



Roj: **SAN 2805/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2805**

Id Cendoj: **28079230082020100355**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/10/2020**

Nº de Recurso: **717/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000717 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04242/2018

**Demandante:** DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS S.A.

**Procurador:** D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil veinte.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo nº **717/18**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador Sr. **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS S.A.** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, sobre imposición de sanción tipificada en la Ley General de Telecomunicaciones, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. La cuantía de este recurso es de 76.000 euros. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. Mercedes Pedraz Calvo**.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-**. Por 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 19 de Junio de 2019 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 por la que se estime el recurso y : " *anule la resolución sancionadora y la deje sin efecto declarando no haber lugar a la sanción de 76.000 (setenta y seis mil) euros impuesta a DIALOGA, con los demás pronunciamientos que sean inherentes a tal decisión y con imposición a la Administración de las costas causadas.*".

**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-**. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 7 de Octubre de 2020 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se dirige el presente recurso contencioso administrativo contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 6 de junio de 2018 dictada en el expediente SNC/D TSA/104/17/ NUMERACION DIALOGA, en la que se **RESUELVE:**

*"PRIMERO. - Declarar a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A., 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 atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.*

*SEGUNDO. - Imponer a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., una sanción por importe de setenta y seis mil euros (76.000 €)."*

Son antecedentes a tener en cuenta para la resolución del recurso los siguientes:

1.- Con fecha 29 de agosto de 2016 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recibió un escrito de Orange Espagne, S.A.U. (Orange) en el que solicitaba la autorización de este organismo para cesar en la prestación de los servicios de acceso a red móvil que tenía contratados con Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera) y Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga)<sup>1</sup>, en virtud de sendos acuerdos que Jazz Telecom, S.A. (Jazztel)<sup>2</sup> firmó con estas operadoras de red fija<sup>3</sup>, el 14 de marzo y el 22 de junio de 2011, respectivamente.

El motivo de la solicitud presentada era el supuesto incumplimiento de Opera y Dialoga de lo establecido en los contratos. En concreto, Orange alegaba que estas dos operadoras estaban haciendo un uso indebido de la numeración móvil que Jazztel les cedió en virtud de dichos contratos, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 27 mayo de 2013, por la que se modificó la atribución de rangos de numeraciones móviles. En dicha Resolución de la SETSI se estableció una lista cerrada de servicios que pueden emplear numeración móvil, prohibiendo el empleo de la misma para otros fines distintos a su aplicación a través de los accesos móviles u otros servicios asociados a redes públicas de comunicaciones móviles.

Este procedimiento finalizó mediante la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 24 de enero de 2017, por la que se declara concluso el procedimiento por desistimiento de Orange, al llegar a un acuerdo con Opera y Dialoga, el 2 de diciembre de 2016, sobre la resolución del contrato a fecha 31 de marzo de 2017 (diferida) -para garantizar la migración del servicio- y, por tanto, la devolución de la numeración móvil entregada a estas operadoras. Fue el expediente CFT/D TSA/028/16.

2.- A la vista de la información recabada a través de los actos de instrucción realizados en el marco del procedimiento CFT/D TSA/028/16, se puso de manifiesto el posible uso indebido por parte de Opera y Dialoga de la numeración móvil entregada por Jazztel -actualmente Orange- en el año 2011, en calidad de operador asignatario y responsable del control y uso de dicha numeración móvil asignada. Por ello, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2017, la DTSA comunicó a dichas operadoras el inicio del periodo de actuaciones previas IFP/D TSA/01/17, al objeto de investigar los hechos puestos de manifiesto hasta ese momento.

En el marco de este expediente y en cumplimiento de la Orden de inspección de fecha 10 de enero de 2017 entre los días 12 y 17 del mismo mes y año, se realizaron actuaciones inspectoras sobre determinada numeración móvil de Orange declarada en uso por las operadoras Dialoga y Opera, al objeto de conocer el servicio prestado a través de la numeración, así como el operador proveedor del mismo al usuario final. Con fecha 7 de febrero de

2017 se levantó Acta de Inspección. Asimismo, se realizaron otras actuaciones previas al objeto de determinar y conocer los hechos puestos de manifiesto en la citada Acta de Inspección por los operadores en el expediente CFT/DTSA/028/16.

3.- En fecha 6 de julio de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó acuerdo, por el que se incoó el procedimiento sancionador contra Dialoga por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos de numeración incluidos en los planes nacionales de numeración. Este acuerdo dio lugar asimismo al archivo del periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/001/17 y fue notificado a la interesada el 10 de julio de 2017.

Este expediente finalizó con la resolución impugnada.

**SEGUNDO-**. Lo s motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue: comienza por recordar que en escrito de fecha 29 de agosto de 2016 Orange Espagne, S.A. solicita a la CNMC autorización para cesar en la prestación de servicios de acceso a la red móvil que estaba prestado a DIALOGA. La prestación de dicho servicio se basaba en un acuerdo de fecha 22 de junio de 2011 celebrado entre DIALOGA y Jazz Telecom S.A., mercantil fue extinguida y absorbida por ORANGE el 8 de febrero de 2016 quedando ORANGE subrogada de forma automática en todos los derechos de Jazz Telecom S.A.

En el contexto del antedicho expediente administrativo CFT/DTSA/028 la CNMC solicita de ORANGE, en escrito de fecha 12 de septiembre de 2016, información sobre la numeración móvil que se estaba provisionando así como descripción de los presuntos servicios específicos que DIALOGA estaba prestando mediante la referida numeración [Folios 23-26]. ORANGE contesta a dicho requerimiento el 23 de septiembre de 2016 informando sobre los rangos de numeración móvil puestos a disposición de DIALOGA en el marco del Acuerdo y alegando que, después de haber realizado una serie de llamadas a las numeraciones móviles correspondientes, había podido comprobar que estas habían sido supuestamente *asignadas por DIALOGA [...] a empresas para la recepción de llamadas*.

Continúa exponiendo lo acontecido en los expedientes anteriores y en el de autos, y considera que la CNMC no es competente para resolver el fondo del asunto de este recurso.

Considera que según lo dispuesto en los artículos 19.5 y 69 c) 1 de la LGTel -Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones-, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR, actualmente el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD)). La infracción prevista en el artículo 77.19 de la actual LGTel que se imputa a DIALOGA, no es competencia de la CNMC en primer lugar, por lo que dicha competencia, en base a lo establecido en la disposición transitoria décima de la LGTel, no podría ser atribuida al MINETAD y, por consiguiente, no podría haberse atribuido previamente a la CNMC de manera provisional.

En segundo lugar alega que la CNMC en la resolución sancionadora no presenta prueba alguna por la que se pueda concluir que DIALOGA comercializaba numeración móvil y que, por tanto, se hubiese podido generar eventuales perjuicios a los usuarios finales.

Por otro lado, la exigua cantidad de numeración móvil enrutada a DIALOGA, la ausencia de relación biunívoca entre la numeración y un determinado servicio, el hecho de que la numeración no fuese susceptible de ser portada, de cursar llamadas salientes ni de recibir mensajes son pruebas incontrovertibles de que dicha numeración no era apta ni susceptible de haber sido comercializada, por ser todas estas características básicas de cualquier tipo de numeración que se ponga a disposición de usuarios y que estos razonablemente hubiesen demandado de haberles sido comercializada.

En tercer lugar, sostiene que las llamadas enrutadas a través de la numeración de ORANGE se emplearon exclusivamente con finalidad de pruebas desde que fuesen enrutadas por ORANGE en 2011 y hasta el día 31 de marzo de 2017 fecha en que ORANGE y DIALOGA pusieron fin al servicio de común acuerdo. Considera evidente que, si se hubiera producido comercialización de la numeración móvil por parte de DIALOGA, la cantidad de numeración que hubiese sido activada, pasados, en su momento, más de cinco (5) años del acuerdo con ORANGE, hubiera sido razonablemente significativa, máxime teniendo en cuenta que DIALOGA es una operadora de telecomunicaciones que dirige sus servicios a un amplio mercado empresarial y presta sus servicios a nivel estatal. En definitiva, la cantidad de ciento cuarenta y cuatro (144) números -que, según el hecho único de la resolución sancionadora [Folio 871], DIALOGA habría comercializado incumpliendo la normativa- resulta verdaderamente ínfima e irrisoria en el contexto de un operador de telecomunicaciones dedicado al mercado empresarial a nivel nacional desde hace veinte (20) años, como es el caso de DIALOGA.



Como siguiente motivo de recurso, la actora pone igualmente de relieve las contradicciones y la falta de rigor en la concreción de la cantidad de numeración que se habría usado de forma contraria a la normativa, y sobre el periodo en el que presuntamente habría tenido lugar el uso de numeración en forma contraria a la normativa.

Considera que el expediente de información previa se alargó de forma artificiosa, y que la sanción es desproporcionada.

**TERCERO:** El Abogado del Estado se opone a los motivos de impugnación, alegando, en síntesis:

- En relación con el primer motivo de recurso, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 6.5 y 29.1 de la LCNMC en relación con la ley 9/2014, arts. 19 y 69.1 la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo - MINETUR- (actualmente, el Ministerio de Economía y Empresa). Y el artículo 84 de la LGTel establece que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la SETSI (actual Secretaría del Estado para el Avance Digital), dado que no se ha atribuido expresamente esta competencia a la CNMC en el apartado 2 de dicho precepto. No obstante lo anterior, de conformidad con la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el Ministerio de Economía y Empresa no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

- En relación con el segundo motivo de recurso, el art. 77.19 LgTel debe conectarse con las restantes previsiones de esta ley y el Real Decreto 2296/2004 por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si DIALOGA ha incumplido las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos de numeración móviles asignados a Orange, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), lo que supondría la comisión de una infracción prevista en la LGTel, que sería susceptible de sanción.

- Concorre la conducta infractora, dado que se ha probado que desde el 22 de junio de 2011 y hasta el 31 de marzo de 2017, Dialoga estuvo utilizando, como mínimo, 144 numeraciones móviles del rango 640 (640011000 a 640011999) asignadas a Orange para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles. El defensor de la Administración analiza los servicios contratados por DIALOGA, los servicios efectivamente prestados por DIALOGA, con una representación gráfica de los mismos, y el soporte probatorio de la conclusión alcanzada por la Administración.

- Respecto a la alegación de la recurrente sobre el uso de la numeración móvil para pruebas, además de no existir sustento probatorio de dicha afirmación, no es necesaria la utilización de tantos números para realizar pruebas y las actuaciones inspectoras realizadas, demuestran que la recurrente ha estado recibiendo tráfico tanto con origen fijo como móvil, lo que permite rechazar que la misma fuera utilizada para realizar pruebas internas. Por último, el reconocimiento por parte de DIALOGA (ante la comunicación de ORANGE de su voluntad de rescindir los acuerdos firmados en 2011) de tener clientes a los que prestar servicio.

- En cuanto al volumen de numeración móvil, la concurrencia del elemento objetivo del tipo no depende de la cantidad.

- Sobre la duración de la conducta, la CNMC considera prescrita la que tuvo lugar antes del 10 de julio de 2015 y ha quedado acreditado que los servicios litigiosos de desvío de llamadas a otras numeraciones, de atención de clientes, de gestión de averías y de centralita se continuaron prestando hasta el 31 de marzo de 2017, fecha del acuerdo entre la recurrente y Orange.

- Concorre igualmente el elemento subjetivo del tipo y la sanción es proporcionada.

**CUARTO-** Constituye un antecedente inmediato de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el día 20 de julio de 2020 en el recurso contencioso-administrativo num. 719/2020 interpuesto por la representación procesal de OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA S.L contra Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018, en virtud de la cual se impone a la referida mercantil una sanción por importe de 21.000 euros, como responsable directo de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley General de Telecomunicaciones, por 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.

En el fundamento jurídico cuarto se recuerda lo siguiente:

" Hemos de tener en cuenta que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, de fecha 6 de julio de 2017, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tiene como precedente el procedimiento CFT/DTSA/028/16, como consecuencia del conflicto de interconexión interpuesto por Orange ante este organismo el



29 de agosto de 2016, por el que solicitaba la autorización para cesar en la prestación de los servicios de acceso a red móvil que tenía contratados con Opera y Dialoga, en virtud de sendos acuerdos que Jazz Telecom, S.L. firmó con estas operadoras, el 14 de marzo y el 22 de junio de 2011, respectivamente, por el presunto incumplimiento de lo establecido en los mismos; procedimiento que finalizó mediante Resolución de la Sala de Supervisión Reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 24 de enero de 2017 por desistimiento de Orange. Que, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2017 la DTSA comunicó a las citadas operadoras el inicio del expediente de actuaciones previas de referencia, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto hasta dicho momento y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador. Opera, Dialoga y Orange presentaron sus alegaciones relativas al inicio del período de información previa."

**QUINTO-**. En primer lugar, la actora alega la falta de competencia de la CNMC para resolver el fondo del asunto de este recurso.

En el acto administrativo impugnado se establece, fundamento jurídico segundo, la habilitación competencial de la CNMC para resolver el expediente litigioso.

El artículo 6.5 LCNMC establece que a la referida Comisión le corresponde "realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003 26, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo"; y en el artículo 29.1 de la LCNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto por la normativa sectorial de aplicación en cada caso, y en éste, en relación con los artículos 48.4., letras b) y j), y 50.7 de la LGTel de 2003. En la actualidad, está vigente, desde el día 11 de mayo de 2014, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), que derogó la LGTel de 2003. Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de esta Ley, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo -MINETUR- (actualmente, el MINETAD). Y el artículo 84 de la LGTel establece que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la SETSI (SESIAD), dado que no se ha atribuido expresamente esta competencia a la CNMC en el apartado 2 de dicho precepto. No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el MINETAD no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

Como ya recordó esta Sala en la citada sentencia de 20 de julio de 2020 y visto el antecedente del procedimiento CFT/DTSA/028/16 debemos tener en cuenta que la Ley 9/2014 atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, concretamente al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital), la competencia para la imposición de sanciones por las infracciones que no están expresamente atribuidas a la CNMC; y no lo está la infracción grave del artículo 77.19 de dicha ley " *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*".

Ahora bien: la derogada Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, sí atribuía a la CMT la competencia en materia de asignación de numeración a los operadores y regulación de la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados (art 48.4 b), y tipificaba la misma conducta " *El incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados*" como infracción muy grave [art. 53 w)]. En el artículo 58 se atribuía a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia sancionadora para las infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53.

Dicha competencia sancionadora fue asumida por la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El Real Decreto 903/2017, de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, en su artículo 5.1 o), atribuye a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital el ejercicio de las facultades de control, inspección y sanción en materia de telecomunicaciones, servicios audiovisuales y sociedad de la información.

Y en la Disposición transitoria tercera del mismo Real Decreto, bajo la rúbrica " *Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de telecomunicaciones*", se establece:

" *Hasta que no se produzca la integración de personal y medios prevista en la disposición adicional segunda de este real decreto y por orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales se determine la fecha de ejercicio efectivo por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital de las funciones en materia de telecomunicaciones a que se hace referencia en la misma disposición, de acuerdo con la disposición*

*transitoria décima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , tales funciones seguirán siendo desempeñadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia."*

En consecuencia: es de aplicación de la D.T. 10 de la ley 9/2014 según la cual " *En relación con las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta."*

Por el conjunto de razones expuestas, procede desestimar este primer motivo de recurso.

**SEXTO-** Para la resolución de los motivos de recurso relativos al fondo es preciso recordar que a la vista de la información recabada a través de los actos de instrucción realizados en el marco del procedimiento CFT/DTSA/028/17, se puso de manifiesto el posible uso indebido por parte de Opera y Dialoga de la numeración móvil entregada por Jazztel -actualmente Orange- en el año 2011, en calidad de operador asignatario y responsable del control y uso de dicha numeración móvil asignada. Por ello, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2017, la DTSA comunicó a dichas operadoras el inicio del periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/01/17, al objeto de investigar los hechos puestos de manifiesto hasta el momento.

Durante los días 12 y 17 de enero de 2017, las inspectoras de la Comisión realizaron actuaciones consistentes en efectuar llamadas sobre determinada numeración móvil asignada a Orange (anteriormente, de Jazztel), presuntamente utilizada por Opera y Dialoga, seleccionada de forma aleatoria, sobre el total de numeración móvil cedida en base al contrato rescindido, según estuviera o no en uso, de conformidad con la información proporcionada por las propias operadoras; de lo que se deja constancia en el Acta de Inspección, de 7 de febrero de 2017.

El 6 de septiembre de 2017 se consultó la página web de Fonvirtual y se decidió incorporar a este expediente los pantallazos de su enlace referente a preguntas frecuentes "*¿qué es Fonvirtual?*", ya que el mismo publicaba el uso del rango de numeración móvil 640, entonces asignado casi en su totalidad a Orange -tras su fusión con Jazztel-, para la prestación de sus servicios de centralita virtual.

El 24 de octubre de 2017 se incorporó en el expediente el escrito de contestación a un requerimiento de información de Orange formulado en el marco del expediente SNC/DTSA/102/17, de 10 de octubre de 2017, así como de la documentación adjunta al citado escrito que hacía referencia a Dialoga. En concreto, se incorporó la copia de una carta enviada en principio por Dialoga a la SETSI, -aunque no consta firmada por el representante legal de Dialoga ni tampoco tiene sello de entrada en la SETSI-, de 16 de junio de 2014, en la que le consultaba " *si el servicio de segunda línea de número móvil de abonado con servicios de buzón de voz, prestado por Dialoga a clientes finales bajo la numeración para comunicaciones móviles, es acorde con la mencionada Resolución de 27 de mayo de 2013"*.

Mientras la Administración ha realizado una investigación exhaustiva, incluyendo los datos necesarios para que quede establecido el tipo infractor por el que se declara responsable a la ahora actora, está ya en vía administrativa se ha limitado a denunciar "falta de rigor y concreción" (escrito de alegaciones a la propuesta de resolución).

Se unieron grabaciones aportadas por Orange, se llevó a cabo una inspección levantándose el correspondiente acta, con indicación sobre los números utilizados. En todo caso, la actora reconoce la utilización, el uso de la numeración, pero alega que fue exclusivamente "con finalidad de pruebas" lo cual, a juicio de esta Sala no guarda coherencia alguna con la circunstancia, acreditada y admitida, de que tal uso de números se realizó durante cinco años.

No puede admitirse tampoco que el "exiguo" montante de los números en cuestión revele que su uso no fue comercial, porque como señala la CNMC " *de estas declaraciones y de las diversas pruebas recabadas que constan en el expediente, los bloques y la cantidad de numeración móvil entregada por Orange a Dialoga no coinciden con la que ha sido utilizada en la práctica por esta operadora, ni con la comunicada a este organismo, por lo que para la determinación de la numeración utilizada por Dialoga se atenderá a los tráficos terminados en su red, según consta en los registros aportados por Orange."*

La CNMC concluye, razonadamente, que DIALOGA no ha actuado nunca en el mercado como OMV completo. Por tanto los servicios que prestó en el periodo relevante a sus clientes finales mediante el servicio mayorista prestado primero por JAZZTEL y luego por ORANGE fueron facilitados a través de sus accesos fijos, como reconoció por escrito, lo que permite concluir que Dialoga no ha utilizado el servicio mayorista contratado inicialmente a Jazztel, y posteriormente a Orange, así como la numeración móvil que le fue entregada para proveer servicios de comunicaciones móviles.



La Sala da por expresamente reproducido el apartado ii) del Hecho Probado de la resolución impugnada, que detalla las grabaciones aportadas por ORANGE, el resultado del acta de inspección de 7 de febrero de 2017, y la restante información recogida como "otra información que confirma los servicios prestados por DIALOGA sobre la numeración móvil de ORANGE" y comparte la conclusión alcanzada: al menos parte de las numeraciones móviles entregadas por Jazztel a Dialoga fueron utilizadas para suministrar servicios a clientes finales de desvío de llamadas, de atención a clientes, de gestión de averías o de centralita. Estas numeraciones fueron utilizadas para la prestación de servicios no vinculados al uso de una tarjeta SIM y que no llevan implícita la condición de movilidad.

Resulta, en consecuencia, que se ha acreditado por la Administración la realización de los hechos imputados y constitutivos del elemento objetivo de la infracción por la que se sanciona a la recurrente. No se ha acreditado por la actora, el alegado uso para "pruebas" que no guarda relación lógica alguna con las circunstancias de tiempo en que se desarrolló la conducta infractora.

No se ha acreditado, en contra de lo alegado, que la cantidad de numeración móvil enrutada fuera "exigua", ni entenderse que, dadas las circunstancias, la cantidad de 244 números sea irrelevante a los efectos del bien jurídico protegido por la norma infringida.

Por las razones expuestas deben desestimarse los correspondientes motivos de recurso.

**SÉPTIMO-** Continuando con el examen de los restantes motivos de impugnación, es preciso recordar que el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, al tipificar como infracción grave " *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*", no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención.

En el presente caso, la imputación a la entidad recurrente se hace a título de dolo. Se razona suficientemente en la resolución impugnada que se evidencia de la conducta del operador la falta de voluntad por parte de Dialoga de poner fin al uso irregular de la numeración móvil de Orange, siendo plenamente consciente del incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2013.

Resulta por tanto acreditada y razonada por el acto administrativo impugnado la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo integrantes del tipo de infracción por el que se sanciona a la entidad actora, la conducta resulta antijurídica y está acreditada la concurrencia del elemento culpabilístico.

Asimismo, está justificada ampliamente, a juicio del tribunal, la sanción impuesta, de cuantía notablemente inferior a la máxima que podría imponerse, por aplicación del artículo 79.1.c) del texto legal. Se hace una razonada ponderación de las circunstancias a valorar, recogidas en el artículo 80 de la LGTel y en el artículo 29.4 de la LRJSP. Se examinan los límites de la sanción, y se detalla uno a uno como se han aplicado los criterios legales, en primer lugar, la dificultad para determinar de forma exacta el beneficio bruto obtenido por el infractor, en segundo lugar los criterios de graduación y su concreta aplicación.

Procede la íntegra desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

**OCTAVO-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

**Vistos** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **DIALOGA, SERVICIOS INTERACTIVOS S.A.** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 6 de junio de 2018 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena en costas a la parte recurrente.

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 **notificación**; 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.