



Roj: **SJCA 2478/2014** - ECLI: **ES:JCA:2014:2478**

Id Cendoj: **01059450032014100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **3**

Fecha: **17/03/2014**

Nº de Recurso: **242/2013**

Nº de Resolución: **41/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MONICA BASURTO GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE VITORIA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 242/13

SENTENCIA Nº 41/2014

En Vitoria a 17 de marzo de 2014

Vistos por mí, D^a. Mónica Basurto Garrido, juez del Juzgado Contencioso Administrativo Nº3 de Vitoria, los precedentes autos del procedimiento abreviado 242/13 en los que son partes:

DEMANDANTE: France Telecom España, S.A.U. asistida y representada por el letrado Sr. Sánchez.

DEMANDADO: Gobierno Vasco, Departamento de Salud asistido por el letrado Sr. Mendiola.

Versa la litis sobre impugnación de la Orden de 12/6/2013, dictada por el Consejero de Salud, por la que se desestima el recurso de alzada que France Telecom España, S.A.U. presentó frente la Resolución de fecha 12/4/2013, dictada por la Directora de Consumo, mediante la que se resolvió el expediente sancionador 01/A001/47/2012, en el que se acordó imponer a France Telecom España, S.A.U. una multa de 2.000€ como responsable de la infracción leve en materia de consumo consignada en el art. 50.6 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías, en relación con los art. 62 y 63 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25/9/2013, France Telecom España, S.A.U. interpone demanda de procedimiento abreviado contra el Gobierno Vasco, Departamento de Salud, alegando los hechos en que se basa, con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente y suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda se decrete lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO. En fecha 7/11/2013 se dicta decreto admitiendo a trámite la demanda y se da traslado de la misma a la parte demandada conforme a lo previsto en el art. 78.3 LJCA.

En fecha 19/11/2013, el Gobierno Vasco solicita que se celebre la vista y que se suspenda el plazo para la contestación a la demanda.

Mediante diligencia de ordenación de fecha 20/11/2013 se cita a las partes con las advertencias legales oportunas a la celebración de la vista el día 13/3/2014.

TERCERO. En el día señalado la vista ha tenido lugar con la asistencia de las partes en la forma indicada en el encabezamiento.

En la vista, el recurrente se ratificó en su recurso y la Administración recurrida se opuso al mismo. Tras la propuesta, admisión, práctica y valoración por las partes de la prueba obrante en autos quedaron los mismos vistos para sentencia.

Del juicio se procedió a la grabación de la vista.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. France Telecom España, S.A.U. interpone demanda contenciosa contra el Gobierno Vasco, Departamento de Salud, en la que interesa que se declare no ajustada a derecho la Orden de 12/6/2013, dictada por el Consejero de Salud, por la que se desestima el recurso de alzada que presentó frente la Resolución de fecha 12/4/2013, dictada por la Directora de Consumo, mediante la que se resolvió el expediente sancionador 01/A001/47/2012, en el que se acordó imponerle una multa de 2.000€ como responsable de la infracción leve en materia de consumo consignada en el art. 50.6 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, en relación con los art. 62 y 63 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, e interesa en consecuencia que se anule la sanción que se le ha impuesto. Fundamenta su pretensión en la ausencia de infracción alguna cometida por la recurrente, habida cuenta de que France Telecom España, S.A.U. no es el sujeto prestador del servicio de tarificación adicional, siendo que France Telecom España, S.A.U. no interviene en el proceso de contratación de estos servicios y su papel se limita a prestar a los proveedores un servicio de intermediación.

Por su parte, el Departamento de Salud solicita que se desestime íntegramente la demanda alegando, en primer lugar, que la recurrente se ha limitado a reiterar los argumentos que esgrimió en fase administrativa sin combatir los expuestos en la resolución sancionadora ni incluir ningún elemento nuevo. Asimismo, entiende que la resolución impugnada es ajustada a derecho, habida cuenta de que la sanción se ha impuesto a la recurrente en atención a lo dispuesto en el art. 50.6 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, pues France Telecom España, S.A.U. no ha acreditado la voluntad del consumidor final reclamante de contratar estos servicios, siendo que el operador de acceso que presta estos servicios se encuentra sujeto a las mismas obligaciones y responsabilidades que el operador titular del número, tal y como se establece en el Código de Conducta aprobado por el Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional en la sesión de 29/6/009 (BOE 27/7/2009) y Resolución de 8/7/2009 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

SEGUNDO. Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Orden de 12/6/2013, dictada por el Consejero de Salud, por la que se desestima el recurso de alzada que France Telecom España, S.A.U. presentó frente la Resolución de fecha 12/4/2013, dictada por la Directora de Consumo, mediante la que se resolvió el expediente sancionador 01/A001/47/2012, en el que se acordó imponer a France Telecom España, S.A.U. una multa de 2.000€ como responsable de la infracción leve en materia de consumo consignada en el art. 50.6 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, en relación con los art. 62 y 63 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En este caso, procede comenzar el estudio de la litis por el examen de la primera de las cuestiones planteadas por la Administración, relativa a la falta de impugnación por la recurrente de los razonamientos de la resolución impugnada y la simple reiteración en el escrito de la demanda de las alegaciones que ya formuló en vía administrativa.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 9 marzo 1992 " *la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos analizados y rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso Contencioso-Administrativo, en cuanto en él se está impugnando un concreto acto; de ahí que en tales circunstancias baste con hacer propias, como aquí hacemos, las argumentaciones no desvirtuadas de la resolución recurrida, para desestimar sólo con base en ellas el recurso Contencioso-Administrativo.*

Una cosa es que la naturaleza revisora de la jurisdicción no constriña las argumentaciones de las partes a las que utilizaron en la vía previa administrativa, y se puedan utilizar en la jurisdiccional fundamentaciones diversas (art. 69 de la Ley Jurisdiccional), y otra diferente es que se desconozca el sentido de la funcionalidad misma de la resolución del recurso administrativo previo, en cuanto solución de un conflicto jurídico, reproduciéndolo sin más en la vía jurisdiccional, sin ningún aporte argumental de crítica de la resolución recurrida, y como si esa resolución no hubiera existido "

Pues bien, la doctrina jurisprudencial transcrita conlleva por sí sola a la desestimación del recurso, pues a pesar del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa y la necesidad de que antes de acudir a esta jurisdicción exista un acto administrativo no significa que se haya querido configurar a esta jurisdicción como una segunda instancia sino como un auténtico juicio o proceso entre partes cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora o contraponga en la demanda por razón de un acto administrativo; cuando al resolución recurrida contiene, como en este caso, un minuciosos análisis de los razonamientos críticos



de la recurrente en vía administrativa, y cuando además de minuciosos dicho análisis tiene solidez jurídica y conceptual, la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos analizados y rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso contencioso administrativo. No obstante, y mayor abundamiento se debe señalar que la cuestión planteada por France Telecom España, S.A.U. en este procedimiento ya ha sido resuelta en otras ocasiones por los juzgados contencioso administrativos de Vitoria, en este sentido, se pueden reseñar entre otras, la sentencia 79/12, dictada en fecha 30/3/2012 por este mismo Juzgado en el procedimiento abreviado 392/11, o la sentencia 191/2012, dictada en fecha 5/10/2012 por el Juzgado Contencioso Administrativo Nº2 en el procedimiento abreviado 319/11 y cuya fundamentación se debe traer a colación en este procedimiento.

Así, en el Fundamento de Derecho Tercero de la meritada sentencia se señala que *"La resolución impugnada considera que los hechos anteriormente descritos son constitutivos de una infracción del art. 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco, en relación con los arts. 62.1 y 63.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ya que no se ha acreditado la voluntad inequívoca de las reclamantes de contrato el servicio de Mensajería Premium que se les ha facturado, ni la entrega de documento acreditativo del contrato, ni de las condiciones esenciales del contrato, incluidas las condiciones generales, ni que éstas hayan sido aceptadas por el cliente.*

El art. 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, que define el tipo como "En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones expresamente establecidos por la normativa vigente en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias y disposiciones complementarias."

El art. 62.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece que en la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso de poner fin al contrato". Y en el art. 63.1 se impone la obligación de entregar, en los contratos con consumidores y usuarios, recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.

Alega en su descargo la recurrente que no se le puede imputar el mencionado incumplimiento ya que France Telecom España no es el prestador de los servicios de tarificación adicional, por lo que no tiene participación en los hechos constitutivos de infracción, ya que su intervención se limita a prestar el servicio soporte de red a las compañías que proveedoras de los servicios de tarificación adicional utilizados, como son los de suscripción y SMS Premium, careciendo por tanto de legitimación pasiva, ya que no es responsable del daño causado.

Frente a ello, la Administración entiende que el operador móvil es el que factura al usuario final por el acceso a un servicio que se oferta a través de mensajes SMS Premium y de la cantidad total facturada el operador móvil retiene el importe correspondiente a los mensajes cortos enviados, dependiendo la retribución que recibe el proveedor de la cantidad que el operador móvil detraiga del precio que se cobra al usuario final. Una vez alcanzado el umbral del tráfico fijado por dicho operador móvil, el prestador de servicios estaría retribuyendo al operador móvil por los costes de prestación del servicio y estaría cediendo un porcentaje del precio total del servicio que se le factura al usuario final. Por ello concluye que France Telecom, como tal operadora de acceso, es responsable directa frente a los reclamantes. Entiendo que, efectivamente, con independencia de si es aplicable la responsabilidad extracontractual en el presente supuesto, ha quedado acreditado que France Telecom España SA ha facturado a las reclamantes un servicio que no ha quedado debidamente acreditado que haya sido contratado expresamente por sus clientes, remitiéndose dichos mensajes a través de su red y línea contratada por los reclamantes, cobrando la recurrente dichos mensajes en la factura que emite para el cobro de sus propios servicios y finalmente obteniendo un lucro de todo ello. Por tanto no es de recibo que alegue que no ha tenido intervención alguna en la contratación de los Servicios que ha cobrado.

En este sentido se ha pronunciado en un supuesto análogo al presente, el Juzgado nº 3 de Vitoria-Gasteiz en sentencia 79/12, de 30 de marzo de 2012, en la que se señala "Además en relación con la responsabilidad de la operadora, debemos advertir que ésta es la que efectúa la facturación y, por tanto, el cobro del servicio, al parecer no contratado, razón por la que no cabe alegar que nada tiene que ver con el servicio, incluso se afirmó por el letrado autonómico y no fue contradicho en el proceso que la compañía aquí recurrente percibe una parte de aquella facturación. En definitiva, lejos de eludir toda responsabilidad, parece que France Telecom España SAU actúa como cooperador necesario en el negocio, pues sin su participación no es posible hacer llegar a los abonados sus contenidos. Al respecto debe tenerse en consideración que el art. 7 de la Instrucción Técnica Complementaria 1030/2007, de 7 de abril, que regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadoras de servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Orden Ministerial exige, a efectos probatorios de la existencia de contrato, que el operador tiene el deber de



acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido, indicándose además, los soportes a través de los que se puede demostrar la existencia del contrato".

Y en su fundamento Cuarto, acogiendo la alegación que realiza el Gobierno Vasco, y aquí también, señala: "En otro orden de cosas debemos estimar la alegación del letrado del Gobierno Vasco en relación a los incumplimientos por parte de la operadora, así resulta que el art. 4.1.2 y 3 del denominado Código de Conducta , aprobado por el Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, del 29 de junio de 2009 (BOE de 27 de julio de 2009), y con carácter vinculante para todos los operadores, establece que la retribución por la prestación de servicios de tarificación adicional únicamente deberá producirse por servicios expresamente solicitados por el usuario y efectivamente prestados. Por su parte, los apartados 4.1.2 y 3 establecen que los operadores que presten servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional se sujetan a las obligaciones y responsabilidades establecidas en el Código de Conducta para el titular del número. En fin, el apartado 6.1.6 establece que únicamente será válida la manifestación de la voluntad del usuario de contratar el servicio confirmada a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado, o a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado, o a través de alguna de las tres modalidades (o vías) allí añadidas".

Ha de añadirse a ello que en dicho precepto se establece que si se contrata a través de otras vías, siempre deberá quedar garantizado lo siguiente: la autenticación del número del teléfono móvil que invoca el servicio, la manifestación del consentimiento del usuario conforme se regula en este Código y la adecuada visibilidad de las condiciones generales a lo largo del proceso de contratación.(.....).

Resulta conducente asimismo traer a colación las consideraciones que efectúa la Audiencia Nacional en sentencia de 14 de setiembre de 2009 que "es evidente que el operador del servicio tiene la específica obligación de garantizar que el prestador cumpla con las obligaciones que le corresponde frente a los usuarios y consumidores finales...". "Que esta obligación no puede entenderse cumplida simplemente con la firma entre el operador y el prestador del servicio de un contrato tipo en el que por parte del primero se exija al segundo el cumplimiento de ...la obligación que exige el Código de Conducta". "En definitiva, considera inaceptable que la importante obligación de garantía que le viene encomendada al operador tanto por la Ley (General de Telecomunicaciones), como por el Reglamento, quede cumplida únicamente con la simple inclusión en el contrato de una cláusula referida a la obligatoriedad por parte del prestador del servicio de suministrar de manera correcta la información necesaria". En la misma línea argumental el último párrafo del fundamento jurídico tercero de la Sentencia de 12 de febrero de

2010 declara: "... con independencia de las obligaciones específicas que incumben al prestador de servicios, es indudable que el operador no puede limitarse en su función de garantía -como pretende el recurrente- a formalizar un contrato tipo en el que se recoja el Código de Conducta, sino que requiere una conducta activa de comprobación de que el prestador que utiliza la red proporcionada por el operador cumple la normativa que salvaguarda los derechos finales de los usuarios, especialmente cuando dicha comprobación es fácil de realizar...".

Visto lo expuesto, y no constando acreditada de forma inequívoca la voluntad del consumidor final reclamante de contratar los servicios que han prestado, procede igualmente la desestimación íntegra de las pretensiones de la parte actora.

TERCERO. En materia de costas y de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 LJCA , procede su imposición a France Telecom España, S.A.U..

FALLO

Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por France Telecom España, S.A.U. contra el Gobierno Vasco, Departamento de Salud y frente a la Orden de 12/6/2013, dictada por el Consejero de Salud, por la que se desestima el recurso de alzada que France Telecom España, S.A.U. presentó frente la Resolución de fecha 12/4/2013, dictada por la Directora de Consumo, mediante la que se resolvió el expediente sancionador 01/A001/47/2012, en el que se acordó imponer a France Telecom España, S.A.U. una multa de 2.000€ como responsable de la infracción leve en materia de consumo consignada en el art. 50.6 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias , en relación con los art. 62 y 63 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, declarando la misma ajustada a derecho.

Con imposición de costas a France Telecom España, S.A.U. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme, y contra ella no cabe interponer recurso de apelación conforme al art. 81.1.a LJCA .



Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal a los efectos de lo dispuesto en el art. 100 y 101 LJCA .

Conforme al art. 104 LJCA en el plazo de diez, remítase oficio a la administración demandada, al que acompañará el expediente administrativo así como testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que en el plazo de diez días deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste archívense las actuaciones.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída, en el día de su fecha por el Juez que la dictó y firmó, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ