

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR INCOADO A DIALPLAN TELECOM, S.L.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE LOS DERECHOS DE USO DEL NÚMERO CORTO 11831**SNC/DTSA/088/16/DIALPLAN 11831****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 26 de octubre 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 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información**

Con fecha 25 de abril de 2016, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI)¹, por el que da traslado de la comunicación de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en lo sucesivo, Telefónica), de 17 de febrero de 2016, de bloqueo de transmisión del tráfico al número 11831, asignado a Dialplan Telecom, S.L., sociedad unipersonal (en

¹ En virtud de la disposición final primera del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, se eliminó la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y sus funciones pasaron a integrarse a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD).

adelante, Dialplan) (folios 1 a 9 del expediente administrativo). Este número había sido asignado por Resolución de la CNMC de 19 de junio de 2013².

Esta suspensión fue llevada a cabo de conformidad con 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 (en adelante, Real Decreto 381/2015) y la Resolución aprobada por la SETSI de 10 de diciembre de 2015, por la que se autoriza la utilización de Telefónica Móviles España, S.A. y Telefónica de determinados criterios destinados a identificar tráficos no permitidos que hacen un uso indebido de la numeración y tráficos irregulares con fines fraudulentos en comunicaciones electrónicas. Al citado escrito de la SETSI se adjuntan 5 anexos.

En la documentación remitida por la SETSI, Telefónica analiza, entre otras cuestiones, el tráfico irregular detectado hacia la numeración 11831, así como el servicio prestado a través de este número, consistente en un servicio para adultos, adjuntando para ello grabaciones efectuadas por la misma entidad.

La SETSI remite dicha documentación a esta Comisión para que en el ámbito de sus competencias lleve a cabo las actuaciones que convenga oportunas y “valore la cancelación de los recursos de numeración mencionados”. Y añade que Telefónica ha solicitado dar el tratamiento de confidencialidad a la documentación que así identifica en sus escritos.

SEGUNDO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

El 24 de noviembre de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Dialplan, por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, debido a la utilización llevada a cabo del número 11831. Concretamente, el acuerdo señalaba que:

“Por todo lo anterior, esta Comisión considera que, de los hechos indicados, se desprenden indicios de mal uso del número 11831, que permiten concluir que Dialplan pudiera haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, consistente en el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración. Ello es así porque, como se analizaba en el apartado Primero anterior, a través de la numeración 118AB no pueden prestarse servicios eróticos – para adultos-, no pudiendo estos servicios ser calificados como de “facilidades que aporten un mayor valor añadido” al servicio de información telefónica sobre números de abonado –permitido por el apartado undécimo de la Orden CTE/711/2002- (...)” (folios 10 a 22).

² Expediente DT 2013/901.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 25 de noviembre de 2016 (folio 23 y 23.1). Asimismo, el 7 de diciembre de 2016 se notificó el precitado acuerdo a Dialplan, según acuse de recibo (folios 24 a 27).

TERCERO.- Inspección de 25 de noviembre de 2016

Con fecha 25 de noviembre de 2016, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, tras la correspondiente petición de la instructora (folio 28), dictó una Orden de inspección designando el personal inspector e indicando la realización de una inspección por dicho personal: *“En particular, la inspección consistirá en la comprobación del servicio prestado a través del mismo número indicado desde las dependencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la realización de llamadas telefónicas al número 11831. Asimismo, se realizarán capturas de pantalla de páginas web que contengan información relativa al 11831, en su caso.*

Por otro lado, se realizarán capturas de pantalla de la información relevante de la página web “<http://www.womanextreme.es/>” y se efectuarán llamadas telefónicas a la numeración publicitada en la misma con el fin de verificar el funcionamiento del servicio prestado a través del 11831 de conformidad con los hechos denunciados por Telefónica de España, S.A.U. el 17 de febrero de 2016” (folio 29).

El día 28 de noviembre de 2016, el Inspector llevó a cabo la inspección y procedió a levantar acta, en cumplimiento de la citada Orden (folios 30 a 49).

CUARTO.- Declaración de confidencialidad de los escritos de Telefónica

Con fecha 21 de diciembre de 2016, la instructora del expediente procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de Telefónica de 26 de febrero y 11 de marzo de 2016 (folios 50 a 54).

Asimismo, el 27 de diciembre de 2016 se notificó el precitado acuerdo a Telefónica, según acuse de recibo (folios 55 a 57).

QUINTO.- Escrito de Dialplan de 22 de diciembre de 2016 de solicitud de acceso al expediente

Con fecha 21 de diciembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Dialplan mediante el cual solicita tomar acceso del expediente (folios 58 a 69).

SEXTO.- Escrito de Dialplan de 22 de diciembre de 2016 de solicitud de ampliación de plazo

Con fecha 21 de diciembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Dialplan mediante el cual solicita una ampliación del plazo conferido para formular alegaciones (folios 70 a 81).

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad del escrito de Telefónica

Con fecha 9 de enero de 2017, la instructora del expediente procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en el escrito de Telefónica de 16 de febrero de 2016. Los datos declarados confidenciales son distintos a los considerados por Resolución de 21 de diciembre de 2016 (folios 82 a 88).

El citado escrito fue debidamente notificado a Telefónica el 16 de enero de 2017, según acuse de recibo (folio 89).

OCTAVO.- Otorgamiento de ampliación y traslado del expediente a Dialplan

Con fecha 9 de enero de 2017, la instructora comunicó a Dialplan la concesión del plazo de ampliación de plazo y le dio traslado del expediente, evacuando la solicitud de acceso al expediente, solicitados ambos en sus escritos de 22 de diciembre (folios 90 a 93).

El citado escrito fue debidamente notificado a Dialplan el 16 de enero de 2017, según acuse de recibo (folio 94).

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Dialplan

Con fecha 24 de enero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Dialplan (folios 95 a 111) efectuando las siguientes alegaciones -de forma resumida-:

“- En lo que se refiere a la insuficiencia de la actividad probatoria, no hay más que revisar la documentación que obra en el expediente, especialmente la Orden de Inspección y correlativa Acta de Inspección de fecha de 25 de noviembre de 2016, en relación con el presente expediente que se discute.

*Dichos actos administrativos, se refieren a las actuaciones llevadas a cabo por parte del regulador de telecomunicaciones, con la intención de averiguar los hechos que pudieran ser considerados como infractores de la normativa sectorial. En concreto, se citan al caso la realización de las llamadas al número **11831** realizadas por el inspector, de las cuales **en ningún momento se puede llegar a la conclusión de que mi representada ha contravenido la normativa aplicable, durante todo el***

mes de febrero de 2016 y, por tanto, considerar que se haya infringido la descentralizada y diluida normativa que regula las condiciones de uso de la numeración 118AB.

(...)

- A la vista de lo expuesto, cabe la posibilidad de pensar que el operador ha cometido una infracción, pero sin embargo, y contando con la opinión de la jurisprudencia, antes mencionada, **una única grabación no se considera que sea prueba suficiente de cargo como para aprehender que estamos ante una infracción continuada**, y llevada a cabo durante todo el mes de febrero de 2016.

- El hecho de que en caso de considerarse por el órgano la existencia de una infracción, y se imponga una sanción (lo que conllevaría un incumplimiento del principio de culpabilidad y violación de la presunción de inocencia), ésta debería ser adecuada a las circunstancias objetivas que rodean a la presunta (e inexistente) comisión de la infracción.

En conclusión de las actividades de inspección llevadas a cabo por la CNMC, no puede derivarse en ningún momento una infracción de las condiciones de uso de la numeración aplicable a los códigos equivalentes a 188AB”.

DÉCIMO.- Requerimiento de información efectuado a Dialplan

A la vista del escrito de alegaciones de 24 de enero de 2017, la instructora requirió el 8 de febrero de 2017 a Dialplan ciertas aclaraciones y la aportación de documentación (folios 112 a 114). Concretamente, se solicitó:

“1.- Señale en qué redes tiene abierta la numeración corta 11831 e indique si está conectado directamente con estas redes, o bien, mediante un operador tercero. En este caso facilite el operador que le entrega las llamadas procedentes de las redes donde tiene el número abierto.

2.- De conformidad con las grabaciones anexadas al informe de Telefónica de bloqueo del número 11831, de 17 de febrero de 2016 indíquese:

- la relación que mantiene con el titular del número geográfico 912041010, en su caso.

- la relación que mantiene con el titular de la página web women extreme, en su caso.

3.- En su escrito de alegaciones de 24 de enero de 2017 señala que “Sirva para la presente como hecho revelador de la diligencia del operador que para no incurrir en posibles sanciones por derivación de la consulta de número de abonado en un enrutamiento de la misma llamada hacia un número telefónico fijo, el operador solicitó, y así le fue concedida numeración para poder prestar este servicio de carácter adicional y que constituye una prestación accesoria de alto valor para los usuarios

llamantes”. Al respecto, aclare a que se está refiriendo e indique la numeración (o bloque asignado) al que hace referencia en su afirmación.

4.- Facilite cada una de las llamadas recibidas en el número 11831 durante los meses de enero y febrero de 2016 (indicando expresamente respecto de cada una de las llamadas: el día, duración de la llamada, número telefónico desde el que se originó la llamada hacia el 11831 y en su caso, el número hacia el que se progresa la llamada desde el número 11831). Facilite documentación acreditativa de los citados extremos como CDR's (...).

5.- Detalle los ingresos obtenidos durante los meses de enero y febrero de 2016 por la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (apórtese la correspondiente documentación acreditativa). Se solicita que esta información se remita en fichero digital preferiblemente en formato de una hoja de cálculo respecto de cada una de las llamadas.

6.- Facilite los costes asumidos durante los meses de enero y febrero de 2016 por la prestación del servicio de consulta sobre números de abonado a través del número 11831 (apórtese documentación acreditativa del citado extremo). Se solicita que esta información se remita en fichero digital preferiblemente en formato de una hoja de cálculo respecto de cada una de las llamadas.

7.- Señale atendiendo a los importes facilitados y mencionados en los apartados anteriores:

- el importe total que percibe Vd.*
- el importe que percibe el operador al cual está interconectado.*
- el importe que percibe el operador de acceso”.*

El citado requerimiento fue debidamente notificado a Dialplan, con fecha 13 de febrero de 2017, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folios 115 a 117).

Con fecha 27 de febrero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Dialplan contestando al requerimiento citado (folios 149 y 150).

DÉCIMOPRIMERO.- Requerimiento efectuado a Telefónica

La instructora del presente expediente procedió a través del escrito de 8 de febrero de 2017 a requerir a Telefónica cierta información y documentación acreditativa (folio 118), concretamente:

- “La fecha en la que efectuaron las distintas grabaciones anexas a su escrito de 17 de febrero de 2016.*
- Facilite aquellos registros de llamadas en los que un abonado haya llamado al número geográfico 912041010 y a continuación haya realizado*

una llamada al 11831 durante el mes de enero y febrero de 2016, en su caso”.

El citado escrito fue debidamente notificado a la operadora el 13 de febrero de 2017 (folios 119 a 121).

Con fecha 24 de febrero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica contestando al requerimiento (folios 142 a 148).

DÉCIMOSEGUNDO.- Solicitud de información a la Asociación de Operadores para la Portabilidad

Con fecha 8 de febrero de 2017, se requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad (en adelante, AOP) información acerca de la titularidad del número geográfico 912041010 durante el mes de febrero de 2016 (folio 122). El citado escrito fue debidamente notificado a la AOP con fecha 10 de febrero de 2017 (folios 123 a 125).

Con fecha 10 de febrero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de la AOP señalando que el número no ha cambiado de asignatario – siendo éste Vodafone Ono, S.A.U. (en adelante, Vodafone ONO) (folios 126 a 129).

DÉCIMOTERCERO.- Nuevo requerimiento efectuado a Telefónica

La instructora del presente expediente procedió a través del escrito de 6 de junio de 2017 a requerir a Telefónica cierta documentación (folios 151), concretamente:

“- Facilite aquellos registros de llamadas en los que un abonado haya llamado al número geográfico 910851780 y continuación haya realizado una llamada al 11831 durante el mes de enero y febrero de 2016, en su caso”.

El citado escrito fue debidamente notificado a Telefónica el 31 de mayo de 2017 (folios 152 a 154).

Con fecha 13 de junio de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica contestando al citado requerimiento (folios 155 a 158).

DÉCIMOCUARTO.- Declaración de confidencialidad de los escritos de Telefónica y Dialplan

Con fecha 19 de junio de 2017, se procedió a declarar confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de 24 de febrero y 13 de junio de 2017 de Telefónica y de Dialplan, de 27 de febrero de 2017 (folios 159 a 163).

El citado acto fue debidamente notificado a Dialplan el 20 de junio de 2017 (folio 166) y a Telefónica en la misma fecha (folio 169).

DECIMOQUINTO.- Propuesta de Resolución

El 10 de julio de 2017 se notifica a Dialplan la propuesta de resolución del instructor de fecha 7 de julio de 2017. En ella se propone que se declare responsable a dicho operador de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y se le imponga una sanción por importe de ocho mil (8.000) euros.

DECIMOSEXTO.- Alegaciones de Dialplan a la propuesta de resolución

Mediante escrito presentado en esta Comisión el día 23 de agosto de 2017, Dialplan efectúa alegaciones a la propuesta de resolución. En síntesis, los argumentos del operador son los siguientes:

- Actuación diligente del operador en la gestión de la numeración y falta de intencionalidad en la comisión de los hechos imputados.
- Inexistencia de reclamaciones procedentes de usuarios por un presunto mal uso de numeración asignada al operador.
- Ausencia de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del operador.
- Carácter desproporcionado de la sanción propuesta, al no tenerse en cuenta en su graduación la escasa repercusión social de los hechos imputados y la conducta del operador tendente a disminuir los efectos de la infracción.

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

Por medio de escrito de fecha 24 de agosto 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.

DECIMOOCCTAVO.- 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 y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real

Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

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:

ÚNICO.- En febrero de 2016, Dialplan prestó directamente un servicio para adultos a través del número 11831. Asimismo, desde el número 912041010 se indujo a llamar al número 11831 para la recepción de servicios para adultos, siendo usado el número geográfico citado por una empresa del mismo grupo empresarial que Dialplan (como cliente final)

Según consta de las actuaciones realizadas y concretamente, de la documentación que obra en el expediente del presente procedimiento sancionador, este hecho probado resulta principalmente del escrito de Telefónica de 17 de febrero de 2016 aportado por la SETSI el 25 de abril de 2017 y concretamente, de las grabaciones anexadas al citado escrito (folios 1 a 9) y de la inspección de 28 de noviembre de 2016 llevada a cabo por el personal inspector de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (folios 30 a 49), en cumplimiento de la Orden de inspección de fecha 25 de noviembre de 2016 (folio 29).

i. Escrito de Telefónica de 17 de febrero de 2016 y grabaciones adjuntas

El escrito de Telefónica de 17 de febrero de 2016 (folios 1 a 9), de bloqueo de transmisión del tráfico al número 11831, pone de relieve dos situaciones:

- (1) que durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2015 y 15 de febrero de 2016 se generó tráfico irregular hacia la numeración 11831 desde la red de Telefónica, lo que motivó que el día 16 de febrero de 2016 esta empresa procediera a bloquear la transmisión del tráfico al número 11831, de conformidad con el Real Decreto 381/2015.
- (2) que, el día 11 de febrero de 2016, Dialplan prestó a través del número 11831 un servicio para adultos de forma directa. Para ello, Telefónica denunció que, previamente a dirigirse al número 11831, los usuarios llamaban a ciertos números geográficos -912041010-, que constaban en algunas páginas web, desde los que se incitaba o invitaba a llamar al citado número corto 11831.

Según indica Telefónica, los usuarios llamantes del número 11831 contactan previamente con alguno de los números geográficos publicitados en distintos buscadores –a título de ejemplo se cita www.womanextreme.es. A continuación, el número llamante queda almacenado en algún tipo de base de datos –según Telefónica-, hecho que justificaría que las locuciones ofrecidas a través de la numeración 11831 varíen –en función de la llamada-. Así, tras efectuar la llamada al número 11831, éste comprobaría la numeración llamante almacenada, lo que comportaría que el titular del número corto prestase de forma directa del servicio para adultos a través del 11831, en lugar de recoger la llamada la tradicional profesional de servicio de consulta.

Para sustentar la conducta denunciada por Telefónica –de mal uso de la numeración 118AB-, éste incluye junto al informe de bloqueo de la transmisión cinco grabaciones de llamadas telefónicas efectuadas los días 10 y 11 de febrero de 2016 a los números 912041010 y 11831.

- De las tres grabaciones efectuadas al número 912041010 se constata³ como en la primera llamada, de 10 de febrero de 2016, la operadora informa: *“Bienvenido, estás accediendo al sistema de pago automático con tarjeta de Woman Extreme, servicio para mayores de 18 años. El coste del servicio será solo 1,20 euros por minuto impuestos incluidos (...) sigue las instrucciones para realizar tu compra, a continuación introduce utilizando el teclado, los 16 números de tu tarjeta te recordamos que este proceso es totalmente privado y seguro (...)”*. Se presta por tanto un servicio de contenidos para adultos, pagado con tarjeta bancaria.

Las otras dos grabaciones aportadas (también dirigidas al número 912041010) incitan a llamar a los números cortos 11841⁴ y 11831. Concretamente, por lo que respecta al presente expediente (únicamente centrado en el número, se informa, en la llamada grabada el 11 de febrero de 2016: *“Hola: ya has gastado tu llamada gratis sigue disfrutando con nosotras llamando ahora al 11831, te repito 11831, atrévete (...)”*.

En definitiva, se constatan dos respuestas diferentes en las llamadas al número geográfico. Así, en dos de las llamadas efectuadas se incita a llamar a distintos números cortos, entre los que se encuentra el 11841, para la prestación de servicios para adultos. En la otra grabación se ofrece la prestación de servicios para adultos de “Woman Extreme” a través de un sistema de pago por tarjeta. Dicha diferenciación de locución o información proporcionada se debe, según indica Telefónica,

³ Las transcripciones de las grabaciones de las llamadas efectuadas por Telefónica y aportadas al presente expediente han sido efectuadas por la instructora del presente procedimiento.

⁴ Actualmente, se está tramitando un expediente administrativo sancionador frente al titular de este número (expte. SNC/DTSA/086/16).

a la línea origen desde la que se originó la llamada al número geográfico pero no se han podido comprobar los exactos motivos de esta diferenciación de respuesta.

- En cuanto a las grabaciones efectuadas al número 11831 los días 10 y 11 de febrero de 2016, se constata como en la primera de las dos grabaciones aportadas por Telefónica, tras establecerse la comunicación, se escucha un mensaje a través del cual se presta un servicio para adultos. Concretamente, se indica *“bienvenido a Woman Extreme, servicio para mayores de 18 años. Entra de forma anónima y directa en la línea pulsando 1, pulsa 2 para grabar un mensaje de presentación que escucharán los demás usuarios, y pulsa 3 para mandar un mensaje y el 5 para hablar en privado (...)”*. Por último, aparece una voz que dice ser “Jessica” facilitando un mensaje de voz grabado.

En la segunda grabación al número 11831 –llamada realizada el 10 de febrero de 2016-, la locución informa del precio y prestador del servicio y a continuación contesta una operadora. A continuación se transcribe la llamada:

“11831 Dialplan Telecom nuestro precio desde la red fija de Telefónica por llamada es de 3,63 euros de establecimiento de llamada y 8 céntimos por segundo otras redes consultar con su operador”. A continuación, la operadora contesta *“hola buenas tardes le atiende Cristina, ¿en qué puedo ayudarle?”. A continuación, Telefónica solicita “me podría dar el número de teléfono del Triángulo de oro, por favor, de Madrid, polideportivo”*. La operadora señala *“Un momento por favor. Tome nota por favor 915714117”*.

Asimismo, Telefónica señala que la locución o información ofrecida por el número 11831 difiere según la línea origen desde la que se formula la llamada –si es de un número que llamó anteriormente al número geográfico indicado o no-.

De las grabaciones aportadas queda acreditado que a través de una llamada efectuada al número 11831 se prestan servicios para adultos directamente, mientras que en otra grabación se presta un servicio de consulta.

Por otro lado, de las grabaciones efectuadas por Telefónica al número geográfico 912041010, se deduce que la operadora incita a llamar al número 11831 o informa de la prestación de un servicio para adultos “Woman Extreme”, en función, según indica Telefónica, de la línea origen desde la que se formula la llamada.

Más aun, se observa una coincidencia en el tipo de información facilitada a través de las llamadas efectuadas a los números -11831 y 912041010-

ofreciendo servicios para adultos y citando -las locuciones obtenidas en las llamadas a ambos números- la página web Woman Extreme, a través de la cual se prestan también los servicios para adultos.

Por tanto, sí existirían pruebas de uso inadecuado de la numeración por parte de DIALPLAN, en contra de lo señalado por dicho operador en la páginas 3 y 4 de su escrito de alegaciones presentado el 23 de agosto de 2017.

ii. Inspección realizada el día 28 de noviembre de 2016

Tal y como consta del acta de inspección (folios 30 a 49) se formularon dos llamadas⁵ al número 11831 en la fecha indicada, no pudiéndose contactar en ninguna de ellas con la operadora. Concretamente, en la primera llamada efectuada por el inspector la llamada es atendida por una locución automática que señala:

«11831 de Diaplan Telecom, S.L.U. Nuestro precio desde la red fija de Telefónica es de 3 con 63 euros el establecimiento de la llamada y 3 céntimos por segundo. Impuestos incluidos. Otras redes consultar con su operador»

Tras una melodía y un tono, se escucha una locución automática que informa de la siguiente manera:

«Todos nuestros agentes están ocupados. Por favor, manténgase a la espera o llame pasados unos minutos. Gracias»

La segunda llamada efectuada al 11831 es atendida por una locución automática que informa de la siguiente manera:

«Información gratuita de Orange: El número marcado no existe. Por favor, compruébelo y marque de nuevo».

Por otro lado, el inspector formuló varias capturas de la página web www.womanextreme.es –página web a la que aluden algunas de las grabaciones aportadas por Telefónica el 17 de febrero de 2016- y en la que se publicitan tanto números geográficos -el 910851780- como de tarificación adicional a través de los cuales se prestan servicios para adultos de contenido erótico. También se informa del precio según la red desde la que se produzca la llamada, y el prestador del servicio erótico y titular de la página web, Call House.

A continuación, el inspector formula dos llamadas al número geográfico 910851780 publicitado en la página web. En la primera llamada se oculta la línea desde la que se realiza la llamada, saliendo la siguiente locución: *“Bienvenido estás accediendo al sistema de pago automático con tarjeta de*

⁵ Las llamadas se efectuaron desde distintas líneas origen.

Womanextreme. Servicio para mayores de 18 años. El coste del servicio será sólo de uno con veinte euros por minuto. Impuestos incluidos. Siga las instrucciones para realizar tu compra. A continuación introduce, utilizando el teclado, los dieciséis números de tu tarjeta. Te recordamos que este proceso es totalmente privado y seguro...". Se constata como esta grabación coincide con una de las grabaciones aportadas por Telefónica (folios 1 a 9).

En la segunda llamada realizada por el inspector al número 910851780 sale la siguiente locución:

«Bienvenido a línea erótica XXX. Servicio promocional sólo para mayores de 18 años. Pulsa el 3 para mandar mensajes y el 5 para hablar en privado. Podrás solicitar instrucciones siempre que lo necesites pulsando el 9».

A continuación se escucha: *«Hola, soy Jéssica buenos días. ¿Hay alguien por ahí?».* Tras un pitido, *«Te llega un mensaje de:...mi cuerpo... [no se entiende]... Para escucharlo pulsa 3 después de oír la señal».* Tras pulsar el 3, se escucha: *«Buenas que tal busco un hombre que quiera... ¿te apetece?».*
(...)

La conversación es interrumpida por una locución automática que indica lo siguiente:

«Llama ahora al 11892 y sigue disfrutando de las citas calientes sin restricciones. Te repito 11892, te están esperando».

En conclusión, en la inspección de las llamadas al 11831 no se obtiene información alguna, pues no se logra contactar con la operadora. Por otro lado, de las llamadas efectuadas al número geográfico -910851780- se constata como según la línea origen desde la que se formule la llamada, la información ofrecida es distinta. De hecho la locución de una de las grabaciones efectuadas al número 910851780 y de las efectuadas al número 912041010 -aportada por Telefónica- coinciden. Y por otro lado, se constata de la segunda llamada al número geográfico -910851780- como se induce a llamar al número 11892⁶.

Por otro lado, el inspector tras realizar una búsqueda en www.google.es y en www.bing.com del número corto y denominación "11831 Dialplan Telecom" se constata que "no se observa ninguna URL que pudiera pertenecer o anunciar a la entidad inspeccionada". Esto es, en las búsquedas realizadas no se obtiene información de la página web o publicidad de la empresa.

⁶ En la actualidad, se está tramitando el expediente sancionador SNC/DTSA/090/16.

iii. Escritos de Telefónica de 24 de febrero y 13 de junio de 2017 de Telefónica

Telefónica aporta a través de sus escritos de 24 de febrero (folios 142 a 148) y 13 de junio de 2017 (folios 155 a 158), de contestación a los requerimientos efectuados por la instructora el 8 de febrero (folio 118), y de 6 de junio de 2017 (folio 151), el registro de las llamadas efectuadas por los abonados previamente a llamar al número 11831.

Se constata que durante el mes de febrero de 2016, antes de llamar al número corto 11831, se efectuaron tres llamadas previas al número 910851780 y seis al número 912041010.

iv. Información facilitada por Dialplan el 27 de febrero de 2017 y otros actos de instrucción

Dialplan en su escrito de 27 de febrero de 2017 (folios 149 a 150) señala que el dominio www.womanextreme.es está registrado bajo la titularidad de Call House, S.L. (Call House), al igual que el número geográfico 912041010, y que sendas entidades (Call House y Dialplan) forman parte del mismo grupo empresarial.

Efectivamente, tras consultar la instructora diversas bases de datos se constata como Call House y Dialplan forman parte del mismo grupo empresarial, concretamente comparten el mismo administrador único y el domicilio social.

Por otro lado, Dialplan adjunta como anexo número 5 en contestación al requerimiento formulado por la instructora el 8 de febrero de 2017 (folios 112 a 114), una serie de facturas relativas a los costes devengados por la actividad desarrollada por la operadora durante el periodo relativo a enero y febrero de 2016. Se deja constancia que seis de las facturas aportadas han sido emitidas por entidades que forman parte del mismo grupo empresarial: Grupo Dunn Ocio, S.L., Adriático 2000, S.L. y Call House; y todas ellas coinciden en el domicilio social y representante legal. Y como concepto se incluye entre otros, los costes “correspondientes a los servicios de publicidad prestados a Dialplan. Asimismo, Dialplan aporta varias facturas de Google por servicios adwords⁷”.

Por último, en relación a la información requerida el 8 de febrero de 2017 relativa al registro de las llamadas recibidas y las llamadas salientes efectuadas desde el número 11831 en el mes de febrero de 2016, Dialplan señala que esta información no fue facilitada por Vodafone ONO, si bien de los registros aportados se observó que durante el mes de febrero de 2016 se generaron un

⁷ Servicio prestado por Google y descrito en el link <http://www.google.es/adwords/?channel> Es un servicio gratuito. “Solo se te cobrará cuando alguien haga clic en tu anuncio para visitar tu página web o cuando alguien te llame”

total de 10736 llamadas, y un 18% tuvieron una duración superior o igual a 800 segundos (o 13 minutos).

v. Conclusión

En suma, de toda la información obtenida y analizada durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se constata que Dialplan prestó a través del número 11831 servicios para adultos, es decir un servicio distinto al de consulta telefónica sobre números de abonados, en febrero de 2016. En la inspección llevada a cabo por este organismo en noviembre de 2016 no se acredita la prestación directa de servicios para adultos desde el número 11831, por cuanto el inspector no consiguió conexión con este número⁸.

Relacionado con lo anterior, ha quedado acreditada la práctica denunciada por Telefónica consistente en inducir a los usuarios llamantes a ciertos números geográficos -912041010- a llamar al número corto 11831 en febrero de 2016.

Del registro de las llamadas aportadas por Telefónica se constata que tras efectuar llamadas a los números geográficos -912041010 y 910851780- a continuación, desde la misma línea origen se efectúan llamadas al número corto 11831.

En las grabaciones de las llamadas efectuadas a los números 11831, 912041010 y 910851780 aparece publicitada la página web woman extreme.

Tanto el número corto 11831 como los números geográficos 912041010 y 910851780 y la página web “www.womanextreme.es” pertenecen al mismo grupo empresarial.

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 procedimental aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003⁹, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”.

⁸ Si bien en una llamada a un número geográfico de la misma página web woman extreme se induce a llamar a otro número 118AB (11892).

⁹ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Entre las funciones que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones –en adelante, LGTel de 2003- otorgaba a esta Comisión se encontraba, en el artículo 48.4.b), la de *“asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine”*. Asimismo, se señalaba que *“la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados”*.

En el ejercicio de estas competencias, la CNMC asignó el 26 de diciembre de 2014, a Dialplan el número corto 11831 para la prestación de servicios de consulta telefónica sobre números de abonados. Dialplan, por consiguiente está sujeto al cumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso prevista en el artículo 59 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados).

El día 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) que derogó la LGTel de 2003.

Los artículos 19 y 69.1 de la LGTel disponen que la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en la actualidad, el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (Minetad)).

Por otro lado, el artículo 77.19 de la LGTel de 2014 tipifica como infracción grave: *“El incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”*. De conformidad con el artículo 84.1 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Minetad.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el Minetad asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y las sancionadoras relacionadas, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y el hecho probado único y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones de asignación del número 11831 a Dialplan.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en los artículos 20.2 21 y 29.2 de la Ley

CNMC y 14 (apartados 1.b y 2.b) del EOCNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia.

Por otra parte, según el artículo 29.2 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, y en cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRSP), de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de la LCNMC.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Dialplan ha incumplido las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración.

TERCERO.- Tipificación del hecho probado.

3.1.- Incumplimiento imputado a Dialplan y principio de tipicidad

El presente procedimiento sancionador se inició contra Dialplan ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel que califica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, concretamente, por utilizar el número 11831 para un fin distinto al especificado en la normativa de aplicación.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRSP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si puede concluirse que Dialplan ha incurrido en un incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de la numeración que tiene asignada, por prestar servicios para adultos, y por tanto distintos al de consulta telefónica sobre números de abonado especificado en la normativa y señalado en su solicitud de asignación.

3.2.- Obligaciones legales y reglamentarias relativas a la numeración asignada a Dialplan

El artículo 19 de la LGTel establece que, para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.

El citado artículo es desarrollado por el Reglamento de Mercados y por el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), que establece en su apartado 2.3 que *“los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan”*.

El artículo 38 del Reglamento de Mercados establece que los recursos públicos de numeración asignados deberán utilizarse de manera eficiente, con respeto a la normativa aplicable y para el fin especificado en la solicitud, salvo autorización expresa de la CNMC.

Asimismo, el artículo 59 del Reglamento de Mercados dispone que la utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:

“a) Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo.

b) Los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, salvo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [actualmente, la CNMC] autorice expresamente una modificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.

c) Los recursos asignados deberán permanecer bajo el control del titular de la asignación. No obstante, este, previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CNMC], podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido especificado en la solicitud

d) Los recursos públicos de numeración deberán utilizarse por los titulares de las asignaciones de forma eficiente y con respeto a la normativa aplicable, (...).”

En el apartado 10.4 del PNNT se definen los “números cortos” y, concretamente, dentro del tipo c) queda incluido, entre otros, el rango 118AB, atribuido para la prestación de los servicios de directorio, es decir, para la prestación de servicios de consulta o información telefónica sobre números de abonados.

Por otro lado, la Orden de servicios de consulta¹⁰ atribuye el código «118» al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de la red pública telefónica, señalando en su apartado cuarto que:

«1. El servicio de consulta telefónica sobre números de abonado consiste en la transmisión y conducción de llamadas desde los accesos a las redes públicas telefónicas hasta los correspondientes centros de atención de llamadas, así como el suministro, a los usuarios del servicio telefónico disponible al público, de información vocal y, opcionalmente de datos, relativa a los números de abonado de este servicio.»

2. Sin perjuicio de lo establecido en el punto 1 de este apartado, y con la salvaguarda de la protección de los datos personales a la que se refiere el apartado tercero, mediante el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se podrá proporcionar información sobre otros recursos identificativos de abonados de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tales como direcciones de correo electrónico o nombres de dominio. Igualmente, se podrá suministrar la información relacionada con los números de abonado que figure, o pueda figurar según la legislación vigente, en las publicaciones especializadas en la divulgación de datos comerciales». [el subrayado es nuestro]

Asimismo, el apartado undécimo de la Orden establece que “el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado podrá incorporar facilidades que aporten un mayor valor añadido al servicio”, señalando que aquellos operadores que deseen combinar estos servicios con estas facilidades, como los servicios de compleción o progresión de llamada, deberán estar habilitados para la prestación del servicio telefónico disponible al público y cumplir las condiciones establecidas en la orden.

Dicha posibilidad de progresión de llamadas queda prohibida cuando se quiera realizar hacia numeración atribuida para servicios de tarificación adicional, desde la modificación de la Orden de servicios de consulta por la Orden IET/1262/2013, de 26 de junio. Así, específicamente, el apartado undécimo *in fine* de la Orden de servicios de consulta –en su redacción modificada posteriormente- establece que:

«En la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, queda prohibido el servicio de terminación de llamadas a números que hayan sido atribuidos a la prestación de servicios de tarificación adicional.»

Por tanto, de las disposiciones anteriores se concluye: (i) en primer lugar, la normativa atribuye el número corto 118AB para la prestación del servicio de

¹⁰ 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 servicios de consulta), modificada por la Orden IET/1262/2013, de 26 de junio.

consulta sobre números de abonados y, (ii) en segundo lugar, los operadores podrán proporcionar información sobre otros recursos identificativos de los abonados –como por ejemplo, direcciones de correo electrónico, salvaguardando en todo momento la necesaria garantía de protección de datos personales- y prestar ciertas facilidades sobre estos números, como la compleción o progresión de la llamada, siempre y cuando estén habilitados para la prestación del servicio telefónico disponible al público, estando prohibida la progresión a servicios de tarificación adicional.

En ningún caso se permite que a través de las numeraciones 118AB se puedan prestar contenidos adicionales y para mayores de 18 años o adultos.

En principio, para este último tipo de contenidos se ha atribuido otro rango de numeración –de tarificación adicional-. Los servicios de tarificación adicional se definen, entre otras normas, en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero¹¹ como *“aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros (...)”* (apartado Cuarto.1 de la orden).

Asimismo, en el artículo 30 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas¹² establece que *“(...) tendrán la consideración de servicios de tarificación adicional lo que hayan sido declarados como tales por resolución de la SETSI, en razón de la existencia de una facturación superior al coste del servicio de comunicaciones electrónicas y en interés de una especial protección de los derechos de los usuarios”*.

Dichos servicios de tarificación adicional son actualmente los definidos por la Orden IET/2733/2015, de 11 de diciembre, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de tarificación adicional prestados a través de llamadas telefónicas y se establecen condiciones de uso¹³ -orden que compiló y derogó otras disposiciones anteriores-. En particular, el rango 803 está atribuido a servicios que vayan dirigidos al público mayor de edad, con contenido erótico, pornográfico o de contactos.

3.3.- Tipificación de los hechos probados

De la instrucción del expediente sancionador, como se ha señalado en el **Hecho probado único** queda acreditada la conexión existente entre la página web www.womanextreme.es y las locuciones o mensajes que aparecen en las

¹¹ De desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

¹² Aprobado por el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

¹³ El artículo 6 de la citada Orden ministerial establece que se atribuyen los códigos 803, 806 y 807 a los servicios de tarificación adicional, concretándose las distintas modalidades en el artículo 7.

llamadas efectuadas a los números 912041010, 910851780 y 11831 a través de los cuales se ha constatado que en febrero de 2016 se prestaron servicios para adultos. Por otro lado, como ya se ha mencionado en el Hecho Probado, apartado iv, ha quedado acreditado como los titulares de la numeración citada y de la página web corresponden al mismo grupo empresarial.

Por otra parte, la finalidad real pretendida con la incitación de llamar al 11831 y de la actividad llevada a cabo por las entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial, no puede ser otra que conminar al usuario a que llame a dicho número, para poderse obtenerse un beneficio con la llamada efectuada al número 11831 que tiene una retribución superior a otras numeraciones y que no tiene limitaciones de duración de la llamada¹⁴.

De la grabación aportada por Telefónica se constata como Dialplan utilizó el número 11831 para prestar servicios distintos al de consulta telefónica sobre números de abonado, servicio para el cual está atribuida la numeración corta 11831. Como se señalaba anteriormente, la Orden de servicios de consulta permite a los asignatarios de los números 118AB prestar facilidades adicionales relacionadas con el servicio de información telefónica, pero claramente no está permitido publicitar el número 118AB –a través del número geográfico 912041010-, para que llamen al 118AB para recibir otros servicios, ni prestar servicios para adultos a través de esta numeración.

Por todo ello, de los indicios apreciados y acreditados en el Hecho probado Único se concluye que Dialplan, a través del 11831, prestó, en febrero de 2016, servicios para adultos, servicios distintos al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y no permitidos por la regulación. Relacionado con lo anterior, queda acreditado como, durante el mismo mes, a través de un número geográfico usado por una de las entidades del mismo grupo empresarial que Dialplan, incitó a llamar al número 11831 para la recepción de servicios para adultos. Por último, ha quedado constatado, en la información de los tráficos aportados por Telefónica, que determinados usuarios llamaron durante el mes de febrero de 2016 a los dos números geográficos y a continuación al 11831. Con esta conducta se han incumplido las condiciones establecidas en la Orden de servicios de consulta para esta numeración, contrariando lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de Mercados.

En consecuencia, en aplicación del artículo 26.1 de la LRSP, cabe concluir que Dialplan ha incurrido en una infracción administrativa grave, tipificada en el apartado 19) del artículo 77 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del número 11831.

¹⁴ Ver a este respecto el informe de supervisión del mercado de servicios de información telefónica sobre números de abonado y se realizan propuestas de medidas regulatorias (INF/CNMC/017/16/SUPERVISIÓN MERCADO 118AB) de 20 de diciembre de 2016 por el que se emite informe

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁵, 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 28 LRSP, 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.*”

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de derechos de uso de la numeración, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere 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 imputa a Dialplan una conducta dolosa, consistente en el incumplimiento del artículo 59 del Reglamento de Mercados, al prestar a través de su número corto 11831 servicios para adultos y no permitidos por la normativa aplicable al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Los hechos acreditados a lo largo del procedimiento ponen de manifiesto la existencia de una clara intencionalidad, atribuible a título de dolo, por parte de Dialplan como operador prestador del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, es plenamente conocedor de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación, y la relevancia que tiene que los citados servicios se presten de conformidad con las normas establecidas para garantizar la prestación correcta de los servicios a los usuarios finales y, en

¹⁵ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

definitiva, la protección de sus derechos.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

Por todo lo anterior, cabe rechazar las alegaciones de DIALPLAN vertidas en las páginas 2 a 3 de su escrito presentado el día 23 de agosto de 2017, en las que declaraba haber actuado con la debida diligencia.

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 79.1.c) de la LGTel establece los siguientes límites para las infracciones graves, en función de si la competencia para conocer y sancionar corresponde al Minetad o a la CNMC:

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

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

5.2.- Criterios de graduación

En este epígrafe se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRSP.

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,

“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 29.3 de la LRSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) 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 en vía administrativa.*

5.3.- Criterios de graduación de la sanción aplicables en este caso

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede aplicar en el presente caso el criterio de graduación de la sanción relativo al daño causado, para atenuar la sanción a imponer.

Así, la conducta principal imputada en el presente expediente se ha llevado a cabo en febrero de 2016, es decir en un breve período de tiempo, sin que se hayan advertido indicios de continuación de la misma conducta posteriormente (al menos, de la prestación directa de servicios para adultos a través del número analizado).

Por otro lado, en atención al artículo 80.2 de la LGTel se considerará la situación económica del infractor, representada en los ingresos conocidos del operador, tanto por la presentación de cuentas anuales en registros

mercantiles¹⁶, como por los posibles ingresos obtenidos por el operador como resultado de la actividad económica de Dialplan –relacionada con la infracción cometida-, prestada durante el mes de la infracción.

5.4.- Cuantificación de la sanción

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 29.2 de la LRSP, 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 y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término 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). Y 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 disuasión¹⁷.

¹⁶ En la medida en que la empresa no ha aportado otros datos para la liquidación de la Tasa General de Operadores ante esta Comisión.

¹⁷ 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 [...].”

En el presente caso, no puede determinarse con exactitud el beneficio bruto obtenido por Dialplan como consecuencia de la comisión de su infracción, en la medida en que la infracción consiste en incumplir las condiciones asociadas a la numeración 118AB: se han prestado directamente servicios para adultos desde el número 11831, tras incitarse a través de distinta numeración geográfica a llamar a este número corto para recibir servicios para adultos.

Asimismo, como ya se ha mencionado anteriormente la página web www.womanextreme.es, la numeración geográfica desde la que se induce a llamar al número corto y el número 11831 pertenecen al mismo grupo empresarial. Se desconoce el beneficio global obtenido por Dialplan la comisión de la conducta descrita, debido a la ausencia de información sobre qué ingresos realmente pueden imputarse a la actividad sancionada. De forma adicional, no puede calcularse el beneficio indirecto obtenido por la comisión de la infracción, consistente por ejemplo en el ahorro de los costes necesarios para evitar las conductas analizadas u otros beneficios inmateriales.

A continuación, se analizará la situación económica de la empresa para la cuantificación de la sanción a aplicar.

Por un lado, en fecha 14 de junio de 2017 Dialplan facilitó a esta Comisión los ingresos brutos de explotación obtenidos durante los años 2014 (**[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**), 2015 (**[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**) y 2016 (**[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**), para la liquidación de la Tasa General de Operadores.

Por otro lado, según las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil (folios 170 a 211) relativas al ejercicio 2015 (no se han aportado las cuentas del ejercicio de 2016), la cifra de negocio anual de la empresa en ese ejercicio ascendería a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**.

El artículo 80.2 de la LGTel se refiere a ingresos globales de la actividad y a la situación económica del sujeto infractor en general (esto es, su patrimonio y sus ingresos, y, caso de que sea persona física -lo que no sucede en este supuesto-, de sus cargas familiares y de sus circunstancias personales).

Por lo que, a los efectos del precepto mencionado, no sería necesario valorar los ingresos o beneficios obtenidos por la entidad los meses concretos de la infracción, como tampoco se haría estrictamente necesario -para hacer una estimación de “ingresos”, que es a lo que, en puridad, se refiere el artículo 80.2 de la LGTel- valorar sus costes.

No obstante, en aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se tiene en cuenta a continuación la situación

económica de la entidad imputada el mes de febrero de 2016, teniendo en cuenta que los ingresos obtenidos de ese mes lo son por toda la actividad .

A este respecto, obran en el expediente los ingresos y costes obtenidos por Dialplan durante los meses de enero y febrero de 2016, de forma acumulada, según los importes declarados en el escrito de contestación de Dialplan de 27 de febrero de 2017, al requerimiento efectuado por la instructora (folios 149 y 150). La empresa señala que los ingresos obtenidos en esos meses ascienden a un total de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**¹⁸ **[FIN CONFIDENCIAL]**.

Respecto a los costes, Dialplan señala en su escrito de 27 de febrero de 2017 que los costes asumidos durante los meses de enero y febrero de 2016 ascenderían a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]**. **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]**, y unos gastos que parecen elevados pero cuya relación con la actividad llevada a cabo a través del número 11831 no ha podido ser constatada, por los motivos indicados anteriormente.

Aplicando al presente caso los criterios de graduación anteriormente mencionados, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Se imputa a Dialplan la comisión de una infracción grave, a título de dolo.
- Se estima que concurre un criterio de graduación que atenúa la sanción a imponer, consistente en la naturaleza de los perjuicios causados, en atención al breve periodo acreditado de su comisión.
- El límite máximo de la sanción que se puede imponer a Dialplan es de 2.000.000 €, al no poderse determinar con exactitud el beneficio obtenido en la comisión de la infracción imputada.
- La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse el posible beneficio de dicha comisión (aunque ya se ha determinado que no es posible calcularlo con exactitud).
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos.
- Según las cuentas anuales del ejercicio 2015, Dialplan obtuvo unos ingresos de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]**. Por otra parte, en virtud de la información facilitada

¹⁸ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

por Dialplan en su escrito de 27 de febrero de 2017 (cifra declarada por la empresa e importes constatados en las facturas), los ingresos recibidos durante el mes de febrero de 2016 ascenderían a una cifra de entre **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**, datos que se utilizan únicamente como referencia de los ingresos obtenidos por la empresa como resultado de su actividad de telecomunicaciones, incurriendo también en una serie de gastos o costes por su actividad global.

En atención a todo lo anterior, considerando el principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRSP y en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta los ingresos recibidos por la actividad y los criterios de graduación de la sanción anteriormente señalados, se considera que procede imponer una sanción de **ocho mil (8.000) euros**.

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 DIALPLAN TELECOM, S.L.U. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso del número corto 11831 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

SEGUNDO.- Imponer a DIALPLAN TELECOM, S.L.U., por la anterior conducta y en aplicación del artículo 79.1.c) de la LGTel, una sanción económica por importe de ocho mil (8.000) euros.

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.