPAC). Considera que es la empresa cesionaria del número corto, la que realmente ha cometido el ilícito, sin que sea posible apreciar la responsabilidad objetiva en el procedimiento sancionador. Además, afirma que se han aplicado de forma arbitraria los criterios de graduación de la sanción ya que la propuesta de sanción cifró la sanción en 140.000 euros que fue elevada por la resolución sancionadora a 280.000 euros por incurrir en conducta dolosa, sin que exista prueba alguna de la intencionalidad o dolo. Dolo que descarta al haberse facilitado correctamente la información de los abonados, de forma que solo ante la pregunta sobre «Ana» por el Inspector se deriva a los servicios contenidos para adulto. Además, considera vulnerado el principio de presunción de inocencia ( art 137 LRJPAC) por inexistencia de prueba de cargo denunciando que la actuación inspectora no ha respetado las garantías del administrado. También denuncia la vulneración del principio de tipicidad pues según el artículo 74.1.a) Ley General de Telecomunicaciones solo es exigible la responsabilidad a la persona que desarrolle la actividad y no es la recurrente, sino la cesionaria, quien desarrolla la actividad. Finalmente, denuncia una serie de irregularidades que reputa invalidantes respecto de la prueba desplegada concerniente a la forma en que se efectuaron las grabaciones de las conversaciones ( art. 73 Ley General de Telecomunicaciones y 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la CNMC (BOE 5 junio 2013); en lo concerniente a la falta de constancia de la incitación previa del Inspector; la inexistencia de orden de inspección previa, - habiendo sido acordada en procedimiento sancionador distinto al que nos ocupa; y la provocación del Inspector como elemento determinante de la respuesta de la operadora para el ofrecimiento del servicio con contenido para adultos ( arts. 14 y siguientes del Decreto 173/2010, de 23 de noviembre, de Inspección de Telecomunicaciones (Cataluña) y art. 24 CE ).

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra d) del apartado 3 del citado artículo 88 al haberse emitido el acto impugnado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**TERCERO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 21 de junio de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala, la entidad Next Touch Telecom SL, en concepto de parte recurrente, y la Abogacía del Estado como parte recurrida, quien con ocasión al trámite conferido para la personación ha manifestado las siguientes causas de inadmisión. Resumidamente, considera que la cuestión radica en la discrepancia sobre la valoración de la prueba efectuada por la sentencia y el criterio seguido en la graduación de la sanción, cuestión que reputa ajena a este recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 18 de junio de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone la sanción de 280.000 euros a la recurrente, por la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 77. 19 de la Ley General de Telecomunicaciones .

**SEGUNDO.-** La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, «[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

**TERCERO.-** En el escrito de preparación se invoca el apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado



precepto no es absoluta pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a este al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, en cuanto concierne al tema de fondo debatido en el litigio, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto tanto las cuestiones planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar, sólidamente, problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Concretamente, invoca el contenido del art. 88.3.d) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo «Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional», tales como la CNMC.

Sin embargo, aún a pesar de los esfuerzos argumentativos, la propia sentencia recurrida va desgranando las distintas alegaciones vertidas por la recurrente, partiendo de la prueba obrante, atendiendo a la responsabilidad de Next Touch a cuyo favor se encontraba asignado el número, (con independencia de la cesión de uso cuya autorización no constaba), y considerando palmario que era total y plenamente consciente del incumplimiento, a efectos de apreciar su culpabilidad. Elementos fácticos todos ellos, concurrentes al asunto del caso, valorados por la Sala *a quo*, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho. Por consiguiente, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* de estos criterios impide la favorable acogida del interés casacional.

De esta forma, el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente gravita sobre la convicción a la que llega la Sala *a quo* sobre la prueba de la prestación del servicio para adultos a través del servicio de consulta de abonados constitutiva de infracción y la responsabilidad de la recurrente a pesar de la cesión de uso del número.

**CUARTO.-** El resto de infracciones normativas denunciadas por la recurrente versan sobre la motivación en la aplicación de los criterios de graduación de la sanción y las pretendidas irregularidades en la actuación de la Inspección. Elementos todos ellos que son manifiestamente carentes de interés casacional, por la falta de proyección a otros supuestos, sin que, en cualquier caso, sean susceptible de invocación en este recurso de casación, las denuncias de infracciones normativas de procedencia autonómica [ arts. 14 y siguientes del Decreto 173/2010, de 23 de noviembre, de Inspección de Telecomunicaciones (Cataluña)]

**QUINTO.-** Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

**La Sección de Admisión acuerda:**



Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 3727/2017 preparado por la representación de Next Touch Telecom, contra la sentencia de 10 de octubre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 446/2015 , con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Emilio Frias Ponce D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ