
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 5 DE JUNIO DE 2013 POR LA QUE SE APRUEBA UN PROCEDIMIENTO PARA LA SUSPENSIÓN DE LA INTERCONEXIÓN DE NUMERACIONES POR TRÁFICO IRREGULAR, Y POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ACCESO, INTERCONEXIÓN E INTEROPERABILIDAD DE LOS SERVICIOS

SNC/DTSA/053/16/VODAFONE 118AB

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 11 de julio de 2017

Visto el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 27 de noviembre de 2014, se recibió escrito de Vodafone España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Vodafone) por el que comunicaba que había decidido excluir las numeraciones 11814¹, 11815², 11826³, 11827⁴, 11836⁵, 11842⁶, 11848⁷ y 11877⁸ de su oferta de servicios de consulta

¹ Asignado a Teleservicio Expres, S.L. Unipersonal.

² Asignado a Líneas de Red Inteligente, S.L.

³ Asignado a Informatel Hispania, S.L.

⁴ Asignado a Hello TV, S.L. y cancelado el día 18 de diciembre de 2014 (expediente núm. NUM/DTSA/2191/14/HELLO118AB).

⁵ Asignado a Información Telefónica 11836, S.L. sociedad unipersonal.

⁶ Asignado en aquel momento a Aplicacions de Servei Monsan, S.L. Actualmente asignado a 11842 Información Telefónica, S.L.

⁷ Asignado en aquel momento a Consultarte 3.0, S.L. Actualmente asignado a Ludico Business & Entertainment, S.L.

telefónica sobre números de abonado para sus clientes, al haber relacionado estos números con prácticas irregulares o con el incumplimiento de determinados niveles de actividad en el uso de los números, fijados por Vodafone (folios 24 a 28 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Escrito de inicio de un periodo de información previa y requerimiento de información a Vodafone

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2014, se informó a Vodafone de la apertura de un expediente de información previa, con el fin de analizar los hechos denunciados así como la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

Asimismo, se requirió a esa entidad para que, en el plazo de diez días, remitiese a esta Comisión, determinada información (folios 29 a 32).

TERCERO.- Contestación de Vodafone al requerimiento de información

En fecha 26 de diciembre de 2014, se recibió en el registro de esta Comisión escrito de Vodafone dando contestación a las cuestiones planteadas en el requerimiento indicado (folios 33 a 61).

CUARTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fechas 12 de enero de 2015 y 4 de marzo de 2016, se declaró confidencial determinada información aportada por Vodafone en sus escritos de 27 de noviembre de 2014 y 26 de diciembre de 2014 (folios 62 a 72).

QUINTO.- Incoación del procedimiento administrativo sancionador SNC/D TSA/053/16

Con fecha 28 de julio de 2016 se incoó por la CNMC un procedimiento administrativo sancionador contra Vodafone como presunto responsable directo de dos infracciones administrativas que pueden ser calificadas como muy graves, tipificadas en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en el incumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular, y en el artículo 76.15 de la LGTel, consistente en el incumplimiento grave de sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios, a las que está sometida Vodafone por la

⁸ Asignado a Remirson Inversora, S.L. Unipersonal.

vigente legislación, en relación con la numeración 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 (folios 1 a 18).

SEXTO.- Acceso al expediente

Con fecha 8 de agosto de 2016, Vodafone solicitó acceso al expediente (folios 19 a 22), el cual fue concedido el 11 de agosto de 2016 (folios 75 a 77).

SÉPTIMO.- Incorporación de documentación

Mediante escrito de la instructora de 11 de agosto de 2016 se acordó la incorporación al presente procedimiento sancionador de la documentación obrante en el expediente de información previa núm. IFP/DTSA/2153/14 del que trae causa el mismo (folios 23 a 74).

OCTAVO.- Ampliación de plazo

Con fecha de 11 de agosto de 2016, Vodafone solicitó la ampliación del plazo inicialmente concedido para formular alegaciones al acuerdo de incoación (folios 79 a 81), el cual fue concedido el 16 de agosto de 2016 (folios 82 a 84).

NOVENO.- Alegaciones al acuerdo de incoación

Con fecha de 15 de septiembre de 2016, Vodafone presentó escrito de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 85 a 215).

DÉCIMO.- Requerimiento de información

Mediante escrito de la instructora de 13 de diciembre de 2016 se requirió a Vodafone determinada información necesaria para el examen y mejor conocimiento de los hechos (folios 216 a 220), el cual fue contestado por la operadora mediante sendos escritos de 29 de diciembre de 2016 (folios 221 a 228) y 5 de enero de 2017 (folios 229 a 238).

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

En fecha 22 de marzo de 2017 (folios 240 a 243) la instructora del procedimiento declaró la confidencialidad de determinados datos contenidos en los escritos de Vodafone de fechas 15 de septiembre de 2016, 29 de diciembre de 2016 y 5 de enero de 2017.

DUODÉCIMO.- Propuesta de Resolución

El 11 de abril de 2017 se notifica a Vodafone la propuesta de resolución del instructor de fecha 7 de abril de 2017. En ella se propone que se declare a la citada entidad responsable de la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en los artículos 76.15 y 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo,

General de Telecomunicaciones y que se le impongan sendas sanciones por importe de 400.000 y 300.000 Euros cada una, respectivamente.

DECIMOTERCERO.- Alegaciones de Vodafone a la propuesta de resolución

Mediante escrito presentado en esta Comisión el día 11 de mayo, Vodafone efectúa alegaciones a la propuesta de resolución. En síntesis, los argumentos del operador son los siguientes:

- La actuación de Vodafone no incumple las obligaciones de interoperabilidad vigentes, habiendo efectuado la CNMC una interpretación indebidamente restrictiva del ordenamiento sectorial.
- La valoración efectuada por la CNMC de los criterios aplicados por Vodafone para bloquear los servicios resulta incompleta e incorrecta.
- Los importes de las sanciones propuestas por la instructora son desproporcionados y resultan injustificados.

DECIMOCUARTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 17 de mayo de 2017, el Instructor ha remitido a la Secretaría del consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo.

DECIMOQUINTO.- Alegaciones adicionales de Vodafone

El día 28 de junio de 2017 Vodafone remitió al registro de esta Comisión un escrito fechado el día 27 de junio de 2017 en el que efectuaba alegaciones adicionales y aportaba un escrito de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD) de 26 de junio de 2017.

DECIMOSEXTO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

De toda la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas, han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Vodafone suspendió la interconexión de su red con los números 11815, 11826, 11827, 11842 y 11848 entre junio y octubre de 2012, para los usuarios prepago de la operadora, y el 18 de noviembre de 2014, para el resto de sus clientes. En esta última fecha Vodafone suspendió también la interconexión de los números 11814, 11836 y 11877

Con fecha 27 de noviembre de 2014, Vodafone comunicó a la CNMC que iba *“a proceder al cierre de la interoperabilidad de los servicios de las numeraciones 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877”* (ver antecedente VII de su escrito, folio 27) por considerar que en las mismas confluían *“cuatro o en su caso los cinco parámetros”* definidos por la propia operadora, por lo que no debían *“integrarse en la oferta suficiente de numeraciones de consulta telefónica sobre números de abonado”*.

Tal como la operadora ha afirmado en su escrito de 5 de enero de 2017, *“no disponía, en el momento de la suspensión, de contratos vigentes con ninguno de los ocho números afectados”*. Es decir, no se encontraba directamente interconectada con ninguno de estos números sino que únicamente daba acceso en su red a dichas numeraciones. También lo reitera en la página 15 de su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017, donde señala que *“Vodafone no disponía de contrato mayorista para la prestación de servicios de red con ninguno de estos prestadores de servicios”*.

En la notificación de 27 de noviembre de 2014 Vodafone indicaba que iba a llevar a cabo dicha actuación para proteger a sus usuarios y en virtud de la Orden de 26 de junio de 2013 (que modifica la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado –en adelante, Orden de Consulta-).

Sin embargo, tal como señaló posteriormente la operadora en su escrito de 26 de diciembre de 2014, el corte de la interconexión se había producido ya, 9 días antes de la notificación a esta Comisión: concretamente, la interconexión con estos números se suspendió el 18 de noviembre de 2014.

En su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017, Vodafone aporta como Anexo I un correo y Excel internos sobre tráficos originados en los clientes de Vodafone hacia las 8 numeraciones de 118AB entre el 15 y 30 de noviembre de 2014. El operador señala en la página 8 de su escrito que dichos documentos probarían que el bloqueo de la numeración tuvo lugar el 27 y no el

18 de noviembre de 2014, tal y como Vodafone reconoció en su escrito de 26 de diciembre de 2014.

Sin embargo, no aporta muestras de registros de llamadas reales, APCs (agrupación para consolidación) o facturación de llamadas.

En cualquier caso, y aunque Vodafone hubiera acreditado fehacientemente que el corte de interconexión no tuvo lugar el día 18 sino el 27 de noviembre de 2014, ello no modificaría la fecha de notificación del citado corte a los operadores 118AB, que fue posterior a dicha medida (a los 4 operadores que notificó).

Asimismo, es necesario tener en cuenta que, tal como indicaba Vodafone en su escrito de 26 de diciembre de 2014, a lo largo de 2012 Vodafone ya había suspendido la interconexión de 5 de los números afectados por el presente procedimiento –a los clientes prepago-, por la existencia de tráficos irregulares. Concretamente, suspendió la interconexión de sus clientes de prepago con los números 11815, 11842 y 11848 el 7 de junio de 2012; del número 11826, el 4 de septiembre de 2012, y del 11827, el 31 de octubre de 2012.

Tales suspensiones se adoptaron a lo largo de 2012, en virtud de la Resolución de 7 de junio de 2012, por la que se adoptó, como medida cautelar, la autorización a Vodafone para suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en tarjetas prepago y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados, en el marco del expediente RO 2012/502. Estas suspensiones cautelares fueron posteriormente confirmadas mediante Resolución de 5 de junio de 2013, que da fin al citado expediente.

Del escrito de Vodafone de 15 de septiembre de 2016 se desprende que los números suspendidos en 2012 nunca fueron reactivados para sus clientes de prepago.

La Resolución de 5 de junio de 2013 (RO 2012/502) establece como plazo máximo para mantener la suspensión el de 9 meses, pero no se dispone nada en relación con las suspensiones efectuadas anteriormente, por lo que se entiende que en marzo de 2014 tenía que restituirse la interconexión (9 meses después de la aprobación de la Resolución de 5 de junio de 2013).

En consecuencia, resulta probado que la interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842, 11826, 11827 y 11848 se suspendió en el año 2012 y se mantenía cuando se produjo la suspensión para el resto de los clientes, el 18 de noviembre de 2014. Asimismo, queda probado que la interconexión de todos los clientes de Vodafone con todos los números analizados (11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877) fue suspendida el 18 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- La suspensión de la interconexión de los 8 números 118AB se ha mantenido hasta abril de 2017, a pesar de que 3 de los números han cambiado de operador asignatario

Vodafone indicó, en su escrito de 29 de diciembre de 2016, así como en la contestación contenida en el apartado 1 de su escrito de 5 de enero de 2017, que *“no ha procedido a la reapertura de ninguno de los números 118AB cuya interconexión fue suspendida en virtud de la acción de la que trae causa el presente expediente”*, esto es, tras la suspensión operada el 18 de noviembre de 2014.

Según señala la imputada en su escrito de 15 de septiembre de 2016, *“(…) [l]a Resolución de 5 de septiembre de 2013⁹ dejó sin efecto las anteriores por lo que dejó de ser imperativo el plazo de reapertura de nueve meses al que la CNMC se refiere”¹⁰*.

Continúa declarando Vodafone que, ni los 5 números 118AB suspendidos por Vodafone en 2012 para sus clientes prepago, ni los 8 números suspendidos en 2014 para todos sus clientes, entre los que se encuentran los suspendidos en 2012, han sido reactivados hasta ahora.

Pues bien, algunos de dichos números han cambiado de operador asignatario con posterioridad a la suspensión, concretamente los siguientes:

- El **11827**, asignado hasta el 18 de diciembre de 2014 a Hello TV, ha sido asignado el **7 de diciembre de 2016** al operador Lavidarius, S.L.
- El **11842**, asignado hasta el **13 de mayo de 2016** a Aplicacions de Servei Monsan, S.L., fue asignado ese mismo día a 11842 Información Telefónica, S.L.U.
- El **11848**, asignado hasta el 26 de diciembre de 2014 a Consultarte 3.0, S.L., fue asignado nuevamente el **18 de marzo de 2016** a Ludico Business & Entertainment, S.L.

Por todo ello, resulta probado que la interconexión de la red de Vodafone con todos los números (11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877) y para todos sus clientes, se ha mantenido suspendida desde el 18 de noviembre de 2014 hasta la actualidad (en realidad, la suspensión de la interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842, 11826, 11827, 11848 se produjo en 2012 y se ha mantenido hasta la actualidad -ver Hecho probado anterior-).

⁹ Resolución de 5 de septiembre de 2013, por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular.

¹⁰ Ver nota al pie anterior.

No obstante lo anterior, en la página 31 del escrito de alegaciones de Vodafone de 11 de mayo de 2017, dicho operador declara que:

“Con fecha 28 de abril Vodafone gestionó la apertura de todos los servicios. Las numeraciones 11814, 11815, 11836, 11842 y 11877 quedaron accesibles para todos los clientes a partir de dicha fecha.”

Como ha podido comprobar esta Comisión en mayo de 2017, los números indicados son accesibles desde la red de VODAFONE. Los restantes tres números no se encuentran abiertos en la red de TELEFONICA, razón por la cual VODAFONE no puede entregar llamadas a los mismos.

Por último, se ha comprobado cómo algunos de dichos números han cambiado de operador asignatario con posterioridad a la suspensión: el número 11827, el 7 de diciembre de 2016; el 11842, el 13 de mayo de 2016; y el 11848, el 18 de marzo de 2016.

TERCERO.- La suspensión de la interconexión en noviembre de 2014 se realizó en base a criterios internos de la operadora

Las suspensiones de interconexión llevadas a cabo para 5 de los números afectados y para los clientes prepago de Vodafone, realizadas en 2012, estaban fundadas en la Resolución de 7 de junio de 2012 (posteriormente ratificada por la Resolución de 5 de junio de 2013), y por tanto, en la existencia de tráfico irregular. Sin embargo, las suspensiones de interconexión de noviembre de 2014 fueron realizadas en base a un procedimiento interno definido por Vodafone ese mismo año.

Vodafone ha señalado que, durante los meses de mayo, junio y julio de 2014, realizó una auditoría completa del tráfico con origen en su red y con destino el rango de numeración 118AB, detectando que este tipo de numeración realizaba actividades irregulares y abusivas, como las siguientes:

“(i) “Spamming SMS”: (...) práctica entendida como el envío de SMS de forma masiva.

“(ii) “Wangiri/llamadas perdidas o de corta duración” (...) una vez que el usuario devuelve la llamada, ésta puede desviarse a una numeración con la que se prestan servicios de tarificación adicional o bien se escucha una locución de voz que incita al usuario a realizar llamadas a un determinado número sobretarificado.

“(iii) “Malware”: se trata de un software que tiene como objetivo infiltrarse en el dispositivo de usuario sin su consentimiento para efectuar (...) llamadas de voz o envío de SMS a numeraciones sobretarificadas.”¹¹

¹¹ Vodafone, de hecho, solicitó junto con Telefónica de España, S.A. y Orange Espagne, S.A. la inclusión de estas tres prácticas en los parámetros irregulares aprobados por esta Comisión en

Según indica Vodafone, para valorar qué numeraciones de las que están incluidas en el rango 118AB debían integrarse en la oferta suficiente de servicios de consulta telefónica sobre números de abonados para sus clientes, había elaborado un procedimiento interno que tendría en cuenta los siguientes parámetros: **[INICIO CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Según los datos aportados por Vodafone junto a su escrito de 26 de diciembre de 2014, las 8 numeraciones afectadas cumplían los siguientes parámetros establecidos por la propia imputada:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

En la alegación sexta de Vodafone al acuerdo de incoación del presente expediente así como en la página 18 de su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017, Vodafone manifiesta que los números afectados cumplían cuatro o cinco de los criterios establecidos por la operadora y, al mismo tiempo, cumplían con los criterios establecidos por la Resolución de 5 de noviembre de 2015, dictada en el conflicto entre Infónica y Vodafone (en adelante, Resolución del conflicto Infónica-Vodafone)¹². A este respecto, es necesario señalar que esta resolución se dictó un año más tarde de la regularización llevada a cabo por Vodafone en 2014 y analizada en el presente procedimiento, por lo que la decisión de Vodafone no se pudo haber basado en dicha resolución.

Vodafone ha manifestado en la alegación tercera *in fine* de su escrito de 5 de enero de 2017 que entre los “*criterios que ella misma determinó*” no se encontraban única y exclusivamente problemas relacionados con el tráfico irregular con fines fraudulentos sino varios indicadores, entre los cuales se encontraba el económico. Indicadores que garantizaban que la actuación de dicho operador se realizase “*con criterios neutros*”, según lo manifestado también por Vodafone en la página 13 de su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017.

su procedimiento de suspensión de interconexión, en fecha 1 de diciembre de 2014 (exp. RO 2015/197).

¹² Resolución del conflicto interpuesto por Infónica, S.L. contra Vodafone España, S.A.U. en relación con la apertura del número 11895 en la red de este último (exp. CFT/DTSA/1892/14).

A continuación se analiza la aplicación de los parámetros definidos internamente por la operadora:

[INICIO CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Como puede observarse, el tráfico generado por los 8 números afectados es tremendamente dispar en las tres tablas suministradas por Vodafone.

En la página 14 de su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017, Vodafone niega la existencia de disparidad en el tráfico, señalando que mientras los datos de la tabla 2 se corresponden con los tráficos gestionados de sólo cuatro meses de 2014 (mayo-agosto), los datos de la tabla 4 son los datos del tráfico facturado para todo el año 2014.

No obstante, frente a la anterior alegación, debe indicarse que subsisten las disparidades si se comparan los datos de tráfico de cada número de los meses de mayo a agosto de 2014 que figuran en la tabla 2 con los datos mensuales aportados por Vodafone en su escrito de 15 de septiembre de 2016 e incluidos en la tabla 3 de la página 11 de la propuesta de resolución del presente procedimiento.

Así, por ejemplo, si en la tabla 2 figura para el número 11842 un tráfico de **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** para el mes de mayo de 2014, en cambio, en la tabla 3 consta un tráfico de **INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** para el mismo número, mes y año considerados. Y lo mismo ocurre con el resto de la numeración. Basta cotejar, los datos mensuales de tráfico de junio de 2014 en ambas tablas correspondientes al número 11815: mientras la tabla 2 arroja un total de **INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, en la tabla 3 figuran **INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, o los datos mensuales de tráfico de julio de 2014 del número 11848 **INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Conviene tener en cuenta que, según el análisis llevado a cabo en el informe aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 20 de diciembre de 2016¹³, de los 22,14 millones de minutos cursados en el año 2014 en este servicio, un total de 19,55 millones de minutos fueron gestionados por los tres operadores que lideran este mercado por volumen de facturación

¹³ INF/CNMC/017/16/SUPERVISIÓN MERCADO 118AB

(Servicio de Consulta Telefónica, S.A.U. –con el 11888-, Atento Teleservicios España, S.A.U. –con el 11822- y Nueva información Telefónica, S.A.U. –con el 11811-). Ello significa que los restantes 2,59 millones de minutos fueron cursados por los otros 60 operadores que en ese año prestaban servicio a través de un 118AB; lo que representa una media de 43.166 minutos cursados por cada uno de los 60 operadores restantes.

Si bien es cierto que la cantidad de tráfico cursado por los números suspendidos (tomando los datos aportados por Vodafone en su escrito de 5 de enero de 2017) se encuentra bastante por debajo de esa media (a excepción del 11815), también es cierto que 5 de estos números no recibían tráfico desde los clientes prepago de Vodafone desde 2012, lo que podría justificar un volumen de tráfico inferior a otros números analizados, como el 11877.

Sin embargo, esta Comisión **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** como un criterio que autorice a los operadores de red a suspender la interconexión de forma automática con estos números ni como un parámetro de irregularidad en el procedimiento establecido mediante la Resolución de 5 de septiembre de 2013, ni en los procedimientos aprobados anteriormente.

Adicionalmente, este criterio habría que medirlo a partir del tráfico generado desde otras redes, no desde una red única, a efectos de que esta Comisión valorase si el operador asignatario está haciendo un uso ineficiente de la numeración 118AB y, por tanto, valorar las medidas a adoptar.

En las páginas 13 a 15 de su escrito de 11 de mayo de 2017, Vodafone alega que esta Comisión ha considerado erróneamente que los datos de tráfico contenidos en la tabla 3 de la propuesta de resolución (Hecho Probado Tercero 1.) correspondían a Vodafone cuando en el escrito de 15 de septiembre de 2016 en el que se aportaron se indicaban que correspondían a Vodafone Ono, S.A.U., es decir, a un operador diferente.

Se ha comprobado que efectivamente, como indica Vodafone, los datos de la tabla 3 hacen referencia al tráfico cursado por Vodafone Ono en el año 2014, mientras que las tablas 2 y 4 sí se refieren a Vodafone.

No obstante y en cualquier caso, el argumento contenido en la propuesta de resolución es que este tráfico es parcial y que, por tanto, se trata de un criterio muy subjetivo, en la medida en que Vodafone no tiene conocimiento de qué tráfico cursa el operador 118AB a través de otras redes (Vodafone ONO pertenece al mismo grupo de empresas). Además, no se trata de un criterio válido para cortar la interconexión (y previo aviso al operador 118AB).

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

La tabla 4 anterior fue aportada por Vodafone (en su escrito de 5 de enero de 2017) para justificar los costes de interconexión que le supusieron los 8 números suspendidos en 2014.

Sin embargo, de los datos aportados por Vodafone no queda claro si los importes corresponden a ingresos mayoristas o a costes mayoristas. Asimismo, tampoco detalla Vodafone los costes que afirma van asociados a estos servicios *“tales como los gastos de consolidación de los equipos de facturación, la definición de rutas y subrutas en interconexión, o la parametrización por parte de los equipos de marketing de sus precios y de sus cambios de precio, que hacen que su mantenimiento dentro de la oferta de servicios de consulta telefónica de números de abonado sea deficitaria”*.

En consecuencia, este criterio, con la información aportada por la operadora, no se considera suficientemente robusto.

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

Las tarifas aplicadas por los números 118AB en el momento de la suspensión eran las siguientes, según detalla Vodafone en la contestación cuarta de su escrito de 29 de diciembre de 2016:

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

Analizados los precios minoristas de todos los números 118AB asignados a 30 de junio de 2014¹⁴ y no obstante se comparte que algunos de los precios anteriores son elevados –aunque se observa otra vez una gran disparidad entre tales precios- se comprueba que (referenciados al acceso fijo desde la red de Telefónica), de los 63 números 118AB asignados en aquel momento, y sin contar los 8 números de los que trae causa el presente expediente:

¹⁴ Se toman los datos aportados por la propia Vodafone junto a su escrito de 5 de enero de 2017.

- 29 números 118AB tenían un precio de establecimiento de llamada igual o superior al menor de los aplicados por los números suspendidos en interconexión (11848).
- 39 números 118AB habían establecido un precio por minuto igual o superior al menor de los aplicados por los números suspendidos (11848).
- 1 número aplicaba un precio de establecimiento de llamada igual al mayor de los aplicados por los números suspendidos (11816).
- 3 números aplicaban precios por minuto superiores al mayor de los aplicados por los números suspendidos (11860, 11816 y 11825)

Por tanto, a pesar de que casi la mitad de los números 118AB asignados en aquel momento aplicaban precios iguales o superiores a los suspendidos por Vodafone, la imputada suspendió la interconexión con 8 de ellos. Ello evidencia la aplicación de este criterio de un modo discriminatorio.

La Sala de Supervisión Regulatoria se ha pronunciado, posteriormente, sobre el criterio de costes de interconexión o precios de establecimiento de llamada elevados, señalado por Vodafone, en la Resolución del conflicto Infónica-Vodafone, señalando que, *“tal y como está definido, carece de la justificación u objetividad necesarias para emitir un pronunciamiento claro. Se advierte de que su aplicación podría dar lugar a situaciones discriminatorias y potencialmente restrictivas de la competencia”*.

En consecuencia, es un criterio que ha de analizarse caso por caso y su aplicación conjunta en el escrito presentado por Vodafone no ofrece suficiente robustez.

3. Antecedentes de tráfico irregular cometidos por el asignatario de la numeración

3.1.- Análisis del criterio a la luz de los datos aportados por Vodafone

Tras analizar los datos aportados por Vodafone durante la instrucción del expediente, se comprueba que la imputada incluye en este criterio a aquellos números 118AB que han sido suspendidos anteriormente conforme a algún procedimiento aprobado por esta Comisión, junto a aquellos operadores que tienen antecedentes de ‘abuso’ en el uso de la numeración asignada (no sólo del rango 118AB).

Tal y como se afirma en la mencionada Resolución del conflicto Infónica-Vodafone, respecto al procedimiento interno de análisis de numeración 118AB definido por Vodafone, *“se considera que los parámetros relacionados con la detección de tráfico irregular resultarían más adecuados, pues se basan en comportamientos anteriores del operador que han implicado una falta de diligencia en el control de su propia numeración a la que vienen obligados los*

operadores de conformidad con los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados, Acceso y numeración”.

Vodafone afirma que varios de los números objeto del presente procedimiento pertenecen a grupos empresariales propietarios de operadores asignatarios de numeraciones 118AB que tradicionalmente participan de prácticas irregulares y abusivas.

Sin embargo, Vodafone trata de justificar este criterio establecido en su procedimiento interno, haciendo referencia, en la mayoría de los casos, a expedientes en los que no se ha visto envuelta la imputada, a numeración distinta al rango 118AB, a denuncias formuladas ante la Guardia Civil o a numeración de empresas no vinculadas a los grupos empresariales indicados.

Los grupos empresariales a los que pertenecerían los números afectados serían los siguientes, según la imputada:

- **El Grupo Monsán (11815, 11836, 11842, 11877)**

Este grupo empresarial estaría acaparando 12 de las numeraciones 118AB actualmente asignadas, según indica la imputada.

Sin embargo, de la numeración afectada por el presente expediente, sólo los números 11815¹⁵, 11836¹⁶, 11842¹⁷ y 11877¹⁸ forman parte de este grupo empresarial, según acredita Vodafone¹⁹ y según se ha comprobado mediante los datos registrales.

Vodafone atribuye otros números, como el 11826 asignado a Informatel Hispania, S.L. o el 11862 asignado a Alai Operador de Telecomunicaciones, S.L., al Grupo Monsán, hecho que no ha quedado acreditado ni de la información aportada por Vodafone ni de las comprobaciones realizadas durante la instrucción²⁰.

A pesar de que Vodafone indica que en los últimos años ha detectado prácticas irregulares en las que se habrían visto envueltos 3 de los números analizados en el presente expediente y vinculados al grupo Monsán (concretamente, 11815, 11836, 11877), únicamente ha recaído sanción respecto al 11815. En cualquier caso, la Resolución sancionadora es de 23 de junio de 2016²¹, de modo que no pudo constituir un antecedente que pudiera tener en cuenta Vodafone en el año 2014 cuando suspendió la interconexión de este número.

¹⁵ De Líneas de Red Inteligente, S.L.

¹⁶ Asignado a Información Telefónica 11836, S.L.U.

¹⁷ En 2014 se encontraba asignado a Aplicaciones de Servei Monsan, S.L. El 13 de mayo de 2016 fue transmitido a 11842 Información Telefónica, S.L.U.

¹⁸ Asignado a Remirson Inversora, S.L.U.

¹⁹ Con la documentación aportada junto a su escrito de 15 de septiembre de 2016.

²⁰ Mediante consultas al Registro Mercantil Central.

²¹ SNC/D TSA/035/15/LINEAS RED INTL 11815.

Únicamente los números 11815 y 11842 habían sido suspendidos en 2012 por Vodafone, como se ha indicado. Por lo que este criterio definido por Vodafone en su procedimiento interno se cumpliría respecto a estos dos números.

- **Hello TV, S.L. (11827)**

Vodafone afirma que suspendió numeración de tarificación adicional al operador Hello TV, S.L., además del 11827 que tenía asignado²² (a petición del operador), ya que este operador estaría vinculado (a través de su socio único) a otros operadores que han generado tráfico irregular o abusivo como Grupo Opal Telecomunicaciones, S.L., Andarosa TV, S.L. (este último estaría vinculado con el operador Seboim, S.L. asignatario del 11837²³), o Supercolor Action TV, S.L. (prestador de servicios de tarificación adicional a través de numeración asignada a Ooiga Telecomunicaciones, S.L., operador sancionado por hechos relacionados con el uso de la numeración²⁴) a los que habría suspendido gran cantidad de numeración de tarificación adicional.

De modo que los antecedentes de tráfico irregular a los que hace alusión Vodafone en cuanto al Grupo Hello TV se refieren a numeración de tarificación adicional o a la suspensión para clientes prepago llevada a cabo del número 11827 en 2012 –que no podía servir de fundamento a la suspensión posterior de la interconexión para el resto de clientes de Vodafone-.

En la única resolución recaída hasta la fecha en la que se autorizaba, precisamente a Vodafone, a no abrir la interconexión de un número 118AB – Resolución citada de 5 de noviembre de 2015, del conflicto Infónica-Vodafone-, la decisión del regulador se fundaba en la existencia de antecedentes de prácticas irregulares realizadas por mercantiles del mismo grupo empresarial²⁵, mediante numeración del mismo rango 118AB, ya que los antecedentes sobre prácticas irregulares mediante numeración de otro rango se consideró que no constituía *“un indicio concluyente pero sí un indicio razonable al valorarse conjuntamente con las pruebas existentes de la vinculación de la compañía con otras empresas que han resultado ser sancionadas por el mal uso de numeración 118AB”*.

Por tanto, no queda acreditada la existencia de antecedentes de prácticas irregulares mediante el uso de numeración 118AB de los operadores del grupo Hello TV, que puedan constituir prueba.

²² En diciembre de 2014 se canceló la asignación a este operador (NUM/DTSA/2191/14/HELLO118AB). Actualmente está asignado a otro operador.

²³ Hasta marzo de 2014 en que se canceló la asignación.

²⁴ SNC/DTSA/002/16.

²⁵ Fundamento jurídico material quinto.4 in fine.

- **Teleservicio Express, S.L. (11814)**

Vodafone afirma que este operador se encuentra vinculado al grupo empresarial denominado Quality y alude a la sanción impuesta a Quality Telecom, S.L.²⁶. Esta empresa ha resultado sancionada por el mal uso del número 118AB asignado pero en el año 2016, es decir, en fecha bastante posterior a la conducta realizada en noviembre de 2014 analizada en el presente expediente, por lo que no pudo constituir un antecedente tenido en cuenta por Vodafone.

Por otro lado, la relación de Teleservicio Express con el grupo empresarial de Quality no ha quedado acreditada ni mediante la documentación aportada por Vodafone ni mediante los datos del Registro Mercantil relativos a 2014. Asimismo, tampoco quedan acreditadas las afirmaciones realizadas respecto a las prácticas irregulares de Teleservicio Express.

Por ello, no quedan acreditados los indicios de tráfico irregular respecto al número 11814, el cual tampoco había sido suspendido en 2012 por Vodafone (esto es, no había antecedentes de tráfico irregular).

- **Consultarte 3.0, S.L. (11848)**

El antecedente del Grupo Consultarte se refiere a la suspensión de la interconexión de este número que llevó a cabo Vodafone en el año 2012, para sus clientes de prepago. Sin embargo, se recuerda que la Resolución de 5 de junio de 2013 (exp. RO 2012/502) establecía que la suspensión de la interconexión se autorizaba para un periodo transitorio de 9 meses, por lo que la suspensión posterior de noviembre de 2014 para todo el tráfico de este número no podía basarse en el tráfico irregular anterior.

Por todo ello, se concluye que no quedan acreditados los antecedentes de prácticas irregulares supuestamente realizadas por empresas de los mismos grupos a los que pertenecerían los operadores asignatarios de los números 118AB suspendidos por Vodafone en el año 2014.

Únicamente quedan acreditados como antecedentes de prácticas irregulares las llevadas a cabo por los 5 números suspendidos por Vodafone en el año 2012, para sus clientes prepago. Según ha declarado la propia Vodafone, no hubo tráficos irregulares en noviembre de 2014.

En conclusión, no había tráficos irregulares en noviembre de 2014 y los antecedentes de otras prácticas irregulares no han sido considerados **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, sino que el mismo sólo constituye un indicio razonable que debe “*valorarse conjuntamente con las*

²⁶ SNC/D TSA/027/15.

pruebas existentes de la vinculación de la compañía con otras empresas que han resultado sancionadas por el mal uso de numeración 118AB'. En el presente caso, dichas vinculaciones únicamente se han observado respecto al grupo Monsán.

3.2.- Análisis de las alegaciones del escrito de Vodafone de 11 de mayo de 2017

En las páginas 16 a 17 de su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2017, Vodafone indica que este criterio no implica que estas prácticas estuviesen referidas exclusivamente a los números afectados por el corte sino a la existencia de prácticas irregulares asociadas al uso irregular del tráfico telefónico, criterio incluido en **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, Vodafone no aporta copia de dicha Resolución ni la misma ha sido remitida por la SESIAD –a pesar de habersele solicitado con carácter general, no en el marco de este expediente-. En cualquier caso, es una Resolución muy posterior a los hechos analizados, a los que aplicaban otros criterios (Resolución del procedimiento común).

Por otro lado, Vodafone concluye que como ha resultado probado que los números 11818, 11836, 11842 y 11877 forman parte del grupo Monsán, y este grupo contaba con antecedentes de tráfico irregular al haber sido suspendidos los números 11815 y 11842 en el año 2012, el mismo criterio aplica para los números 11836 y 11877. Pero como se ha indicado, la Resolución en la que se establecía ese criterio no ha sido aportada, además de que la misma fue dictada en el año 2016, es decir, dos años después de la regularización realizada por Vodafone en 2014. De modo que no pudo servir de base para la medida adoptada por la operadora.

Con independencia de los errores alegados por la imputada en la interpretación de los datos aportados por Vodafone, acerca del cumplimiento de los criterios definidos por la propia operadora, se le recuerda que la normativa establece que serán los reguladores sectoriales (SESIAD y CNMC) los habilitados para determinar dichos criterios, no los propios operadores afectados.

Por todo ello, se concluye que la suspensión de la interconexión de los 8 números 118AB en noviembre de 2014 no se realizó conforme a los parámetros establecidos en el procedimiento común ni conforme a ningún procedimiento establecido o aprobado previamente por la CNMC.

CUARTO.- Vodafone notificó la suspensión de la interconexión de forma insuficiente, tardía y parcial, esto es, tan solo a algunos operadores

La notificación de Vodafone a la CNMC y a los operadores en noviembre de 2014 no contenía la siguiente información:

1. Fecha y hora de la suspensión
2. Listado de líneas origen de las llamadas

3. Periodo, fecha y duración de las llamadas realizadas
4. Denominación social del operador asignatario del número suspendido
5. Perjuicios ocasionados en la red
6. Acreditación del cumplimiento de 5 o más parámetros

- **Notificación a los operadores**

Vodafone envió a los titulares de la numeración afectada, una carta fechada el 28 de noviembre de 2014, es decir, 10 días después del corte de la interconexión.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que Vodafone únicamente ha acreditado la recepción de dicha carta por parte de 4 de los 8 operadores afectados. Concretamente, recibieron la notificación de la suspensión de la interconexión los asignatarios de los números 11815, 11836, 11842 y 11877.

Respecto a los 4 operadores restantes (11814, 11826, 11827 y 11848), Vodafone ha indicado que la carta fue devuelta porque el destinatario era desconocido. Se ha podido comprobar que las 4 cartas fueron enviadas a la dirección inscrita en el Registro de Operadores para cada uno de los 4 operadores. Sin embargo, los acuses de recibo correspondientes a las notificaciones a estos 4 operadores indican solamente “*no entregado*”, sin especificar el motivo. Únicamente, respecto al 11827, Vodafone ha aportado un certificado en el que se indica que el motivo de la devolución fue “*destinatario desconocido*”. Por ello, no queda acreditada la afirmación de Vodafone respecto al motivo de la no notificación a los titulares de los números 11814, 11826 y 11848. En cualquier caso, sí consta el intento de notificación por Vodafone.

Según señala Vodafone, ante esta eventualidad, intentó que las cartas llegasen “*a su destinatario a través de los operadores de tránsito*” con los que dichos operadores tienen suscritos contratos de acceso (**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**), a los que envió un correo electrónico (uno por cada uno de los operadores a los que no había podido notificar, tal como consta en el expediente) el 23 de diciembre de 2014, informando de la notificación fallida, adjuntando la carta y solicitando “*remitan al operador la carta adjunta*”. Sin embargo, Vodafone no ha acreditado que dichos correos electrónicos fuesen recibidos, ni leídos por los operadores de tránsito ni tampoco que se hubiese llevado a cabo ninguna acción por parte de los mismos para hacerlas llegar a los asignatarios aún no notificados.

Por todo ello, resulta probado que Vodafone no notificó con anterioridad a la suspensión de la interconexión a ninguno de los operadores asignatarios.

Resulta probado que la empresa notificó 10 días más tarde de la suspensión de la interconexión a los asignatarios de cuatro 118AB suspendidos: 11815, 11836, 11842 y 11877. Finalmente, la notificación de la suspensión de la

interconexión a los operadores asignatarios de los números 11814, 11826, 11827 y 11848 no pudo ser practicada, por los motivos indicados, aunque consta el envío de la notificación.

- **Notificación a la CNMC**

La notificación relativa a la suspensión de la interconexión de los 8 números afectados fue recibida en esta Comisión el 27 de noviembre de 2014, es decir 9 días más tarde de la fecha del corte de la interconexión.

QUINTO.- Conclusión sobre los Hechos Probados

De las actuaciones llevadas a cabo, ha quedado acreditado lo siguiente:

- La interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842 y 11848 fue suspendida el 7 de junio de 2012, el número 11826, fue suspendida el 4 de septiembre de 2012 y el 11827, el 31 de octubre de 2012.
- La interconexión de todos los clientes de Vodafone con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 fue suspendida el 18 de noviembre de 2014.
- La suspensión de la interconexión de los clientes prepago de Vodafone con los números 11815, 11842, 11826, 11827 y 11848 se ha mantenido desde 2012 hasta la actualidad.
- La interconexión de la red de Vodafone con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 se ha mantenido suspendida para todos los clientes de la operadora desde el 18 de noviembre de 2014 hasta la actualidad.
- Conviene señalar que los números 11827, 11842 y 11848 han cambiado de operador asignatario (el número 11827 ha cambiado de operador asignatario el 7 de diciembre de 2016; el 11842 cambió de asignatario el 13 de mayo de 2016; y el 11848 fue asignado a otro operador el 18 de marzo de 2016).
- Respecto al procedimiento interno establecido por la propia Vodafone, únicamente ha quedado acreditado el criterio definido por la operadora relativo [**CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL**].
- Los criterios definidos por Vodafone en su procedimiento interno para suspender la interconexión son propios y difieren de los parámetros definidos en el procedimiento común aprobado mediante Resolución de 5 de septiembre de 2013, que no fue aplicada por Vodafone en noviembre de 2014.

- Vodafone no notificó con carácter previo la suspensión de la interconexión a los operadores asignatarios afectados.
- Vodafone notificó 10 días más tarde de la suspensión de la interconexión a los asignatarios de los números 11815, 11836, 11842 y 11877 e intentó notificar la medida a los operadores asignatarios de los números 11814, 11826, 11827 y 11848, pero la notificación no fue entregada.
- Vodafone notificó a la CNMC el 27 de noviembre de 2014 la suspensión de la interconexión que había llevado a cabo el día 18 del mismo mes sobre los 8 números 118AB.
- Las numeraciones 11814, 11815, 11836, 11842 y 11877 quedaron accesibles para todos los clientes de VODAFONE en abril de 2017.

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Habilitación competencial para resolver el presente procedimiento sancionador y ley de procedimiento aplicable

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) dispone en su artículo 1.2 que esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

Junto a este objeto general, los artículos 6.5 y 29 del citado texto legal y el artículo 84 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuyen a esta Comisión *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*.

De esta manera y conforme a lo dispuesto en el citado artículo 84.2 de la LGTel, corresponde a la CNMC la competencia, entre otros, para sancionar la infracción administrativa del artículo 76.12 del mismo texto legal, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones y la prevista en el artículo 76.15 de la LGTel que tipifica el incumplimiento grave por parte de los operadores de las obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que estén sometidas por la vigente legislación.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre la presunta conducta realizada por Vodafone consistente en la exclusión de las numeraciones 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877 de la oferta a sus abonados del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, lo que constituye un posible incumplimiento por parte de Vodafone de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular, si las conductas detectadas no se ajustaban a los criterios en ella establecidos, así como de sus obligaciones de acceso, interconexión e interoperabilidad²⁷.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) y en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

Finalmente, en cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 12 de la LCNMC. Tal y como el citado artículo 2 indica, subsidiariamente y con carácter general, resulta de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse iniciado el presente conflicto con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁸, en virtud de lo previsto en la disposición transitoria tercera de la citada Ley.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Vodafone, por un lado, ha incumplido la Resolución de 5 de septiembre de 2013 por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la

²⁷ En la fecha en la que se realizaron las conductas supuestamente infractoras, todavía no era de aplicación el Real Decreto 381/2015, de 14 de mayo, por el que se establecen medidas contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas, al producirse los hechos analizados el 18 de noviembre de 2014, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, el 29 de mayo de 2015.

²⁸ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, ha entrado en vigor en fecha 2 de octubre de 2016.

interconexión de numeraciones por tráfico irregular, y por otro, si ha incumplido gravemente sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios en relación con la numeración 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

En virtud del principio de tipicidad establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, se analiza a continuación si puede concluirse que concurren los incumplimientos indicados en el anterior Fundamento Segundo.

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa y el artículo 128.2 señala que, excepcionalmente, *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

3.1.- Sobre el incumplimiento de la obligación de interoperabilidad de los servicios en relación con los 8 números 118AB suspendidos en 2014

3.1.1.- El principio de interoperabilidad

El artículo 3 de la LGTel establece como uno de los objetivos y principios del marco regulador de las telecomunicaciones, el *“c) [p]romover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación”*²⁹.

En sede de regulación de los recursos de numeración, el artículo 19.6 de la LGTel establece, como principio general aplicable, lo siguiente:

“6. Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios que permitan efectuar y recibir llamadas a números del plan nacional de numeración telefónica deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional y, cuando permitan llamadas internacionales, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio del derecho del usuario de desconexión de determinados servicios.

(...)”

²⁹ De manera muy similar se expresa el artículo 8.3 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre, en el ámbito de los objetivos de contribución al desarrollo del mercado interior.

Por otra parte, el artículo 51.2 de la LGTel indica, sobre el acceso a números o servicios:

“(…) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá ordenar el bloqueo de acceso a números o servicios por motivos de tráfico irregular con fines fraudulentos cuando tengan su origen en un conflicto entre operadores en materia de acceso o interconexión que le sea planteado por dichos operadores. En ningún caso podrá exigirse al amparo de este apartado el bloqueo a servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, como los servicios de la Sociedad de la Información regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

Esta última disposición, que transpone el artículo 28.2 de la Directiva de Servicio Universal³⁰, prevé la posibilidad del bloqueo del acceso a números o servicios, *“previo examen específico de cada caso”*, cuando esté justificado por motivos de fraude o uso indebido.

Sin embargo, como puede observarse en las disposiciones generales anteriores, la interoperabilidad y la garantía del acceso a los números de los planes nacionales de numeración, es la regla general.

3.1.2.- La obligación de los operadores de comunicaciones electrónicas de garantizar la interoperabilidad

Los operadores de comunicaciones electrónicas están obligados a cumplir las condiciones que imponen la LGTel y su normativa de desarrollo, en el ejercicio de la actividad que pretenden realizar, de conformidad con el artículo 16.1 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios).

En desarrollo de esta previsión, la letra c) del artículo 17 del Reglamento de Prestación de Servicios establece la obligación relativa a *“garantizar la interoperabilidad de los servicios”*, a la que se hallan sujetos todos los operadores de comunicaciones electrónicas, con independencia de la red o servicio que pretendan explotar o prestar.

En línea con lo anterior, la Directiva Acceso³¹ señala en su Considerando 9 que *“[l]a interoperabilidad redundará en beneficio del usuario final y es un objetivo importante del presente marco normativo. Fomentar la interoperabilidad es uno*

³⁰ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

³¹ Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre.

de los objetivos de las autoridades nacionales de reglamentación previstos en este marco, (...)”.

El principio de interoperabilidad garantiza que todos los usuarios de un operador puedan comunicarse entre ellos y con todos los usuarios de los demás operadores, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado³².

De forma adicional, todos los operadores se encuentran vinculados a la condición prevista en el artículo 17.d) del Reglamento de Prestación de Servicios, de “[g]arantizar a los usuarios finales la accesibilidad de los números (...) de conformidad con lo recogido en los correspondientes planes nacionales”.

Para otro tipo de numeración³³, esta cuestión fue planteada por Vodafone a esta Comisión, quien indicó en su contestación de 16 de abril de 2015³⁴ que:

“todos los operadores de comunicaciones están obligados, con carácter general, a garantizar la interoperabilidad de los servicios, lo que implica que los operadores de red deben abrir su red a los rangos de los planes nacionales de numeración asignados a terceros prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, sin que para ello deba tenerse en cuenta si el operador ha sido declarado con PSM [poder significativo en el mercado] en los correspondientes mercados mayoristas”.

Como se indicó en la contestación citada, el artículo 30 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes, y la numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), en desarrollo del artículo 19.6 de la LGTel anteriormente transcrito, establece que los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas están obligados a realizar, en los sistemas que exploten, las modificaciones necesarias para tratar y encaminar las comunicaciones de forma eficiente cuando, entre otras cuestiones, la CNMC realice asignaciones de recursos públicos de numeración.

De forma muy similar, el apartado 2.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica (en lo sucesivo, PNNT), aprobado por el citado Reglamento de mercados a través de su Anexo 2, dispone que los operadores deberán dimensionar o configurar sus redes de forma que permitan a sus abonados la

³² Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de octubre de 2007 por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Editateide, S.L frente a Esto es ONO, S.A.U. sobre el acceso de los abonados a este último al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de Editateide, S.L (RO 2006/717).

³³ Tarifas especiales.

³⁴ Acuerdo de la CNMC de 16 de abril de 2015, por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A.U. en relación con el acceso a redes y la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas (CNS/DTSA/2031/14/VODAFONE ACCESO E INTEROPERABILIDAD).

marcación de cualquier secuencia de cifras y símbolos que resulte de aplicación en dicho plan o en sus disposiciones de desarrollo.

Estas previsiones reflejan el contenido del artículo 28 de la Directiva de Servicio Universal³⁵ que contiene una previsión más clara sobre el necesario acceso a números y servicios por parte de los usuarios, salvo determinadas circunstancias:

“1. Los Estados miembros velarán, cuando sea técnica y económicamente posible y excepto si el abonado llamado hubiera decidido por motivos comerciales limitar el acceso de quienes efectúan llamadas desde determinadas zonas geográficas, por que las autoridades nacionales competentes tomen todas las medidas necesarias para que los usuarios finales puedan:

- a) *tener acceso y recurrir a los servicios utilizando números no geográficos en la Comunidad, y*
- b) *tener acceso, con independencia de la tecnología y los dispositivos utilizados por el operador, a todos los números proporcionados en la Comunidad, (...).”*

De esta manera, en definitiva, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores prestadores del servicio telefónico disponible al público, que permiten hacer llamadas, por su parte, deben permitir, salvo si concurren causas técnicas o económicas justificadas, el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por otros operadores a través de numeración telefónica³⁶.

3.1.3 Contestación a las alegaciones de Vodafone sobre la obligación de interoperabilidad incluidas en sus escritos de 15 de septiembre de 2016 y 11 de mayo de 2017

Vodafone alega en las páginas 5 a 7 de su escrito de 11 de mayo de 2017 que la CNMC parece exigirle una interoperabilidad plena con respecto a los servicios 118AB.

Y, al contrario de lo que interpreta Vodafone y ha reiterado en su último escrito de alegaciones de 28 de junio de 2017, la CNMC no considera exigible la interoperabilidad plena ante la falta de determinación de los criterios que deben cumplirse para que se considere que existe una oferta de proveedores de

³⁵ Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre.

³⁶ En el ámbito europeo, este principio tiene, en líneas generales, un alcance similar al de la regulación española. Así se ha constatado a través de las Autoridades Nacionales de Reglamentación europeas.

servicios de consulta telefónica sobre números de abonado que aseguren su prestación en condiciones apropiadas para el usuario final.

Es cierto que el apartado 13.5 de la Orden de Consulta³⁷ no obliga con carácter absoluto a la apertura de todo el rango 118AB, sino que trata de asegurar a todos los usuarios del servicio telefónico disponible al público el acceso a una oferta de prestadores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, que asegure su prestación en condiciones adecuadas para el usuario final.

Esta mayor flexibilidad, reconocida también por la SESIAD en su escrito de 26 de junio de 2017 aportado por Vodafone en sus alegaciones de 28 de junio de 2017 sin embargo, y en contra de lo indicado por Vodafone en la alegación cuarta de su anterior escrito de 15 de septiembre de 2016, no debe interpretarse como una libertad del operador para decidir a qué números de consulta telefónica sobre números de abonado puede cortar automáticamente y notificar dicha interrupción de la interoperabilidad a posteriori. Como ha señalado esta Sala en anteriores resoluciones, en relación con la apertura de la numeración –no al corte de la interconexión-³⁸:

“La determinación de qué es un número suficiente de proveedores de este tipo de servicios no queda al albur de los operadores, como se ha señalado anteriormente. Esta Sala estima que debe haber motivos específicos para denegar la apertura de red a unos operadores frente a otros, de forma que el acceso no se otorgue de manera discriminatoria, más aun dado que en la actualidad el número de asignatarios presentes en el mercado es bastante inferior a 89 –actualmente hay 58 números asignados-.

Por ello, ha de haber razones técnicas o económicas, incluida la existencia o posibilidades ciertas de fraude o comportamientos irregulares por el operador u operadores vinculados al asignatario, que justifiquen la denegación de apertura por parte de un operador”.

En definitiva, la Orden de consulta habla de oferta suficiente de proveedores del servicio cuyos criterios no han sido definidos por la SESIAD y son determinados por la CNMC caso a caso en el supuesto de presentación de conflicto por el operador asignatario de la numeración, normalmente, al amparo del artículo 12.5 de la LGTel.

Sin embargo, la Orden de consulta no autoriza a los operadores de red a suspender la interconexión con los números de consulta sin ningún tipo de negociación o notificación previas a los operadores asignatarios de la numeración, como defiende Vodafone. Tampoco lo autoriza el escrito de la

³⁷ 5. Los números pertenecientes al rango atribuido en este apartado podrán ser accesibles desde las redes de los operadores del servicio telefónico disponible al público.

³⁸ Ver, por todas, la Resolución de 19 de mayo de 2016 del conflicto interpuesto por Esto Es Marketing, S.L. contra Telefónica de España, S.A. en relación con la apertura del número 11887 en la red de este último.

SESIAD de 26 de junio de 2017 aportado por Vodafone en sus últimas alegaciones de 28 de junio de 2017. En efecto, en el párrafo final de su escrito la SESIAD señala explícitamente que:

“...Por este motivo, las suspensiones, salvo que estén motivadas por uso indebido o fraude, deberían ser acordadas antes de la suspensión, en base al margen que les permitan los acuerdos que tuvieran suscritos”.

Y respecto a la suspensión por uso indebido o fraude, dicha suspensión debe efectuarse considerando los parámetros y según el procedimiento previsto en el ordenamiento sectorial al que nos referimos en la presente resolución.

En otras palabras, la CNMC comparte los matices de la interoperabilidad con los 118AB, procedentes de la Orden Ministerial, pero no comparte, sin embargo, las consecuencias de esos matices que Vodafone extrae. Así, la excepción al principio general de accesibilidad a la numeración asignada debe venir limitada por la definición de los criterios a los que hace referencia el apartado 13.6 de la Orden de Consulta por parte de la SESIAD o por la CNMC en el marco de sus competencias, y en el resto de casos ha de analizarse caso a caso.

Vodafone afirma que la SESIAD comparte su opinión y para ello se remite a un correo electrónico intercambiado entre ambos (folio 129) en el que la operadora plantea si puede denegar la apertura en interconexión de un número 118AB y la SESIAD le responde en similares términos a los señalados por esta Comisión en su propuesta. Vodafone interpreta de ello que puede establecer su propio procedimiento interno y, en base al mismo, denegar la apertura, o en el presente caso, suspender la interconexión en cualquier momento.

Sin embargo, ni en la Orden de Consulta ni en el correo electrónico de la SESIAD, ni en el escrito de este órgano de 26 de junio de 2017, ni esta Comisión han establecido en ningún momento que la determinación de dichos criterios pueda ser realizada por el propio operador que pretende cortar la interconexión de los números, ni que éste pueda establecer una excepción al principio de interoperabilidad sin que lo autorice el regulador sectorial, como pretende defender Vodafone.

Adicionalmente, el correo electrónico de la SESIAD se refiere con carácter general a la interoperabilidad, pero no analiza –porque es un aspecto adicional cuya competencia es de este organismo- si debido a ese principio de no interoperabilidad plena los operadores de acceso pueden cortar la interconexión en cualquier momento sin avisar al operador afectado. Ello se descarta, además, en su escrito de 26 de junio de 2017.

3.1.4.- La regulación de la prestación de los servicios de consulta a través del código 118

La Orden de Consulta atribuye el código 118, coincidente con las tres primeras cifras del número nacional NXYABMCDU, al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, asignándose la numeración perteneciente a este rango a los operadores autorizados para la prestación del mencionado servicio de consulta.

El criterio general aplicable a la apertura de esta numeración en las redes de los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público –para que sus clientes puedan llamar a los servicios de consulta-, es el de su necesaria apertura a la interconexión, cuando sea técnicamente viable y esté debidamente justificada, como señala el segundo párrafo del apartado octavo.1 de la Orden de Consulta, en los siguientes términos:

“Para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, los operadores de redes públicas y del servicio telefónico disponible al público deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas de acceso a sus redes y recursos asociados por parte de los prestadores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, en la medida en que sea necesario para dar cumplimiento a lo establecido en el apartado decimotercero.5 de la presente orden”.

Por su parte, los apartados decimotercero.5 y 6 de la Orden de Consulta obligan a los operadores de redes y del servicio telefónico a que garanticen el acceso a una oferta de estos servicios en condiciones adecuadas cuando establecen que:

“5. Los números pertenecientes al rango [118AB] atribuido en este apartado podrán ser accesibles desde las redes de los operadores del servicio telefónico disponible al público.

En cualquier caso, todos los usuarios del servicio telefónico disponible al público deberán poder acceder a una oferta de prestadores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado que asegure su prestación en condiciones adecuadas para el usuario final.

6. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá determinar los criterios que deben cumplirse para que se considere que existe una oferta de proveedores de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado que aseguren su prestación en condiciones apropiadas para el usuario final”.

Con carácter general, debe garantizarse a los usuarios finales del servicio telefónico el acceso a los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado.

El apartado decimotercero.6 de la Orden de Consulta prevé la posibilidad de que la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital³⁹ -en adelante, la SESIAD- determine, mediante una disposición de carácter general, los criterios que deben cumplirse para que se considere que existe una oferta de proveedores de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado que aseguren su prestación en condiciones apropiadas para el usuario final. Dicho desarrollo normativo no se ha producido.

Asimismo, la normativa prevé supuestos en que exista un desacuerdo entre operadores sobre la apertura de un determinado número. Concretamente, el apartado octavo.2 de la citada Orden fija el papel que en este ámbito corresponde a la CNMC, en los siguientes términos:

“Los conflictos de acceso e interconexión que se produzcan entre operadores de redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público relacionados con la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se resolverán por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CNMC] de acuerdo con lo dispuesto en la normativa general sobre acceso e interconexión y con lo establecido en la presente orden”.

De este modo, la excepción al principio general de accesibilidad a la numeración asignada para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonado podría verse limitada mediante la definición de criterios que pudieran llevar a cabo la SESIAD o la CNMC en el ámbito de sus competencias. Puesto que los criterios para determinar qué debe considerarse como oferta suficiente no han sido aún definidos por la SESIAD, los mismos deben ser determinados por la CNMC, caso a caso, mediante la resolución de los conflictos que surjan entre los operadores, como establece el artículo 12.5 de la LGTel.

3.1.5.- Aplicación de la normativa sobre interoperabilidad y prestación de servicios de consulta a través del código 118 a los hechos probados del presente procedimiento

El principio de interoperabilidad en las redes implica que la interconexión entre numeraciones no se puede cortar sin previa autorización de la CNMC y sin comunicación previa al operador afectado. Y, si hay una regla general de interoperabilidad y un número está ya abierto en una red determinada, habrá que justificar la medida de corte de la interconexión y notificarla anticipadamente al operador afectado para que tenga un margen de tiempo que le permita reaccionar y adoptar las medidas necesarias.

³⁹ En virtud de la disposición final primera del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, se elimina la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y sus funciones pasan a integrarse a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital.

Con independencia de las primeras suspensiones de interconexión operadas a lo largo de 2012, basadas en la medida cautelar adoptada por Resolución de 7 de junio de 2012, en noviembre de 2014, el corte de la interconexión se amplió por Vodafone para el tráfico generado desde todos sus clientes hacia esas cinco numeraciones 118AB (las numeraciones 11815, 11842, 11848, 11826 y 11827). Además, como se ha analizado en sede de Hechos probados, se suspendió la interconexión de 3 números 118AB más (11814, 11836 y 11877).

Como ha quedado acreditado en los hechos probados, la suspensión de la interconexión de los 8 números 118AB en noviembre de 2014 no se realizó conforme a los parámetros establecidos en la Resolución de 5 de septiembre de 2013, en vigor en aquel momento, sino aplicando un procedimiento interno de Vodafone, y dicha medida se adoptó sin notificarla a los operadores asignatarios de la numeración y a esta Comisión hasta días más tarde.

En consecuencia, se considera que Vodafone infringió la obligación de conectividad e interoperabilidad extremo a extremo y el acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de igualdad y no discriminación, recogido en los artículos 3 y 19.6 de la LGTel, así como en la normativa de desarrollo anteriormente referida, respecto a los ocho números suspendidos en noviembre de 2014.

En este sentido, la propia imputada reconoce en la alegación tercera al acuerdo de inicio del presente procedimiento que *“La regularización llevada a cabo por Vodafone supone a efectos prácticos el bloqueo de la interconexión de las llamadas con origen en su red y destino las numeraciones afectadas”,* pero afirma que no lo realizó en base al procedimiento común, sino en virtud de la Orden de Consulta.

Según alega Vodafone, *“se corresponde precisamente con la ejecución de un procedimiento excepcional de regularización para que la red de Vodafone disponga de una oferta de proveedores de servicios de consulta telefónica de números de abonado que aseguren su prestación en condiciones apropiadas para el usuario final, en virtud de la excepción a la interoperabilidad plena introducida por la Orden IET/1262/2013, de 26 de junio”.*

En su opinión, la *“Resolución 290/2013, de 5 de septiembre, tiene un ámbito objetivo y una finalidad diferente del proceso de regularización efectuada”* por la operadora, quien *“llevó a cabo su propia interpretación de la Orden CTE 711/2002, de 26 de marzo, tanto para la denegación de nuevas aperturas de numeraciones en su red, como para la regularización de numeraciones ya operativas”.*

En sus alegaciones a la incoación, Vodafone afirma que esta *“Comisión confunde constantemente tráfico irregular con fines fraudulentos con oferta suficiente de números del rango 118AB”.* Asimismo, Vodafone afirma que *“la*

existencia de antecedentes por tráfico irregular es [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]”.

Tal como indica el artículo 12.5 de la LGTel, corresponde a esta Comisión intervenir en las relaciones entre los operadores con el objeto de “*garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios*”. Por supuesto, existen excepciones al principio de interoperabilidad, y una de ellas está motivada por el hecho de poder hacer frente a determinados tipos de prácticas que generan perjuicios técnicos y económicos a los operadores de comunicaciones electrónicas, mediante la generación de tráficos irregulares desde sus redes hacia una determinada numeración. No es el Real Decreto mencionado, de hecho, como Vodafone conoce, el primer acto o regulación en la que se reconoce tal realidad.

En particular, como ya se estableció en la Resolución de 5 de junio de 2013 mencionada *ut supra*, “[H]a de tenerse en cuenta que la habilitación a un operador para que proceda a suspender unilateralmente la interconexión ha de ser utilizada correctamente y con carácter excepcional, debiendo acreditarse debidamente por el operador la concurrencia de los requisitos y parámetros que justifican la existencia de un comportamiento irregular”. Todo ello ha de hacerse de conformidad con el procedimiento aprobado: “[C]uando se produzca la suspensión de acuerdo con el procedimiento aprobado por esta Resolución y concurriendo los parámetros citados anteriormente, ésta podrá suspender la comunicación...”.

Y continúa dicha Resolución en el Fundamento de Derecho cuarto: “*esta actividad de corte, que es excepción a la regla general de garantizar la comunicación, se realiza sólo después de un seguimiento riguroso y completo de todos los elementos objetivos y subjetivos que intervienen en el proceso*”.

En el mismo sentido se pronunciaba la CMT en la Resolución posterior de 5 de septiembre de 2013, al exigir “*la concurrencia de un número determinado de parámetros para la suspensión de la numeración perteneciente al Plan Nacional de Numeración Telefónica (en adelante, PNNT), con el fin de garantizar la no vulneración del principio de interoperabilidad y la no suspensión de la interconexión por motivos injustificados*”. En el punto III.3.1 de la misma se establecía que “*La identificación del tráfico irregular se ha llevado a cabo mediante el análisis de una serie de parámetros en aras a lograr el establecimiento de criterios lo más objetivos posibles que fundamenten el citado comportamiento. Dicho carácter justifica la excepción al principio de interoperabilidad de los servicios y de la interconexión de las redes con el fin de salvaguardar la competencia y el mercado de las distorsiones negativas*”.

A este respecto, cabe aclarar que, al contrario de lo afirmado por la operadora, esta Comisión reconoce la posibilidad de suspender la interconexión por tráficos irregulares –fue esta Comisión la que aprobó los primeros procedimientos para tal fin-. Sin embargo, no puede confundirse esta

intervención –que permite a los operadores, cumpliendo unos determinados requisitos, suspender la interconexión de forma automática, notificando con posterioridad tanto a la CNMC o a la SESIAD, actualmente, como al operador afectado- con cualquier corte de interconexión.

De la misma forma, no puede confundirse la posibilidad de no abrir la red a un determinado número –pudiendo analizarse vía conflicto-, con un corte de la interconexión ya establecida, sin avisar al operador. Por ello, las consideraciones acerca de la oferta suficiente de números 118AB de la Orden de Consulta adquieren un segundo plano en el contexto analizado en el presente expediente.

3.1.6.- Sobre la determinación de una oferta suficiente de numeraciones 118AB

En la alegación cuarta de su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, Vodafone afirma que definió lo que denomina una oferta suficiente de 67 números 118AB, ante la falta de determinación por parte de la SESIAD de los criterios para considerar que existe una oferta suficiente de prestadores del servicio de consulta telefónica.

Así, la imputada afirma que:

“[E]n el momento en que Vodafone llevó a cabo la regularización de noviembre de 2014 ningún regulador, ni la Comisión ni la Secretaría, se había pronunciado sobre los criterios determinantes para establecer qué se considera una oferta suficiente si bien tampoco existe en la Orden un mandato a ninguno de los dos de llevar a cabo esa determinación”.

De forma adicional, Vodafone afirma que *“los criterios empleados para llevar a cabo la regularización de numeraciones son válidos para establecer la oferta suficiente de números 118AB puesto que la SETSI no los ha determinado y los establecidos por la CNMC en el expediente en el que se autorizó a Vodafone a denegar el acceso al número 11895 en virtud de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo son muy similares y comparables a los establecidos”* por Vodafone.

A este respecto, procede señalar que:

1. La resolución mediante la cual se autorizó a Vodafone a no abrir la interconexión con el número 11895 se dictó prácticamente un año más tarde –el 5 de noviembre de 2015- que la regularización de la que trae causa el presente procedimiento, por lo que Vodafone no pudo haberse basado en los criterios de esta Comisión.
2. En cualquier caso, en la Resolución del conflicto Infónica-Vodafone, de todos los criterios considerados por Vodafone para justificar la no apertura de la interconexión con el 11895, el único considerado por la CNMC fue

concretamente el de la relación del asignatario con otros operadores que habían cursado tráfico irregular.

3. En dicha resolución se analizaba la no apertura de un número en la red de Vodafone, no el corte de la interconexión a 8 números, como ha ocurrido en el presente caso.
4. Dichos criterios no fueron notificados y negociados con los operadores asignatarios de los números. A este respecto, es esencial para esta Comisión que Vodafone ha tomado una decisión unilateral basada en criterios subjetivos sin mínimamente anticipar su decisión a los operadores asignatarios de la numeración.
5. Los criterios han sido analizados en sede de Hechos Probados. La irregularidad de tráficos de 2 años antes o de otras numeraciones no puede ser utilizada como un parámetro válido para suspender la interconexión y el poco tráfico debería ser analizado en relación con el existente en otras redes –siendo un criterio que como mínimo podrían querer conocer los operadores asignatarios-.

En definitiva, el establecimiento de excepciones a la interoperabilidad plena constituye una competencia exclusiva del regulador, y en ningún caso puede ser el operador quien determine los parámetros, los procedimientos y los supuestos en que cabe aplicar la excepción a su obligación de interoperabilidad.

3.1.7 Tipo infractor aplicable al incumplimiento imputable a Vodafone

Por todo lo anterior, cabe concluir que concurre una infracción administrativa muy grave, tipificada en el apartado 15 del artículo 76 de la LGTel de 2014, consistente en el incumplimiento grave por parte de los operadores de sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Se considera que concurre un plus de gravedad, que evita tipificar la infracción como grave, según el artículo 77.28 de la LGTel, por el número de operadores afectados y por el elevado número de abonados a los que se impide el acceso a estos números (abonados de Vodafone, potenciales llamantes a los números suspendidos) y la alta cuota de mercado que acapara la operadora en el mercado de telefonía móvil en todo el periodo (superior al 25%⁴⁰).

Así, la conducta llevada a cabo implica la imposibilidad para los operadores asignatarios de los 8 números, de ser accesibles a la totalidad de los clientes de Vodafone, más de 55 millones entre abonados al servicio telefónico móvil y fijo:

⁴⁰ En 2012 tenía una cuota en el mercado de líneas móviles del 26%; en 2013 era del 25,73€; en 2014, del 25,5%; en 2015 del 26,9%. %. Aún no se encuentra disponible el dato anual para 2016.

Cantidad de líneas de voz					
	Prepago	Postpago	Total líneas móviles	Total líneas Fijas	Total líneas
2012	4.388.856	8.773.427	13.162.283	⁴¹	13.162.283
2013	3.520.271	8.290.071	11.810.342	1.253.859	13.064.201
2014	3.159.939	8.270.061	11.430.000	1.420.764	12.850.764
2015 ⁴²	2.788.738	10.003.316	12.792.054	3.591.308	16.383.362
			49.194.679	6.265.931	55.460.610

3.1.8.- Naturaleza muy grave de la infracción cometida

En las páginas 25 a 29 de su escrito de 11 de mayo de 2017, Vodafone defiende el carácter “grave” y no “muy grave” de la infracción cometida, con base a distintos parámetros que son analizados a continuación.

a) El volumen de tráfico que recibían los números suspendidos

Tal como se indicó en la propuesta de resolución, si bien es cierto que gestionaban volúmenes de tráfico inferiores a la media de los operadores distintos a los tres mayores, también es cierto que no constituye motivo para cortar unilateralmente la interconexión y que la gravedad se mide por el número de operadores del servicio de consulta afectados, que constituían casi el 13% del mercado de los prestadores del servicio de consulta en aquel momento⁴³, así como por el elevado número de abonados afectados.

b) El volumen de abonados afectados

Respecto a éstos, Vodafone señala que al tomar los datos de los clientes de Vodafone entre los años 2012 y 2015, en la propuesta de Resolución (cuadro de la página 27), se suma el total de clientes en cada uno de esos años lo que resulta incorrecto, ya que, al agregar los datos de los clientes afectados se estaría contabilizando más de una vez a los abonados de Vodafone que han permanecido con la operadora más de un año. Sin embargo, debe mantenerse el dato desagregado de abonados anuales.

Por otro lado, Vodafone señala que en el cálculo de los abonados afectados por la suspensión realizada en 2014 (correspondiente a la infracción muy grave de la obligación de interoperabilidad) no deben contabilizarse los abonados post pago en los años 2012, 2013 ni en la totalidad del 2014, ya que la suspensión de la interconexión de los mismos con los 8 números 118AB se realizó a partir de noviembre de 2014. Si bien es cierto que hasta noviembre de

⁴¹ No se dispone de dato desagregado.

⁴² No se dispone de datos anuales para 2016.

⁴³ De conformidad con el apartado III.1 del Informe de supervisión del mercado de servicios de información telefónica aprobado por Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2016 (INF/DTSA/017/16) existían 63 operadores con numeración asignada en aquel momento.

2014, los únicos abonados de Vodafone afectados fueron los clientes prepago, lo cierto es que la tabla de la página 27 de la propuesta de resolución indica la totalidad de abonados de Vodafone en esos años, no sólo los afectados que serían los de la primera columna.

Vodafone realiza en sus alegaciones un cálculo estimativo de los abonados afectados utilizando el volumen de tráfico, la duración media de las llamadas y la cantidad de llamadas realizadas por un cliente.

A juicio de esta Comisión, los criterios empleados por Vodafone suscitan dudas, ya que cliente afectado es todo aquel que tenía una línea contratada con Vodafone en los años afectados con independencia de la duración media de sus llamadas a un número 118AB, de la cantidad de llamadas que realizase a un número 118AB en ese mismo año o del volumen de tráfico recibido por el prestador del servicio de consulta. Es decir, el afectado no es sólo aquel que cursó tráfico hacia los números afectados sino la totalidad de los abonados de Vodafone, a los que se privaba de la posibilidad de hacerlo.

3.2.- Sobre el cumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 (RO 2013/290) que autorizaba las suspensiones de interconexión y el incumplimiento de la Resolución de 5 de junio de 2013 (RO 2012/502)

3.2.1.- Sobre el cumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013 (RO 2013/290)

Resta analizar si concurre la infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de resoluciones de la CNMC, por el incumplimiento de la Resolución de 5 de septiembre de 2013, por la que se aprueba el procedimiento común e imputada a Vodafone en el acuerdo de incoación.

Como ha quedado acreditado en los hechos probados, la suspensión de la interconexión de los 8 números 118AB en noviembre de 2014 no se realizó conforme a los parámetros y procedimiento establecidos en el procedimiento común, en vigor en aquel momento. Así, como aspecto más relevante, no se envió a la CNMC un informe específico analizando la concurrencia de los parámetros contenidos en el procedimiento común y con respecto a los tráficos de cada numeración (en un plazo no superior a 24 o 72 horas, según el caso), como exige aquella Resolución.

Entre otros criterios, Vodafone se apoyó en la irregularidad de los tráficos de estas numeraciones en 2012 –momento en el que se aplicó el procedimiento aprobado por esta Comisión para sus clientes exclusivamente de prepago- o de otras numeraciones de tarifas especiales de los operadores asignatarios, y, fundamentalmente, en otros criterios internos definidos por el operador, analizados en los Hechos Probados.

Sin embargo, ha de concluirse que, en este supuesto, no se vulnera dicha Resolución del procedimiento común de 5 de septiembre de 2013, pues en noviembre de 2014 no hubo tráficos irregulares y, por ello, el procedimiento común no podía ser aplicado para suspender la interconexión.

Esto es, no concurre esta infracción imputada en el acuerdo de incoación respecto a la resolución de 5 de septiembre de 2013, porque Vodafone no podía aplicar el procedimiento común, al no concurrir los parámetros, y, por ello, no puede imputársele que no siguiera el procedimiento común para suspender la interconexión.

3.2.2.- Sobre el incumplimiento de la Resolución de 5 de junio de 2013 (RO 2012/502)

No obstante, ha de concluirse que sí se ha producido en este caso, un incumplimiento de la Resolución de 5 de junio de 2013 (RO 2012/502), por la que se autorizó la suspensión de la interconexión de los 5 números 118AB previamente analizados, respecto a las suspensiones realizadas en 2012 desde los usuarios prepago de Vodafone a los números 11815, 11826, 11827, 11842 y 11848. Dichas suspensiones se amparaban en la Resolución de 7 de junio de 2012, ya mencionada, que autorizó cautelarmente a Vodafone a suspender la interconexión que permitía el encaminamiento de las llamadas con origen en tarjetas prepago y destino a números 118AB, en los supuestos definidos de tráfico irregular. Dicha medida cautelar fue ratificada mediante la Resolución de 5 de junio de 2013, que, al mismo tiempo, aprobaba un procedimiento genérico para estos supuestos.

En el resuelve primero d) de la Resolución de 7 de junio de 2012 se establecía que *“la suspensión de la interconexión se mantendrá hasta que se apruebe la resolución definitiva que ponga fin al presente expediente RO 2012/502”*; es decir, hasta la mencionada Resolución de 5 de junio de 2013.

De conformidad con el Resuelve Primero de esta última Resolución, la CMT acordó:

“PRIMERO.- Confirmar la medida cautelar adoptada por el Consejo de esta Comisión el día 7 de junio de 2012 en los siguientes términos:

Autorizar a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U a suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago de VODAFONE y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados, en los términos modificados por esta Comisión en la presente Resolución: “PROCEDIMIENTO DE DETECCIÓN DE USO IRREGULAR DEL SERVICIO PREPAGO PARA LLAMADAS A SERVICIOS DE CONSULTA DE ABONADOS”.

(...)

d) Esta suspensión de la interconexión se podrá mantener durante un período transitorio de 9 meses.”

En sus alegaciones al trámite de audiencia de aquel expediente –véase el Antecedente Vigésimo de la Resolución- Vodafone solicitó que la suspensión fuese indefinida:

“a) Sobre el plazo de mantenimiento de la suspensión de la interconexión, la entidad manifiesta su disconformidad con el plazo de 9 meses propuesto por la Comisión. Sostiene que la aprobación de la Resolución propuesta por el Informe en los términos previstos supondría la reapertura de al menos [CONFIDENCIAL] cuya interconexión ya ha sido suspendida y ello pondría en riesgo tanto sus intereses como los de los usuarios finales. La operadora se opone al establecimiento de plazo alguno para el mantenimiento de la suspensión de la interconexión, proponiendo en su lugar como alternativa, el mantenimiento de la suspensión hasta que se produzca un cambio de titularidad del número de que se trate.”

Dicha solicitud se desestimó expresamente⁴⁴ (Fundamento de Derecho cuarto.b):

“el plazo de suspensión de la interconexión que compatibiliza ambas finalidades [garantizar la conservación de las redes de telecomunicaciones y evitar la repetición de las prácticas irregulares] es de 9 meses”.

Posteriormente, la Resolución de 5 de septiembre de 2013 (procedimiento común) modificó el criterio anterior, señalando que:

“la suspensión se mantendrá para cualquier numeración del PNNT: (i) hasta que se produzca un cambio en la titularidad del abonado del número afectado (en este caso, el operador asignatario deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del operador que hubiera suspendido la numeración), (ii) hasta que esta Comisión asigne la numeración a otro operador, o bien, (iii) hasta que así lo acuerden los operadores de mutuo acuerdo (entre el operador que haya suspendido y el operador asignatario de la numeración)”.

Vodafone interpreta que la Resolución de 5 de septiembre de 2013 (RO 2013/290) consolida las suspensiones anteriores y tiene efectos retroactivos, resultando de aplicación a las suspensiones ya realizadas, por entender que dicha Resolución modificaba el plazo establecido en la Resolución de 5 de junio de 2013, convirtiéndolo en indefinido hasta que concurriera alguna de las circunstancias que posteriormente se establecen⁴⁵. Según Vodafone, estas suspensiones quedaron perpetuadas hasta la concurrencia de algunos de los tres supuestos previstos en dicha Resolución de septiembre de 2013.

Sin embargo, en la Resolución que aprobaba el procedimiento común no se preveía su aplicación retroactiva a suspensiones realizadas con anterioridad.

⁴⁴ Fundamento Cuarto de la resolución, página 24.

⁴⁵ Cambio de titularidad del abonado, asignación a otro operador o acuerdo entre operadores.

La suspensión de la interconexión en casos de tráficos irregulares se realiza caso a caso conforme a un procedimiento concreto definido con anterioridad, que permite al operador llevar a cabo dicha suspensión automática y notificar al operador afectado con posterioridad, como conoce Vodafone. Por ello, el procedimiento común se aplicó a los tráficos irregulares producidos a partir de la fecha de aplicación de tal resolución. Además, como se ha indicado anteriormente, dicho procedimiento no resultaba de aplicación a las suspensiones de interconexión realizadas por Vodafone en noviembre de 2014, al no concurrir tráfico irregular.

En el caso de los 5 números suspendidos en 2012, el procedimiento autorizado para cortar la interconexión fue el aprobado provisionalmente mediante la Resolución de 7 de junio de 2012, que permitía la suspensión hasta la resolución definitiva del expediente.

La interconexión tenía que restituirse a los 9 meses de la aprobación de la Resolución de 5 de junio de 2013, que ratificó la medida cautelar y no puede entenderse que la Resolución posterior del procedimiento común permitiera suspender la interconexión de esos 5 números *sine die*.

En consecuencia, desde el 19 de marzo de 2014, esto es, 9 meses después de la notificación, el 18 de junio de 2013, en el Boletín Oficial del Estado, de la Resolución de 5 de junio anterior⁴⁶, Vodafone mantiene suspendida la interconexión de sus clientes prepago con los números 11815, 11842, 11848, 11826 y 11827, sin autorización para ello, y sin estar amparado en ningún procedimiento.

Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el siguiente aspecto. Si se interpretase, como hace Vodafone, que el procedimiento común autorizó indefinidamente la suspensión, lo cierto es que tampoco ha reabierto la interconexión de 3 de estos números que han cambiado de asignatario, uno de los supuestos establecidos por la Resolución de 5 de septiembre de 2013.

3.2.3.- Tipo infractor aplicable al incumplimiento imputable a Vodafone

A priori, por la fecha de la infracción que se imputa: 19 de marzo de 2014, resultaría de aplicación la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 (32/2003, de 3 de noviembre –en adelante, LGTel de 2003), puesto que la LGTel aprobada en 2014 entró en vigor el 11 de mayo de 2014, es decir, con posterioridad a la comisión de la infracción.

La LGTel de 2003 tipifica en el artículo 53.r), como infracción muy grave, “[E]l incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.

⁴⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2013/06/18/pdfs/BOE-B-2013-23570.pdf>

El tipo infractor del artículo 53 r) de la LGTel de 2003, actualmente derogada, se correspondería en la LGTel de 2014 con el tipo específico del artículo 76.12 que califica como infracción muy grave el “*El incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas*”.

La LGTel de 2014 tipifica del mismo modo esta infracción, como muy grave, estableciendo, como la LGTel de 2003, que el límite máximo para la sanción a imponer no podrá ser inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en el caso de que no resulte posible aplicar este criterio, 20 millones de euros-.

No obstante, en la nueva LGTel se eliminan varios criterios para la determinación de la sanción que sí se contemplaban en la anterior ley y que podrían dar lugar a una sanción de cuantía superior. Los criterios eliminados permitían que el importe de la sanción fuese superior al quíntuplo del beneficio bruto, situación que no permite ahora la nueva LGTel. La antigua LGTel señalaba:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción”

Por tanto, teniendo en cuenta que el límite máximo de 20 millones de euros es igual en ambas LGTel y que la nueva LGTel establece como primer criterio el límite máximo del quíntuplo del beneficio bruto, sin que pueda ser calculada la sanción en base a otros criterios que podría dar lugar a una sanción superior a este importe, como ocurría en la LGTel de 2003, se concluye que la LGTel de 2014 es más beneficiosa para el imputado por lo que se aplicará la norma posterior de conformidad con el artículo 128.2 de la LRJPAC.

En consecuencia, cabe concluir que concurre una infracción administrativa muy grave, tipificada en el apartado 12 del artículo 76 de la LGTel de 2014, consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC (y, anteriormente, la CMT) en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, en virtud de lo constatado en los Hechos probados. Concretamente, dicha infracción sería la

consistente en el incumplimiento de la Resolución de la CMT de 5 de junio de 2013, relativa a la solicitud de Vodafone de suspender la interconexión con origen en tarjetas prepago y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados (RO 2012/502).

Finalmente, debe señalarse que, aunque Vodafone declare en la página 22 de su escrito de 11 de mayo de 2017 que únicamente concurre una infracción, esta Comisión confirma la existencia de dos infracciones muy graves: la indicada en **este apartado 3.2.3** y la especificada en el **anterior apartado 3.1.7** de la presente Resolución. Y ello porque:

- En la incoación del presente procedimiento sancionador ya fueron tenidas en cuenta las suspensiones de interconexión de los números afectados realizadas por Vodafone en el año 2012.
- Lo establecido en el acuerdo de incoación no prejuzga el resultado que pueda alcanzarse tras la instrucción del procedimiento. De modo que es posible alcanzar conclusiones jurídicas diferentes sobre los mismos hechos en la propuesta de resolución (artículo 16.3 del Reglamento del procedimiento sancionador –Real Decreto 1398/1993- y artículo 89.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-), tal como ha sucedido en el presente.
- Tal como indica la Audiencia Nacional en sentencia de 11 de mayo de 2010⁴⁷ (Fundamento de Derecho Tercero), es cierto que varias acciones pueden dar lugar a una sola infracción, pero también es posible que *“varias acciones cada una de las cuales, por separado, es constitutiva de una infracción. Hay tantas acciones y omisiones como infracciones”*, como sucede en el presente procedimiento. En este supuesto, a juicio de esta Comisión, la conducta de Vodafone supone dos infracciones diferentes, que además protegen dos bienes jurídicos distintos. Por un lado, el incumplimiento grave del deber de interoperabilidad (véase **apartado 3.1.7**) vulneró el derecho a la interconexión de los operadores afectados por la desconexión, un derecho previsto tanto en el artículo 11.2 de la anterior LGTel 2003 como en el artículo 12.2 de la vigente LGTel 2014. Y por otro, el incumplimiento de la Resolución de la CMT de 5 de junio de 2013 (el presente **apartado 3.2.3**) afectaba la auctoritas del organismo regulador, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007⁴⁸, vulnerándose el plazo máximo de suspensión de 9 meses fijado en dicha resolución.
- No resulta aplicable la figura del concurso medial de infracciones del artículo 4.4 del Reglamento Sancionador puesto que en este supuesto, la entidad infractora podría haber vulnerado el derecho a la interoperabilidad de los operadores afectados pero haber restituido

⁴⁷ Recurso número 0001501/2007 de Telefónica de España contra la Resolución de la CMT de 5 de julio de 2007 (RO 2005/1053).

⁴⁸ Recurso de casación núm. 1341/2005.

posteriormente la interconexión de los cinco números afectados por la Resolución de 5 de junio de 2013, concretamente, dentro de los 9 meses subsiguientes a la aprobación de la citada Resolución de 5 de junio de 2013, sin menoscabar la auctoritas del regulador, lo cual, sin embargo, no sucedió.

- El incumplimiento del deber de interoperabilidad afecta a 8 números, mientras que el menoscabo de la auctoritas del regulador se refiere a 5 números, por lo que no concurre identidad plena en la comisión de los hechos típicos.

3.2.4.- Naturaleza muy grave de la infracción cometida

Vodafone señala en la página 29 de su escrito de 11 de mayo de 2017 que el incumplimiento de la Resolución de 5 de junio de 2013 no puede calificarse de muy grave, puesto que con fecha 28 de abril de 2017 ha procedido a abrir las numeraciones afectadas.

Con relación a ello debe señalarse que:

- La apertura de la numeración se ha producido una vez incoado el presente procedimiento sancionador y notificada la propuesta de resolución a Vodafone, por lo que, en todo caso, estos hechos podrían ser considerados como circunstancia modificativa de la responsabilidad (atenuante) pero no como modificadora del tipo aplicable.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁴⁹, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004⁵⁰) y dolosamente quien quiere

⁴⁹ Por todas, STS de 22 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo no. 174/2002).

⁵⁰ RJ 2005/20.

realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, se imputan a Vodafone dos incumplimientos muy graves, (i) uno, el de la obligación de garantizar la interoperabilidad desde su red hacia los servicios de consulta telefónica prestados por los números 11814, 11815, 11836, 11842, 11848, 11826, 11827 y 11877, por cortarles en interconexión el 18 de noviembre de 2014, sin previo aviso y sin comunicación de los parámetros básicos que pretendía seguir, y (ii) otro, de la Resolución de 5 de junio de 2013, por no reabrir la interconexión a las numeraciones 11815, 11842, 11848, 11826 y 11827, a partir del 19 de marzo de 2014.

4.1.- En cuanto al incumplimiento de la obligación de interoperabilidad de los servicios por la suspensión de noviembre de 2014

En el punto 1 de su escrito de 5 de enero de 2017, Vodafone afirma que “no ha procedido a la reapertura de ninguno de los números 118AB cuya interconexión fue suspendida en virtud de la acción de la que trae causa el presente expediente. Ello es así debido a que ninguno de los operadores asignatarios ni la propia CNMC se lo requirieron”. A este respecto, debe tenerse en cuenta que ninguna de las operadoras afectadas por dichos cortes de la interconexión ha solicitado su apertura a esta Comisión.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, como ha quedado acreditado por la aplicación de un procedimiento interno creado por la propia operadora y así lo indica la imputada en sus escritos, se considera que Vodafone era plenamente consciente de que suspendía la interoperabilidad de la numeración afectada sin que la CNMC lo hubiese autorizado y sin que la normativa en vigor le permitiera adoptar tal medida, y sin que los operadores asignatarios afectados tuvieran conocimiento de ello, interrumpiendo la conexión de sus abonados con los números 118AB afectados.

En cuanto al elemento volitivo, ha quedado acreditado que fue voluntad de Vodafone suspender la interoperabilidad de su red con los 8 números 118AB afectados. Prueba de ello es que Vodafone presentó la notificación el 27 de noviembre de 2014 indicando a esta Comisión que iba a proceder a cortar la interconexión aun cuando ya había ejecutado la medida 9 días antes.

En consecuencia se concluye que existió intencionalidad de Vodafone en llevar a cabo la acción en que consistió la infracción, atribuible a título de dolo.

4.2.- En cuanto al incumplimiento de la Resolución de 5 de junio de 2013, por no reabrir la interconexión a las numeraciones 11815, 11842, 11848, 11826 y 11827 a partir del 19 de marzo de 2014

Como se ha indicado, en el resuelve primero d) de la Resolución de 7 de junio de 2012 se establecía expresamente que *“Esta suspensión de la interconexión se mantendrá hasta que se apruebe la resolución definitiva que ponga fin al presente expediente RO 2012/502”*. Es decir, la autorización para suspender los números 11815, 11842, 11848, 11826 y 11827 se extendía únicamente hasta el 5 de junio de 2013, fecha en que se dictó la resolución definitiva, que permitía mantener la suspensión 9 meses. Por tanto, el 19 de marzo de 2014, Vodafone debió reactivar la interconexión de sus clientes prepago con dicha numeración, sin que la CNMC ni los asignatarios de los 118AB afectados tuviesen que solicitárselo, como indica erróneamente la operadora.

De modo que Vodafone era plenamente consciente de que debía reabrir la interconexión de los 5 números suspendidos en 2012 ya que la suspensión indefinida no estaba autorizada –como se ha explicado anteriormente, así se le indicó en la Resolución de 5 de junio de 2013- y por tanto era consciente de que, de lo contrario, la conducta podría tipificarse como infracción. Sin embargo, erróneamente interpretó que una resolución posterior (la de 5 de septiembre de 2013) era de aplicación retroactiva y le avalaba para mantener la interconexión en suspenso.

En este caso se trata de un error, del todo vencible, pues, ante la duda, Vodafone debió reabrir la interconexión o consultar al órgano que había dictado la resolución, es decir, la CMT o, posteriormente, la CNMC y no a la SESIAD, como indica el operador en la página 7 de su escrito de 11 de mayo de 2017.

Como ha indicado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de julio de 1989⁵¹, *«y finalmente, por exclusión, con la calificación del error como de vencible. Lo que consecuentemente conduce a una minoración de la sanción impuesta, a la que, además también habría de llegarse por imperativo del principio de proporcionalidad»*.

No puede concluirse que Vodafone tuviese la intención de incumplir premeditadamente la Resolución de 5 de junio de 2013 al mantener suspendida indefinidamente la interconexión de los números afectados, sino que creía que su actuación quedaba amparada por la Resolución posterior de la Comisión, que permitía las suspensiones de forma indefinida. De modo que no puede afirmarse que Vodafone tuviese intención dolosa de cometer el hecho ilícito ni que concurra el elemento volitivo. Tal como ha sucedido respecto a esta infracción, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable,

⁵¹ RJ 1989, 5736.

ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

No obstante, Vodafone podía haber salido de su “error” mediante una consulta formal dirigida a esta Comisión sobre la interpretación de la Resolución de 5 de junio de 2013, cosa que no hizo el operador.

Únicamente ha efectuado, y además tardíamente, en fecha 5 de mayo de 2017, una consulta formal a la SESIAD contestada por dicho órgano el pasado 26 de junio de 2017 y aportada al presente procedimiento el día 28 de junio de 2017.

La SESIAD, como se ha dicho anteriormente, no es el órgano que dictó la Resolución de 5 de junio de 2013, debiendo haberse dirigido Vodafone a esta Comisión en su día.

Por todo ello, no puede decirse que Vodafone haya actuado según el principio de “confianza legítima”, tal y como alega en las páginas 23 a 24 de su escrito de 11 de mayo de 2017.

En consecuencia, se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Vodafone en base a los hechos que configuran el tipo infractor del artículo 76.12 de la LGTel de 2014, al no poner la diligencia debida en reabrir el 19 de marzo de 2014 la interconexión de los 5 números 118AB suspendidos.

Las anteriores conclusiones no se ven afectadas por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

QUINTO.- Determinación de la sanción aplicable

5.1.- Límites legales.

La LGTel fija unas reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones.

Así, el artículo 79.a) de la LGTel de 2014 establece los siguientes límites para las infracciones muy graves, en función de si la competencia para conocer y sancionar corresponde a la SESIAD o a la CNMC:

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros.”

Asimismo, el apartado b) del artículo 79 de la LGTel señala:

“b) Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”

5.2.- Criterios legales de graduación de las sanciones

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel de 2014 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

“a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado y su reparación.

e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.

f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.

Según el artículo 80.2 de la LGTel de 2014,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que,

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

5.3.- Criterios de graduación de las sanciones aplicables en este caso

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede aplicar en el presente caso el criterio contemplado en el artículo 81.1.c) de la LGTel como circunstancias que aconseja minorar la sanción a imponer a Vodafone:

- Beneficio nulo reportado al operador por la comisión de las infracciones imputadas.
- Cese de la actividad infractora durante la tramitación del expediente sancionador, causa alegada por Vodafone en la página 31 de su escrito de 11 de mayo de 2017.

Así, en relación con las dos conductas antijurídicas cometidas, se aprecia que concurre la circunstancia atenuante del beneficio económico directo nulo que ha reportado al infractor la comisión de los hechos infractores.

Al interrumpir la comunicación entre sus clientes y los números 118AB afectados, Vodafone dejó de percibir los ingresos que se derivarían de las posibles llamadas que realizarían sus clientes tanto prepago en el caso de la segunda infracción como todos sus clientes en el caso de la primera infracción por llamadas a los citados 8 números afectados. Con ello, puede afirmarse que la comisión de las conductas infractoras no le han reportado un beneficio económico directo a Vodafone.

Por otro lado, como ha podido comprobar esta Comisión, en mayo de 2017, 5 de los números afectados por la suspensión de 2014 eran accesibles desde la red de Vodafone. Concretamente, los números 11814, 1815, 11836, 11842 y 11877.

No obstante, con relación a la reapertura de los números, es necesario tener en cuenta que hay tres números que continúan siendo inaccesibles desde la red de Vodafone, según indica la operadora. En su escrito de alegaciones Vodafone indica que para las numeraciones 11826, 11827 y 11848 *“no se dispone de oferta de interconexión de tránsito de Telefónica ni de ningún otro operador de red para poder gestionar las llamadas hacia estos destinos, por lo que la accesibilidad de estos servicios por parte de los clientes de Vodafone no depende de esta última. Estos prestadores no se han puesto en contacto con Vodafone para solicitar interconexión directa hacia sus servicios”.*

Respecto al número 11826, asignado a Informatel Hispania, S.L., este operador planteó el 14 de junio de 2016 un conflicto frente a Telefónica por denegación de la apertura en interconexión de dicho número (CFT/DTSA/008/16), pendiente de resolver. Así que, efectivamente, el número no se encuentra abierto en la red de Telefónica, razón por la cual, Vodafone no conseguiría entregar las llamadas en el número 11826 al encontrarse Telefónica en tránsito.

En cuanto al número 11827, asignado a Laviderius, S.L., con fecha de 11 de abril de 2017, este operador planteó conflicto frente a Telefónica por denegación de apertura en su red del número 11827 sin justificación (CFT/DTSA/018/17). De modo que, efectivamente, a Vodafone le resulta imposible alcanzar este número a través de la interconexión con Telefónica.

Por último, en lo que concierne al número 11848, asignado a Ludico Business & Entertainment, S.L., no figura como disponible en la red de Telefónica y no se ha presentado ningún conflicto por este motivo. Sin perjuicio de otras medidas que se puedan adoptar, el hecho justifica que Vodafone no consiga entregar las llamadas al número 11848 al transitarlas a través de Telefónica.

- Situación económica del infractor

Se considera oportuno tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LGTel, de conformidad con el cual se tendrá en cuenta, a efectos de determinar la cuantía de las correspondientes sanciones, la situación económica del infractor.

A este respecto, para valorar la situación económica de la empresa se tienen en cuenta los ingresos obtenidos en el mercado de servicios telefónicos fijos y móviles, mercados minoristas en los que Vodafone ofrece el acceso a los servicios de consulta (Vodafone factura globalmente el servicio telefónico fijo y móvil y en esos ingresos se incluyen los relativos al servicio de consulta sobre datos de abonado).

Los ingresos del servicio telefónico móvil de Vodafone, de acuerdo con los datos que constan a la CNMCDData, han sido los siguientes en los años analizados en la presente propuesta:

2013	2014	2015
2.095,75 ⁵²	1.673,35	1.606,12

⁵² Expresados en millones de euros.

Asimismo, los datos de la operadora por los tráficos fijos ascendieron a los siguientes:

2013	2014	2015
197,84	196,27	487,03

5.4.- Cuantificación de las sanciones aplicables

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC, según el cual “*el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas*”. Por ello, ha de procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, “la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando “las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁵³.

⁵³ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995), cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

Como ya se ha indicado anteriormente, las conductas infractoras de Vodafone no le han conllevado la obtención de un beneficio económico directo, en la medida en que la suspensión de la interoperabilidad implicó para Vodafone dejar de percibir sus ingresos por las llamadas que se efectuasen a esos números. No obstante, no se ha podido determinar la existencia de otro beneficio indirecto derivado de la comisión de la infracción (por ejemplo, por evitar algún tipo de gestiones por estas interconexiones).

En consecuencia, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014, conforme al cual el límite máximo de la sanción a imponer queda fijado en 20 millones de euros.

A partir de los datos expuestos, aplicando al presente caso los criterios de graduación anteriormente mencionados, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- No se ha podido determinar la obtención de un beneficio económico directo por parte de Vodafone, como consecuencia de la comisión de las dos infracciones imputadas.
- Por ello, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Vodafone es de 20.000.000 € por cada una de las infracciones.
- La LGTel no establece un límite inferior a las sanciones a imponer, pero el artículo 131.2 de la LRJPAC establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta.
- Se imputa culpa por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel y dolo por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 76.15 de la LGTel de 2014.
- Se estima que concurren las circunstancias atenuantes del nulo beneficio económico que han reportado a Vodafone las infracciones imputadas y de cese de la conducta infractora durante la tramitación del procedimiento. No concurren otros criterios que aconsejen agravar o atenuar la sanción a Vodafone.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de ambas sanciones se tiene en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos por tráfico en el servicio telefónico obtenidos en 2013, 2014 y 2015.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividades infractoras y teniendo en cuenta los

criterios atenuantes de la sanción anteriormente señalados, así como los ingresos de la operadora –reflejo de su situación económica-, se considera que procede imponer a Vodafone las siguientes sanciones:

1. Una sanción de 300.000 euros por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 76.15 de la LGTel de 2014.
2. Una sanción de 200.000 euros por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel.

Vodafone alega en las páginas 31 a 32 de su escrito de 11 de mayo de 2017, que si se aplica análoga y proporcionalmente a este caso la reducción de la sanción que realizó la CNMC en el expediente SNC/D TSA/022/15, las sanciones en el presente procedimiento quedarían reducidas a 114.280 euros por la infracción del artículo 76.15 de la LGTel y a 85.710 euros por la infracción del artículo 76.12 de la LGTel, respectivamente.

Vodafone se refiere al expediente citado, en el que el infractor cesó, durante la tramitación del procedimiento, en una de las tres infracciones imputadas (notificación de inicio de actividad para su inscripción en el Registro de Operadores).

Por un lado, es necesario indicar que, a pesar de que tanto en el expediente mencionado por Vodafone y como en el presente procedimiento se sancionan dos infracciones de la misma gravedad (calificadas como muy graves por la LGTel), la valoración de la conducta no tiene porqué ser equivalente, por el distinto grado de afectación al mercado, a los usuarios, así como por el distinto periodo infractor, la relevancia en el mercado del operador imputado y su conocimiento de la normativa y por el resto de circunstancias que concurren en el presente caso y que han sido valoradas anteriormente en esta resolución.

Y, por otro lado, existen claras diferencias en la conducta de ambos operadores: mientras en el expediente SNC/D TSA/022/15 el operador infractor únicamente tardó dos meses en cumplir (desde el 22.09.2015, fecha notificación de la incoación del procedimiento sancionador hasta el 24.11.2015, fecha de regularización de su actividad mediante inscripción en registro), en el presente caso, han transcurrido nueve meses desde la incoación del procedimiento sancionador hasta la reapertura de los números y más de dos años desde la última desconexión efectiva.

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Vodafone España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.15 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento grave de su obligación de interoperabilidad con los números 11814, 11815, 11826, 11827, 11836, 11842, 11848 y 11877.

SEGUNDO.- Imponer a Vodafone España, S.A.U. una sanción de multa por importe de trescientos mil (300.000) euros por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directa a la entidad Vodafone España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de la CMT de 5 junio de 2013, relativa a la solicitud de Vodafone España, S.A.U. de suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en tarjetas prepago y destino a los números 118AB de servicios de consulta de abonados (RO 2012/502).

CUARTO.- Imponer a Vodafone España, S.A.U. una sanción de multa por importe de doscientos mil (200.000) euros por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.