

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A. (ANTES JET MULTIMEDIA ESPAÑA, S.A.) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE LA NUMERACIÓN 902

SNC/D TSA/143/17/USO INDEBIDO 902 DIGITAL VIRGO

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 27 de septiembre de 2018

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en 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. - Expediente IFP/D TSA/422/15/DENUNCIA RETRIBUCIÓN 902

Con fecha 12 de febrero de 2015, se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la Federación de Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (Facua) por el que denunciaba a distintas empresas que ofertaban la contratación de numeración 902, proporcionándoles un beneficio económico a aquellas empresas que contratasen estos números. Entre las empresas denunciadas se encontraba la operadora Muelle Servicios Hosting, S.L. (El Muelle) –folios 58 a 139 del expediente administrativo-.

Con fecha 31 de julio de 2015, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (DTSA) requirió, a los 74 asignatarios de la numeración 902 inscritos en aquel momento en el Registro de Numeración, información dirigida a conocer las relaciones comerciales de los operadores con los denunciados, entre ellos a Jet Multimedia España, S.A. (Jet Multimedia)¹ – actualmente, Digital Virgo España, S.A.(Digital Virgo)- (folios 140 a 142).

Con fecha 31 de agosto de 2015, tuvo entrada en la CNMC un escrito de contestación de Jet Multimedia al requerimiento formulado por la DTSA, en el que se indicaba *“Que JET MULTIMEDIA solamente tiene relación comercial y contractual con una de las empresas detalladas en el expediente objeto de referencia. No obstante, informamos a la CNMC que la empresa JET MULTIMEDIA no retribuye ninguna línea 902”* (folios 499 a 517).

A la luz de la contestación de Jet Multimedia, la DTSA formuló un segundo requerimiento el 23 de diciembre de 2015 (folios 677 a 678). Con fecha 18 de marzo de 2016 tuvo entrada en la CNMC escrito de Digital Virgo, en el que señaló que *“no mantenía relación con ninguna de las entidades denunciadas y que los números 902 los explotaba en calidad de usuario final”* (folio 765).

Con fecha 3 de octubre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó *“Declarar que existen indicios suficientes para considerar que las entidades COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A.U., EAGERTECH 21, S.L.U., MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L., TELECOMING, S.A. y DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A., pueden no estar aplicando correctamente las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre y, en consecuencia, instar a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a que le eleve las propuestas de incoación de los expedientes sancionadores correspondientes”* (folios 9 a 51).

Segundo. - Incoación del presente procedimiento sancionador

El 3 de octubre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Digital Virgo (folios 1 a 8) por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración 902. Concretamente, el acuerdo señalaba que:

¹ Mediante Resolución de 14 de enero de 2004, dictada por la Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones (CMT) (RO 2003/1960), se resolvió inscribir a la entidad Mediafusión España, S.A. en el Registro de operadores. Mediante Resolución de 30 de enero de 2007, se modificó la denominación social de la empresa, pasando a ser Jet Multimedia España, S.A. (RO 2007/72). Mediante Resolución de la CMT de 16 de julio de 2013 se modificó otra vez, entre otros datos, su denominación social, pasando a ser Digital Virgo Telecom, S.L. (RO 2013/1194). Con fecha 2 de marzo de 2016, se resolvió inscribir mediante Resolución dictada por la CNMC en el Registro de operadores, el último cambio de denominación social del operador, pasando a ser Digital Virgo España, S.A. (RO/DTSA/169/16).

“Atendiendo a las actuaciones practicadas en el expediente IFP/DTSA/422/15 y de conformidad con lo establecido en el Fundamento Jurídico Material Segundo.3 del Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 3 de octubre de 2017, que puso fin a dicho expediente, esta Sala considera que existen suficientes indicios de que DIGITAL VIRGO podría haber incurrido en una conducta tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, por el posible incumplimiento de las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

En este sentido, en virtud de lo previsto en el Anexo del Plan Nacional de Numeración Telefónica (anexo del Reglamento citado), el rango 902 es una numeración de pago por el abonado llamante “sin retribución para el llamado”, habiéndose contemplado distintas cláusulas relativas a una “retribución” por el tráfico generado hacia la numeración 902, en los contratos y documentación aportados DIGITAL VIRGO en agosto de 2015.”

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al presente procedimiento de toda la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/422/15.

Mediante sendos escritos, de fecha 5 de octubre de 2017, se procedió a notificar telemáticamente el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 52 y 53) y a Digital Virgo (folios 54 a 57).

Tercero. - Solicitud de acceso al expediente y ampliación de plazo para formular alegaciones

Con fecha 23 de octubre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Digital Virgo mediante el cual solicitó tomar acceso del expediente y que se le concediese una ampliación del plazo para formular alegaciones (folios 841 a 842).

Con fecha 7 de noviembre de 2017, se comunicó a Digital Virgo la concesión del plazo de ampliación (folios 858 a 859) y se le dio traslado del expediente (folio 863). Los citados escritos fueron notificados el 8 de noviembre de 2017 (folios 862 y 866).

Cuarto. - Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 7 de noviembre de 2017, se comunicó a Digital Virgo la incorporación de cierta documentación al presente procedimiento sancionador (folios 843 a 854), concretamente copia de los escritos no confidenciales que obran en el expediente IFP/DTSA/422/15 y de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 14 de enero de 2010, que puso fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de una denuncia del Instituto Nacional de Consumo relativa al supuesto uso indebido de numeración 902 con retribución al llamado (DT 2008/1586).

El citado escrito fue notificado a Digital Virgo el 8 de noviembre de 2017 (folios 855 a 857).

Quinto. - Escrito de alegaciones de Digital Virgo

Con fecha 20 de noviembre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de alegaciones de Digital Virgo (folios 867 a 869), declarando que la actividad desarrollada por la entidad, respecto a la denuncia realizada por FACUA, *“se adecua a lo establecido en el contenido de la resolución de la CMT de 14 de enero de 2.010, (Expediente DT 2008/1586) que obra en el expediente administrativo y que damos por reproducida”*.

Sexto. - Requerimientos de información efectuados a Digital Virgo y a El Muelle

Con fecha 5 de diciembre de 2017 se emitió un requerimiento de información a Digital Virgo (folios 870 a 871), que fue notificado al operador el 11 de diciembre de 2017 (folio 874).

Con fecha 13 de diciembre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación al requerimiento (folios 911 y 912).

Asimismo, con fecha el 5 de diciembre de 2017 se emitió un requerimiento de información dirigido a El Muelle (folios 875 a 898).

El citado escrito fue notificado a Digital Virgo el 11 de diciembre de 2017 (folio 901) y a El Muelle el 27 de diciembre de 2017, tras dos intentos fallidos de notificación, según los acuses de recibo que constan en el expediente (folios 902 a 910).

El Muelle no contestó al citado requerimiento.

Séptimo. - Declaración de confidencialidad

Con fecha de 19 de febrero de 2018, se declaró la confidencialidad de determinados datos obrantes en el escrito de Digital Virgo de 13 de diciembre de 2017 (folios 913 a 916).

El citado escrito fue notificado a Digital Virgo el 20 de febrero de 2018 (folio 919).

Octavo. - Segundo requerimiento de información efectuado a Digital Virgo

Con fecha 20 de febrero de 2018 se emitió un segundo requerimiento de información a Digital Virgo relativo a ciertas aclaraciones y la aportación de documentación (folios 920 a 922), que fue notificado al operador el 21 de febrero de 2018 (folio 927).

Con fecha 2 de marzo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación al requerimiento (folios 960 a 964).

Noveno. - Reiteración del requerimiento de información formulado a El Muelle

A través del escrito de 20 de febrero de 2018, se reiteró a El Muelle el requerimiento de información de 5 de diciembre de 2017, así como la solicitud de nueva información (folios 928 a 953).

Asimismo, en el escrito se le advirtió de que la no aportación a esta Comisión de la información requerida y reiterada en virtud del presente acto, podría ser constitutiva de una infracción grave o leve, en virtud de los artículos 77.35 y 78.4 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), lo que podría dar lugar a la incoación de un expediente sancionador por este organismo.

El citado escrito fue notificado a El Muelle el 2 de marzo de 2018 (folios 958 y 959). El Muelle no contestó al requerimiento citado.

Décimo. - Solicitud de información a la Asociación de Operadores de Portabilidad de 18 de abril de 2018

Con fecha 18 de abril de 2018, la instructora solicitó información a la Asociación de Operadores de Portabilidad (AOP) relativa a las numeraciones cedidas por la entidad Digital Virgo a El Muelle (folio 965). Dicho escrito fue notificado a la AOP el 20 de abril de 2018 (folios 966 a 968).

Con fecha 24 de abril de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación a la solicitud de información (folios 974 a 979).

Decimoprimer. - Tercer requerimiento de información efectuado a Digital Virgo

Con fecha 24 de abril de 2018 se emitió un nuevo requerimiento de información dirigido a Digital Virgo (folios 969 a 970), que fue notificado a dicho operador el 25 de abril de 2018 (folios 971 a 973).

Con fecha 9 de mayo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación al requerimiento (folios 1060 a 1061).

Decimosegundo. - Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 2 de mayo de 2018, se comunicó a Digital Virgo la incorporación de cierta documentación al presente procedimiento sancionador, concretamente (i) el escrito con número de entrada 2009000002516 en el registro de la CNMC de Mediadifusión España, S.A. (Mediadifusión) –denominación social de la empresa anterior a la de Jet Multimedia (ver nota al pie 1)- perteneciente al expdte. DT

2008/1586 y (ii) copia del depósito de las cuentas anuales de Digital Virgo relativas al ejercicio 2016, en el Registro Mercantil de Madrid (folios 980 a 1056).

El citado escrito fue notificado a Digital Virgo el 4 de mayo de 2018 (folios 1057 a 1059).

Decimotercero. - Declaración de confidencialidad

Con fecha de 22 de mayo de 2018, se declaró la confidencialidad de determinados datos obrantes en los escritos de Digital Virgo de 2 de marzo de 2018, de la AOP de 20 de abril de 2018 y del escrito de incorporación de 22 de mayo de 2018 (folios 1062 a 1066).

El citado escrito fue notificado a Digital Virgo el 23 de mayo de 2018 (folios 1067 a 1069).

Decimocuarto. - Propuesta de resolución

Con fecha 27 de julio de 2018 se dictó la propuesta de resolución del presente procedimiento (folios 1100 a 1133), en la que se proponía:

PRIMERO.- Que se declare responsable directa a la entidad Digital Virgo España, S.A. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Que se imponga a Digital Virgo España, S.A., una sanción por importe de treinta y siete mil euros (37.000 €).

La propuesta de resolución fue notificada a Digital Virgo el 30 de julio de 2018 (folios 1162 y 1163).

Decimoquinto. - Solicitud de acceso al expediente

Con fecha 31 de julio de 2018, ha tenido entrada en el registro de la CNMC un escrito de Digital Virgo por el que solicita acceso al expediente administrativo, así como la suspensión del plazo para formular alegaciones hasta que no se conceda dicho acceso (folio 1167).

Por escrito de 31 de julio de 2018 se procedió a dar traslado a Digital Virgo de la documentación requerida, y se desestimó la petición de suspensión del plazo solicitada en base a lo dispuesto en artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (folio 1168).

Dicho escrito fue notificado a Digital Virgo con fecha 1 de agosto de 2018 (folio 1171).

Decimosexto. – Alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 30 de agosto de 2018, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones de Digital Virgo a la propuesta de resolución (folios 1172 a 1193), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que la propuesta de resolución es contraria a la resolución de la CMT de 14 de octubre de 2010 dictada en expediente DT/2008/1586.
- Que Digital Virgo no ha actuado como asignataria o subasignataria de la numeración, por lo que no le son aplicables las obligaciones previstas en la normativa.
- Que la sanción propuesta es arbitraria, pues no se han expuesto los criterios para su cálculo y, a diferencia de lo que se señala en la propuesta, sí han quedado acreditados los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.
- Que la infracción se encuentra prescrita, y que lo anterior implica la nulidad de los actos dictados en el procedimiento por esta Comisión.

Decimoséptimo. – Finalización de la instrucción y elevación del expediente a Secretaría de Consejo

Por medio de escrito de fecha 30 de agosto de 2018, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 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, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (folio 1197).

Decimooctavo. - 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 julio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 1198).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Jet Multimedia –denominada Digital Virgo en la actualidad- retribuyó por el uso de numeración 902 a El Muelle, en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017

Este hecho probado resulta de la información contenida en el periodo de información previa IFP/DTSA/422/15 y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

A continuación, es preciso examinar la relación contractual mantenida entre Digital Virgo y El Muelle para después analizar la comisión obtenida por El Muelle y la numeración 902 cedida por Digital Virgo a El Muelle.

1. La relación contractual mantenida entre Digital Virgo y El Muelle

Con fecha 31 de agosto de 2015, Digital Virgo, en su escrito de contestación al requerimiento efectuado por la DTSA de 31 de julio de 2015, adjuntó el contrato de 1 de enero de 2009 suscrito con la entidad El Muelle, anexando al mismo un addendum denominado “descripción de los servicios y condiciones económicas aplicadas” (folios 499 a 517).

Según el citado contrato, El Muelle -denominado también el cliente en el presente expediente- contrató con Jet Multimedia la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de la numeración 902 previamente facilitada por el operador, y que es la siguiente:

“902024911, 902052095, 902367462, 902636365, 902876885, 902877632, 902881133, 902881577, 902882070, 902882319, 902889946, 902889947, 902898835, 902898895, 902999273, 902024911, 902052095 y 902367462”.

Consultado el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas (Registro de operadores) se constata que Digital Virgo está inscrito, entre otros servicios, como revendedor del servicio telefónico fijo en acceso indirecto, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 23 de diciembre de 2004 (RO 2004/1910) y como prestador del servicio telefónico fijo, en virtud de la Resolución del Secretario de la CMT de 7 de julio de 2005 (RO 2005/1017). Por otro lado, se constata que El Muelle no consta inscrito en el Registro de Operadores.

[CONFIDENCIAL]

Así, y a diferencia de lo que señala Digital Virgo en sus alegaciones, no es controvertido el hecho de que el objeto de dicho contrato sea la prestación de una serie de servicios.

En cuanto a los pagos que median entre el operador Jet Multimedia y el cliente, sólo se prevé una comisión para El Muelle en el cuerpo principal del contrato, si bien las cláusulas B), C) y D) del addendum recogen y detallan las condiciones económicas que percibirán ambas entidades.

[CONFIDENCIAL]

2. La comisión obtenida por El Muelle

A la luz del contrato aportado, mediante el requerimiento formulado el 5 de diciembre de 2017 a Digital Virgo (folios 870 y 871), se solicitaron ciertas aclaraciones y la aportación de documentación acreditativa relativa a los servicios activos a El Muelle y los ingresos obtenidos por éste en concepto de comisión.

Con fecha 13 de diciembre de 2017, Digital Virgo facilitó los datos de tráfico e ingresos brutos obtenidos por el Muelle en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017, si bien no acompañó soporte documental alguno (folios 911 y 912).

Concretamente, Digital Virgo señaló que El Muelle, durante el año 2015, gestionó **[CONFIDENCIAL]**.

Ante la falta de documentación acreditativa que apoyase dicha información, se formuló un nuevo requerimiento el 20 de febrero de 2018 (folios 928 a 953). En su contestación de 2 de marzo de 2018, Digital Virgo adjuntó una copia del documento denominado “backoffice” que contiene las fechas, el número de llamadas efectuadas y de minutos y los ingresos brutos generados hacia la numeración 902 (folios 960 a 964). Dicha información coincide en parte con la información indicada en su escrito de 13 de diciembre de 2017. No obstante, no aclara la información relativa a los ingresos brutos percibidos por los servicios detallados (folios 911 y 912).

Asimismo, Digital Virgo justifica que la no aportación de las facturas se debe a que no se ha generado tráfico hacia la numeración 902 y, por ende, no se cumplen las condiciones mínimas previstas en el contrato para emitir las facturas.

Las condiciones relativas a la facturación se recogen en la cláusula F), que describe el modo de facturación de la comisión por gestión comercial entre sendas entidades, no contemplándose ninguna excepción que justifique dicha omisión de facturación.

Por consiguiente, y en contra de lo alegado por Digital Virgo, de la información anterior se constata que, en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017, se generó tráfico hacia la numeración cedida 902 a El Muelle y, en virtud de este tráfico, El Muelle obtuvo al menos unos ingresos cuyo importe total ascendió a **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, no se aporta soporte documental suficiente (facturas o extractos de cuentas mensuales) y no se ha aclarado, a pesar de haber sido requerido, si dichos importes incluyen todos los servicios contratados a los que alude de forma específica –los 13 servicios

anteriores-, o si hay más tráficos no tenidos en cuenta, pues se cedieron 18 números 902.

3. Sobre la numeración 902 cedida por Digital Virgo a El Muelle

Tal y como ha señalado Digital Virgo en su escrito de 31 de agosto de 2015, esta entidad facilitó a El Muelle 18 números² del rango 902 en virtud del contrato suscrito el 1 de enero de 2009 (folios 499 a 517).

Consultado el Registro de numeración, se constata que Digital Virgo tiene asignado, en virtud de la Resolución de 13 de marzo de 2006 de la CMT³, el bloque de numeración 902 600.

Asimismo, de la consulta al citado Registro de operadores, se constata que las numeraciones objeto de cesión al cliente no son del bloque de numeración asignado a Digital Virgo, sino que constan asignadas a los siguientes operadores: **[CONFIDENCIAL]**.

De dicha información aportada por la AOP también se observa que el resto de la numeración cedida a El Muelle se encontraba portada a distintos operadores, no encontrándose entre ellos Jet Multimedia. A continuación, se transcribe parte de dicha información: **[CONFIDENCIAL]**.

Por otro lado, no consta en los archivos de la CNMC la autorización de subasignaciones de numeración 902 por parte de los asignatarios, a favor de Digital Virgo.

Por consiguiente, atendiendo a la información aludida, se acredita que Digital Virgo cedió a El Muelle la numeración objeto de contrato sin tenerla asignada, subasignada, ni como operador receptor de las portabilidades.

Sin embargo, Digital Virgo, en sus alegaciones, señala que la numeración la explotaba como usuario final. Por tanto, en atención a dicha declaración y de la información obtenida durante el periodo de instrucción, Jet Multimedia habría obtenido la numeración como usuario final, es decir, contratando a nivel minorista con distintos operadores, los cuales le facilitaron dicha numeración 902, para a continuación contratar la cesión de la numeración.

En relación con lo anterior, cabe señalar que el contrato no describe qué servicios prestará El Muelle a través de la numeración facilitada por Jet Multimedia. No obstante, la cláusula tercera del citado contrato prevé que la entidad pueda ceder los números 902 a terceros, si bien no ha quedado acreditado que lo hiciera, pues El Muelle no ha contestado a ninguno de los requerimientos formulados a lo largo de la instrucción del presente procedimiento (concretamente, los efectuados los días 5 de diciembre de 2017 –notificado el

² Especificados en el apartado 1 anterior: **[CONFIDENCIAL]**.

³ DT 2006/211.

27 de diciembre de 2017) (folios 875 a 898 y 901) y 20 de febrero de 2018 – notificado el 2 de marzo de 2018- (folios 928 a 953 y 958 a 959)).

4. Conclusiones del Hecho probado Único

De toda la información obtenida y analizada durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, se constata que:

- (i) Con fecha 1 de enero de 2009, Jet Multimedia y El Muelle suscribieron un contrato, mediante el cual este último contrató una serie de servicios, entre los que se encuentra la prestación por Jet Multimedia (actualmente Digital Virgo) de servicios de enrutamiento avanzados de llamadas de voz, entre otros, a través de los códigos de acceso 902 facilitados por el operador.
- (ii) Digital Virgo lista en su escrito de 31 de agosto de 2015 (folios 499 y 517) la numeración 902 cedida a El Muelle. Tras comprobarse la titularidad de la numeración, se observa que no consta asignada, subasignada ni portada a favor de dicho operador. De hecho, en virtud de la contestación de la AOP, se constata que la numeración se encuentra en su mayoría portada hacia otros operadores distintos de los asignatarios de dicha numeración. Digital Virgo alega que dicha numeración la explotó como usuario final, por lo que Jet Multimedia podría haber obtenido la numeración contratándola como usuario final a través de distintos acuerdos minoristas con los operadores asignatarios. En cualquier caso, y en contra de lo que alega Digital Virgo, este actuó como explotador de la citada numeración, pues la puso a disposición de El Muelle, como se constata del análisis anterior.
- (iii) No ha quedado probado si El Muelle cedió a terceros la numeración 902, pues no ha contestado a los distintos requerimientos efectuados durante la instrucción de presente procedimiento, aunque dicha posibilidad se recoge en la cláusula tercera del contrato.
- (iv) La cláusula quinta del contrato prevé que Jet Multimedia percibiría una comisión por gestión comercial calculada según el volumen de tráfico generado hacia la numeración 902. El importe que será satisfecho a El Muelle se prevé en la cláusula B del addendum variando dicho concepto en función del volumen de minutos recibidos en la numeración 902, el horario en que se efectúe y la línea -fija o móvil- desde la que se origine la llamada.
- (v) Sobre dicho concepto, Digital Virgo señala que El Muelle generó unos ingresos brutos cuyo importe ascendió a un total de 120,13 euros, en el periodo comprendido entre 2015 a 2017 -ambos incluidos-. Dicha información no se ha sustentado con la aportación de las facturas, que solicitó la instrucción, pues según indicó Digital Virgo no se cumplían

las condiciones mínimas contenidas en el contrato. Dicha afirmación contraviene la cláusula F) del adendum del contrato en el que se prevé que El Muelle emita una factura por la comisión generada.

- (vi) Consultado el Registro de operadores, se constata como El Muelle no consta inscrito como operador.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento sancionador

De conformidad con el acuerdo de incoación, el objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Digital Virgo 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, concretamente, por utilizar la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

La competencia de la CNMC para intervenir en el presente procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. 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 (LCNMC), señala que corresponde a esta Comisión “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003⁴, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”. Por otro lado, el artículo 29 del mismo texto legal dispone que la CNMC ejercerá la potestad sancionadora en los términos previstos, entre otras, en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

Por un lado, según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de la LGTel, 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 – actualmente, al Ministerio de Economía y Empresa⁵.

⁴ Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

⁵ De conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (publicado en la sección I, página 58722 del Boletín Oficial del Estado de 7 de junio de 2018), la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (ahora Secretaría de Estado para el Avance Digital, según el apartado 2 por el

Por otro lado, el artículo 77.19 de la LGTel 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 de la misma ley, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio.

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

En aplicación de los preceptos citados y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para resolver sobre el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, concretamente, del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)⁶.

Por último, atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, según el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, “*para 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*”, por lo que el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

Respecto de la legislación aplicable al presente procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y la precitada LRJSP.

TERCERO. - Tipificación del hecho probado

art. único del Real Decreto 948/2018, de 24 de julio. Ref. BOE-A-2018-10518), que ejerce estas competencias, pasa a formar parte del Ministerio de Economía y Empresa.

⁶ Anexo del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

El presente procedimiento sancionador se inició contra Jet Multimedia, actual Digital Virgo, 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 la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRJSP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si de la conducta de Digital Virgo puede inferirse que ha existido un incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración 902. Con esta finalidad, se procede a examinar la normativa al respecto, para posteriormente analizar la tipificación de las prácticas desarrolladas por Digital Virgo.

3.1 Normativa aplicable

El apartado 1 del 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.

En sus apartados 6 y 9, se contienen una serie de obligaciones para los operadores que presten el servicio telefónico, que vienen desarrolladas en los artículos 30 y 31 del Reglamento de Mercados⁷:

“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

⁷ (Art. 30) *“Los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas estarán obligados a poner en práctica las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones que adopten el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre numeración, direccionamiento y denominación. En particular, los operadores estarán obligados a realizar, en los sistemas que exploten, las modificaciones necesarias para tratar y encaminar las comunicaciones de forma eficiente cuando el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio adopte decisiones que impliquen alteraciones en los planes de numeración, direccionamiento o denominación, y cuando se realicen asignaciones, atribuciones o adjudicaciones de dichos recursos públicos. El coste que ello conlleve será sufragado por cada operador”.*

(Art. 31) *“Las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional serán cursadas por los operadores en los términos que se especifiquen en el Plan nacional de numeración telefónica o en sus disposiciones de desarrollo, respetando, en particular, la posible indicación sobre precios y contenidos que, de acuerdo con los citados términos y disposiciones, esté incluida en los números o, en su caso, en los nombres correspondientes”.*

del derecho del usuario de desconexión de determinados servicios.

(...)

9. Todos los operadores y, en su caso, los fabricantes y los comerciantes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones que se adopten por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de numeración, direccionamiento y denominación”.

Por otro lado, el artículo 20 de la LGTel establece que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo los que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Por otra parte, el artículo 59 del Reglamento de Mercados establece 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 (...).”*

Así, el apartado 2.3 del Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)⁸, establece 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”.*

Concretamente, en su apéndice “Listado de las atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica”, se regula el servicio prestado a través del rango 902 como un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

Por otro lado, el término “abonado” –abonado “llamado”, en este caso- se define en el anexo II de la LGTel como *“cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponible al público para la prestación de dichos servicios”.*

En virtud de la normativa citada, los operadores asignatarios de la numeración 902 deberán cumplir con las condiciones generales de la asignación de la numeración que vienen contempladas en la norma de atribución, en el presente caso, en el PNNT anexo al Reglamento de Mercados, que señala que a través de la numeración 902 se prestará un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

3.2 Análisis de la utilización de la numeración 902 efectuada por Digital Virgo

⁸ Anexo del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

En primer lugar, de la instrucción del expediente sancionador ha quedado acreditado cómo Digital Virgo, operador inscrito para la prestación del servicio telefónico disponible al público y servicio de reventa del servicio telefónico fijo, suscribió el 1 de enero de 2009 un contrato con El Muelle, mediante el cual el operador le prestó una serie de servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, el de reencaminamiento avanzado para servicios de voz a través de ciertos códigos 902 cedidos por el operador a la entidad. Asimismo, se prevé en la cláusula quinta del contrato que el cliente pueda ceder la numeración 902 a terceros, si bien la cesión no ha quedado acreditada en el presente expediente.

Atendiendo a los términos del contrato y a la naturaleza de la relación entre ambas entidades, Digital Virgo actuó como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas, pues prestó a El Muelle distintos servicios de red inteligente. El Muelle actuó como abonado -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-.

Asimismo, de la información obtenida acerca de la titularidad de la numeración 902 cedida por Digital Virgo a El Muelle, ha quedado acreditado que esta no consta asignada, ni subasignada, ni portada hacia el mismo. El hecho de que dicho operador señalara el 18 de marzo de 2016 (folio 765) que la citada numeración la explotó como usuario final vendría a aclarar y a sustentar el motivo por el cual aparecen en la información facilitada por la AOP numerosos operadores como donantes iniciales -operadores asignatarios- y como operadores receptores de la numeración portada, distintos a Digital Virgo. Es decir, se deduce que Digital Virgo pudo haber obtenido la numeración mediante su contratación con los asignatarios de la numeración 902 a título minorista – como usuario final-.

En segundo lugar, tras la instrucción del presente procedimiento sancionador, ha quedado asimismo acreditado que, durante el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2017, Digital Virgo retribuyó a El Muelle por el tráfico generado hacia la numeración 902, a través de un pago denominado “comisión de gestión comercial”.

El concepto de retribución viene contemplado en las disposiciones que regulan los servicios de tarificación adicional. Concretamente, la Orden PRE/361/2002⁹ y la Orden IET/2733/2015 de tarificación adicional¹⁰ definen los servicios de tarificación adicional como aquellos servicios prestados que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en

⁹ Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, por la que se desarrolla, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31-7-1998, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones (Orden 361/2002).

¹⁰ 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 para su uso.

concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros. El hecho que estos servicios comporten una retribución hace que el legislador haya previsto una regulación más exigente en aras a dotar de mayor garantías o protección al usuario llamante de estos servicios.

El PNNT prohíbe expresamente toda retribución al abonado llamado de la numeración 902, diferenciándola, por tanto, de la numeración atribuida al servicio de tarificación adicional. Digital Virgo, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, señala que de la normativa no se deriva una prohibición expresa. Esta alegación debe ser rechazada. El PNNT es claro al respecto, pues de permitirse la retribución, se estaría contribuyendo a una merma en los derechos de transparencia hacia los usuarios de la numeración 902 que no gozan de las garantías ni protección a diferencia de la numeración de tarificación adicional.

Por otro lado, la prohibición contenida en el PNNT es una medida que persigue evitar el incentivo del operador de acceso a incrementar sus precios minoristas, por la necesidad de retribuir en cadena. No obstante, como ya se puso de relieve en el análisis efectuado en el acuerdo dictado por la Sala de Supervisión Regulatoria de 3 de octubre de 2017 (INF/D TSA/422/15), *“los precios hacia la numeración 902 son claramente más elevados que los de las llamadas efectuadas a numeración geográfica o móvil (como se ha señalado anteriormente, las llamadas a numeraciones 902 no están incluidas normalmente en las tarifas planas)” (...). Lo relevante, en cualquier caso, es que el sistema actual fomenta la elevación de los precios a estas llamadas y que la libertad tarifaria minorista existente también ha fomentado el aumento de la retribución en cadena”*.

En consecuencia, el hecho de que Digital Virgo haya retribuido a El Muelle por el tráfico generado hacia la numeración 902 cedida, con independencia de la justificación que permita dicha retribución, contraviene la condición de uso de la norma de atribución del rango 902.

Finalmente, Digital Virgo, como operador prestador del servicio telefónico fijo y del servicio reventa del servicio telefónico, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902, de conformidad con lo señalado en los artículos 30, 31 y 59 del Reglamento de Mercados y, por tanto, debe adecuarse a lo fijado por la norma de atribución. Concretamente, debe respetar la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que Digital Virgo tiene asignado un rango 902, por lo que debía conocer el uso que debía darse a través de dicho rango, y pese a ello incumplió lo señalado en el PNNT.

Por todo ello, ha quedado acreditado que Digital Virgo ha incurrido en una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución del rango 902.

3.3 Alegaciones de Digital Virgo

3.3.1 Sobre la resolución de la CMT de 14 de octubre de 2010

Tanto en sus alegaciones al acuerdo de incoación, como a la propuesta de resolución, Digital Virgo ha alegado la existencia de una resolución de la CMT de 14 de octubre de 2010 por la que se concluyó el archivo de una denuncia que involucraba a la entidad El Muelle por una conducta, alega Digital Virgo, “*que no ha cambiado desde entonces*”.

En efecto, la Resolución indicada (DT 2008/1586) acordó el 14 de octubre de 2010 el archivo de la denuncia formulada por el Instituto Nacional de Consumo, por la comercialización de determinadas empresas de números pertenecientes al rango 902 en diferentes páginas de Internet ofreciendo retribución a los abonados asignatarios de los números 902. En su página cuarta, aparece un resumen de las alegaciones y documentación aportada por El Muelle en dicho procedimiento y según señala la citada Resolución [**CONFIDENCIAL**].

De la información aportada por Mediafusión en el expediente DT 2008/1586 –ver nota al pie 1 y Antecedente Decimosegundo¹¹–, relativa al contrato suscrito con uno de sus clientes el 1 de junio de 2005 (lo aportaba como modelo de sus contratos), se observa que Mediafusión cedía numeración para prestar el servicio de red inteligente a uno de sus clientes. Concretamente, en la cláusula quinta del contrato de 1 de junio de 2005, se prevé una “remuneración” a favor de Mediafusión que percibirá por los servicios prestados y que serán abonados de la forma señalada en el adendum adjunto, documento que no consta aportado.

Por tanto, se observa una diferencia clave respecto al contrato analizado en el presente procedimiento sancionador, y es que en el anterior contrato no se preveía ningún tipo de retribución al cliente, sino que la remuneración o comisión era a la inversa –pago al operador de telecomunicaciones–, a diferencia de lo que ocurre en el contrato actualmente en vigor entre Digital Virgo y El Muelle, en el que consta una comisión en concepto de gestión comercial o tráfico generado hacia la numeración 902, a pagar al cliente. Por consiguiente, no puede afirmarse que sean contratos similares.

Por otro lado, Digital Virgo añade que la “*situación no ha cambiado desde entonces, ni existe prueba adicional alguna que pudiera representar incumplimiento de la normativa en materia de telecomunicaciones, ni de la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios*”.

¹¹ Documentación incorporada al presente procedimiento mediante escrito de 30 de abril de 2018 (folios 980 a 1056).

Dicha cuestión fue analizada en el expediente IFP/DTSA/422/15, al referirse a la Resolución de 14 de enero de 2010, señalando que:

“Sin embargo, ha habido un cambio de contexto con respecto al analizado en 2010, es decir, ha habido una bajada de ingresos de las llamadas a numeraciones fijas, desde origen fijo y móvil, especialmente motivada por la generalización de las tarifas planas, que no se ha trasladado a las llamadas dirigidas a la numeración 902 (así como se observa que estas llamadas siguen sin incluirse en las tarifas planas).

Concretamente, se observa que la evolución de decrecimiento de los precios seguidos desde origen móvil a numeración fija no ha sido trasladada a los precios de las llamadas originadas desde las distintas redes a la numeración 902. Este hecho va en contra de la previsión normativa de que los precios a las llamadas 902¹² deberían guardar relación con los de las llamadas de móvil a fijo, tal como ya se ha indicado, pues los números de red inteligente se traducen en números geográficos o móviles.”

Por consiguiente, en base a lo anterior y al cambio de contexto con respecto al analizado en la Resolución dictada por la CMT, no puede ampararse la conducta desempeñada por Digital Virgo analizada en el presente procedimiento.

Así, Digital Virgo pretende justificar su comportamiento amparándose en lo señalado en la resolución de archivo del periodo de una información previa aprobada por la CMT en el año 2010. En este sentido, se destaca lo señalado en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1999 (rec. casación 5475/1995), en relación con el principio de confianza legítima, que dispuso:

“(…) no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 40/2015, modificada por Ley 4/1999) y otra el respeto a la confianza legítima generada por

¹² En la gran mayoría de supuestos la llamada finaliza en un número geográfico.

actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa".

Por tanto, el archivo de un periodo de información -DT 2008/1585- en el cual se analizaron unos hechos concretos y anteriores a los examinados a través del presente procedimiento, no puede prevalecer sobre lo señalado en la norma, cuando la misma prohíbe expresamente la retribución al abonado llamado de la numeración 902 y cuyo incumplimiento se encuentra regulado en el artículo 77.19 de la LGTel, a lo que hay que añadir el cambio de contexto y la evolución del mercado analizados en el acuerdo de este organismo citado, de octubre de 2017.

3.3.2 Sobre la aplicación del tipo infractor

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Digital Virgo sostiene que existe un error de tipo por cuanto Digital Virgo no fue asignatario o subasignatario de la numeración.

Si bien es cierto, como se ha señalado en el apartado Hechos Probados, que la numeración no consta asignada, subasignada, ni portada a favor de Digital Virgo, esta entidad actuó como explotador de la citada numeración. Y ello porque, en virtud de lo previsto en el contrato suscrito con El Muelle, Digital Virgo actuó como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas pues prestó a El Muelle distintos servicios de red inteligente. Digital Virgo actuó así como legítimo titular de la citada numeración pues la puso a disposición de El Muelle, como operador de comunicaciones electrónicas. En consecuencia, le es de plena aplicación el tipo infractor contenido en el artículo 77.19 de la LGTel.

3.3.3 Sobre la prescripción de la infracción

Digital Virgo, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, alega la prescripción de la infracción. En este sentido, el artículo 83 de la LGTel señala que las infracciones graves prescriben a los dos años, y añade que *“El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador.”*. Asimismo, la ley dispone que *“En el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquella en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume.”*

Como se desprende de las conclusiones del Hecho probado único, la conducta infractora de Digital Virgo se llevó a cabo en el periodo comprendido entre enero de 2015 a diciembre de 2017. Por otra parte, el expediente sancionador se inició con fecha 3 de octubre de 2017. Es evidente, de este modo, que esta Comisión

actuó en ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los plazos previstos por la ley, en particular, dentro del plazo de los dos años que regula el artículo 83 de la LGTel, por lo que la alegación de Digital Virgo debe ser rechazada.

La desestimación de las anteriores alegaciones lleva asimismo a desestimar la alegación de Digital Virgo relativa a la nulidad y anulabilidad de los actos dictados por esta Comisión a lo largo del procedimiento, pues las actuaciones realizadas son conforme a derecho.

CUARTO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹³, 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.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración establece, en el artículo 28 de la LRJSP, que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”* Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia, de tal manera que, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Lo anterior lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

De este modo, 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 de 22 de noviembre de 2004¹⁴) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

¹³ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

¹⁴ RJ 2005/20.

En el presente caso, se imputa a Digital Virgo una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En el presente supuesto, el tipo de infracción contenido en el artículo 77.19 de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no explotar la numeración contratada como operador de acuerdo con la norma.

En este sentido, no se ha podido demostrar que la conducta de Digital Virgo haya sido realizada con intención deliberada de incumplir la normativa.

En conclusión, se imputa a Digital Virgo la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto en el Hecho Probado y la determinación de la tipicidad de la citada conducta. La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

QUINTO. - Sobre la sanción aplicable

5.1 Límite de la sanción

La conducta antijurídica cometida por Digital Virgo consiste en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los recursos de numeración de tarifas especiales 902 -tipo contenido en el artículo 77.19 de la LGTel-. De conformidad con el artículo 79.1.c) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

“a) 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”.

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración, mientras sea competencia de la CNMC, (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) dos millones de euros.

Aplicando la mencionada normativa al presente caso, en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio obtenido por Digital Virgo por la comisión de la infracción. Para ello, es necesario calcular los ingresos y los gastos derivados de la comisión de la infracción.

Sin embargo, en el presente caso no ha podido determinarse el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción, en la medida en que este beneficio estaría relacionado con el volumen de ingresos obtenido en el ejercicio de su actividad específicamente de El Muelle, gracias en parte a las retribuciones pagadas –por el hecho de conseguir un mayor número de clientes 902 abonados o un mayor tráfico, al ser más atractivo que otros competidores-, y falta información a este respecto en el expediente.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Digital Virgo señala que sí ha quedado acreditado el beneficio bruto derivado de la comisión de la infracción. Sin embargo, Digital Virgo parece confundir el beneficio derivado de la comisión de la infracción con los ingresos brutos declarados por los operadores, a los que se ha hecho referencia anteriormente. De este modo, esta alegación no puede ser aceptada, pues no se pueden identificar los ingresos totales que genera un prestador de servicios por su actividad con el beneficio que le ha reportado la realización de una conducta infractora. De lo contrario, nos encontraríamos con que el beneficio que le ha reportado a Digital Virgo la comisión de la infracción que nos ocupa representaría el 100% de los ingresos que este obtiene por su actividad, lo cual es completamente incongruente con las propias alegaciones del operador.

Por consiguiente, resulta imposible calcular el beneficio bruto obtenido por Digital Virgo como consecuencia de la comisión de la infracción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 2.000.000 de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción, hay que tener en cuenta los criterios de graduación recogidos en el artículo 80 de la LGTel y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 29 de la LRJSP respecto del principio de proporcionalidad.

5.2 Criterios de graduación de la sanción

5.2.1 Normativa aplicable a la graduación de la sanción

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 LRJSP.

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”.*

Por otro lado, 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 LRJSP 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.”*

En el presente procedimiento, se considera que concurre la continuidad y persistencia en la conducta infractora, pues esta se llevó a cabo en el periodo comprendido entre enero de 2015 a diciembre de 2017, como se desprende de las conclusiones del Hecho probado único.

De este modo, la continuidad y persistencia de la conducta, criterio de graduación recogido en el artículo 29.3 de la LRJSP, actúa como agravante la sanción que se imponga por la comisión de la infracción imputada a Digital Virgo.

5.2.2 Situación económica del infractor

En virtud del principio de proporcionalidad y en atención al citado artículo 80.2 de la LGTel, en la imposición de la sanción se ha de considerar, asimismo, la situación económica del infractor, en base a los ingresos de la operadora, sus gastos y su patrimonio.

Para valorar la situación económica de una empresa, se pueden tener en cuenta varios parámetros. Por un lado, comenzando con la información facilitada por Digital Virgo en contestación a los requerimientos que se efectuaron los días 24 y 27 de febrero de 2016 y 2017 por la CNMC, en el marco de la función estadística¹⁵, Digital Virgo obtuvo unos ingresos a nivel mayorista por los servicios de interconexión a través de la numeración 902 que ascienden a **[CONFIDENCIAL]**.

No obstante, no obran los ingresos relativos al periodo infractor y correspondiente a los ejercicios 2015 a 2017 ambos incluidos, por lo que esta cifra no puede tenerse en cuenta por no revelar realmente la situación económica de la empresa a día de hoy.

Por último, consta incorporado al presente procedimiento, mediante escrito de 22 de mayo de 2018, copia de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil relativas a los ejercicios 2015 y 2016 (no constan aportadas las del ejercicio de 2017) -folios 980 a 1044-. En el año 2015 se registraron unas pérdidas que ascendieron a 578.941 euros mientras que en el año 2016 obtuvo un beneficio que ascendió a **[CONFIDENCIAL]**.

Es necesario señalar que Digital Virgo consta inscrito en el Registro de operadores para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, operador móvil virtual prestador de servicio y almacenamiento y reenvío de mensajes. Por consiguiente, las cifras reflejan el beneficio de la empresa en relación con todas sus actividades, además de la red inteligente, pero sí revelan cuál es la situación económica más reciente.

En este sentido, en sus alegaciones a la propuesta de resolución, Digital Virgo se opone a que se computen los ingresos que obtiene por todas las actividades que realiza, que, señala, no tienen que ver con los hechos objeto del procedimiento. Sin embargo, la LGtel en su artículo 80.2 es clara: *“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.”* De esta disposición se desprenden claramente qué circunstancias se tendrán en cuenta para el cálculo de la sanción, sin requerir que las mismas tengan una relación directa con la comisión de la infracción. Asimismo, como se ha señalado anteriormente, esta Comisión tiene en cuenta que las cifras analizadas reflejan el beneficio de la empresa en relación con todas sus actividades.

5.3 Determinación de la sanción aplicable

Para determinar la cuantía de la sanción, hay que tener en cuenta el límite legal

¹⁵ En virtud de lo señalado en el artículo 5.1.h) de la LCNMC, este organismo tiene atribuida la función de realizar estudios e informes tanto en materia de competencia como sobre los diferentes sectores económicos, entre ellos del sector de Telecomunicaciones y el Audiovisual.

y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, 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*”.

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 disuasión¹⁶.

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de Digital Virgo, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

¹⁶ 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 [...].”

- Se imputa a Digital Virgo la comisión de una infracción grave, a título de culpa.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, ya que no se dispone de todos los datos y acreditaciones documentales necesarias para su cálculo exacto. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Digital Virgo es de 2.000.000 €.

La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP 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 bruto de dicha comisión.

- Se estima que concurre un criterio de graduación que ha de agravar la sanción a imponer, consistente en la continuidad y persistencia en la conducta infractora, que se llevó a cabo entre enero de 2015 y diciembre de 2017.
- 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 mayoristas a través de la numeración 902.

En atención a todo lo anterior, en base al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta el criterio de graduación de la sanción anteriormente señalado, y la situación económica, se considera que procede imponer una sanción de treinta y siete mil euros (37.000 €).

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Digital Virgo señala que la sanción que se propone es “*absolutamente arbitraria*” por cuanto no se han expuesto los criterios utilizados para alcanzar su importe. Sin embargo, esta Comisión ha argumentado de manera precisa y detallada, como se acaba de exponer, la cuantificación de la sanción, explicando los criterios utilizados para su graduación, y cumpliendo tanto con la normativa aplicable como con el principio de proporcionalidad. Por otra parte, Digital Virgo no manifiesta cuáles son los criterios que, a su parecer, debería haber aplicado esta Comisión en el cálculo de la sanción. En consecuencia, esta alegación debe ser rechazada.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a la entidad Digital Virgo España, S.A. responsable directa de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Imponer a Digital Virgo España, S.A., una sanción por importe de treinta y siete mil euros (37.000 €) 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.