

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO CONTRA XFERA MÓVILES, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/2013, SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE SUMINISTRO Y RECEPCIÓN DE LOS DATOS DE LOS ABONADOS

SNC/DTSA/103/18

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 17 de julio de 2019

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 adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Periodo de información previa IFP/DTSA/019/16 y acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

En el marco de lo dispuesto en la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados, aprobada por la Resolución de 14 de marzo de 2013 (Circular 1/2013)¹, con fecha 11 de julio de 2016, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado conjuntamente por varias entidades que prestan servicios de consulta telefónica sobre números de abonado y empresas que procesan los datos de los abonados para las anteriores entidades, por el que ponen en conocimiento de esta Comisión determinadas conductas de varios operadores, entre los que se encuentra Xfera Móviles,

¹ Publicada en el B.O.E. (núm. 99) de fecha 25 de abril de 2013.

S.A.U. (Xfera), anteriormente Más Móvil Telecom 3.0 (Más Móvil)², en relación con la puesta a disposición de los datos de sus abonados a través del Sistema de Gestión de Datos de los Abonados (SGDA), que habrían provocado un descenso paulatino de los datos disponibles para estas entidades a través del citado SGDA.

En fecha 21 de octubre de 2016, se procedió a la apertura de un período de información previa con número IFP/DTSA/019/16 (folios 39 a 41 del expediente administrativo), con el fin de analizar los hechos puestos de manifiesto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Con ese fin, en la misma fecha, esta Comisión solicitó a varios operadores determinada información relativa al cumplimiento de sus obligaciones de suministro de datos de sus abonados –a través del SGDA- para su puesta a disposición de las entidades que elaboran guías telefónicas y prestan servicios de consulta telefónica sobre números de abonado.

Tras la realización de las actuaciones previas, que incluyeron varios requerimientos de información y el informe del Administrador de Sistemas del SGDA -actualmente, la Subdirección de Sistemas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la CNMC- (folios 31 al 33), el 6 de septiembre de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Xfera (folios 1 a 32) como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel). Dicha presunta infracción consistiría en el cumplimiento defectuoso de la Circular 1/2013.

En fecha 7 y 10 de septiembre de 2018, se procedió a notificar el citado acuerdo al instructor del procedimiento sancionador (folios 13 a 14), así como a Xfera respectivamente (folios 15 a 18).

SEGUNDO.- Acceso al expediente por parte de Xfera

En fecha 24 de septiembre de 2018, Xfera solicitó el acceso a la documentación obrante en el expediente administrativo (folios 19 a 22), obteniendo acceso a la misma con fecha 10 de octubre de 2018 (folios 37 a 40).

² El día 29 de diciembre de 2017 la entidad Más Móvil notificó la fusión por absorción de dicha entidad por parte de Xfera Móviles, S.A.U. (Xfera), y en fecha 14 de marzo de 2018 se declaró extinguida su condición de operador y cancelada su inscripción en el Registro de Operadores (RO/DTSA/1238/17).

TERCERO.- Ampliación del plazo para formular alegaciones

En fecha 2 de octubre de 2018, Xfera solicitó una ampliación del plazo de un mes para presentar sus alegaciones al acuerdo de incoación (folios 23 a 27), solicitud que fue resuelta favorablemente, acordándose el día 15 de octubre de 2018 una ampliación del plazo inicialmente fijado en diez días hábiles adicionales (folios 41 a 44).

CUARTO.- Incorporación de información del expediente de información previa IFP/DTSA/019/16

Con fecha 10 de octubre de 2018, el instructor acordó incorporar al procedimiento la documentación obrante en el expediente de información previa IFP/DTSA/019/16 que había sido tomada en cuenta para la incoación del presente procedimiento a Xfera (folios 28 a 33).

QUINTO.- Escrito de alegaciones de Xfera

Con fecha 29 de octubre de 2018, Xfera presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador (folios 45 a 52).

SEXTO.- Requerimiento de información a Xfera

Tras la instrucción interna correspondiente, con fecha 6 de febrero de 2019, el instructor del presente procedimiento requirió a Xfera que aclarase la posible relación entre la falta del suministro en el SGDA de las líneas de Xfera identificadas en el expediente de información previa IFP/DTSA/019/16 y eventuales cambios en la relación contractual de Xfera con dichos abonados, incluyendo expresamente un listado de cien (100) números seleccionados de forma aleatoria.

Dicho requerimiento fue contestado por Xfera, mediante escrito de fecha 8 de marzo de 2019 (folios 69 a 76).

SÉPTIMO.- Solicitud de información al Administrador de Sistemas

Una vez analizados los datos aportados por Xfera, con fecha 4 de abril de 2019, el instructor solicitó informe al Administrador de Sistemas del SGDA respecto a los movimientos registrados en el SGDA para determinadas líneas telefónicas indicadas por Xfera a la luz de sus alegaciones en su escrito de contestación de 8 de marzo de 2019.

En respuesta a dicha petición, con fecha 8 de mayo de 2019 se recibió la información solicitada.

OCTAVO. - Solicitud de información a la Subdirección de Estadísticas y Recursos Documentales

Con fecha 25 de abril de 2019 se solicitó a la Subdirección de Estadísticas y Recursos Documentales de la CNMC información respecto a las líneas activas comunicadas por Xfera durante el año 2017.

En respuesta a dicha petición, con fecha 2 de mayo de 2019 se recibió la información solicitada.

NOVENO. - Declaración de confidencialidad de la documentación aportada por Xfera

Con fecha 10 de mayo de 2019, el instructor del expediente procedió a declarar confidenciales los documentos y archivos anexos a los escritos de Xfera de fechas 29 de octubre de 2018 y 8 de marzo de 2019 (folios 96 al 102).

DÉCIMO. - Propuesta de resolución

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 15 de mayo de 2019 (folios 103 a 129), que fue notificada a Xfera el mismo día (folios 136 a 137).

En ella se proponía declarar a Xfera responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 14 de marzo de 2013, por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados.

Además, se proponía la imposición de una sanción por importe de ciento noventa mil euros (190.000 €) por la anterior conducta.

La propuesta fue notificada a Xfera el 16 de mayo de 2019 (folios 136-138).

DÉCIMOPRIMERO. - Pago de la sanción y reconocimiento de la responsabilidad

Con fecha 18 de junio de 2019, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en el cual Xfera indicó:

“En la Propuesta de Resolución, y en virtud del artículo 85 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se establece la posibilidad de reducir el importe pecuniario de las multas como consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad por el infractor y del pago de la sanción antes de la resolución del procedimiento sancionador. Estas dos reducciones conllevarían una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesto, lo que la limitaría a 114.000 euros.

En virtud del apartado preferente, XFERA manifiesta su deseo de acogerse a las dos reducciones previstas en el artículo 85 de la LPAC, procediendo al abono del importe de la sanción con reducción (114.000€) en la cuenta corriente facilitada al efecto en la Propuesta de Resolución, renunciando asimismo al ejercicio de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.”

Asimismo, se adjuntó comprobante de pago realizado por Xfera por el importe de ciento catorce mil euros (114.000€), esto es, la cuantía de la sanción propuesta (190.000 €) minorada en un 40%, a la cuenta señalada por la CNMC (folios 148 a 159).

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

Por medio de escrito de fecha 30 de mayo de 2019, el Instructor ha remitido al 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 los artículos 88.7 89 de la LPAC (folio 147).

DÉCIMO TERCERO. - Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 160).

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

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. - Durante el año 2017 Más Móvil (actual Xfera) no realizó correctamente las cargas de ficheros de datos de abonados en el Sistema de Gestión de Datos de Abonados (SGDA) de conformidad con el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados de la Circular 1/2013

Este hecho probado se pone de manifiesto a partir de los actos de instrucción y de las alegaciones de Xfera de 29 de octubre de 2018 y 8 de marzo de 2019,

relativas a las posibles incidencias en el suministro de los datos de sus abonados a través del SGDA.

Así, en la documentación incorporada procedente del expediente IFP/DTSA/019/16 se ponía de manifiesto la disminución del volumen de datos de los abonados que determinados operadores, entre los que se encontraba Más Móvil (actual Xfera), proporcionaban a través del SGDA a los distintos tipos de entidades habilitadas para su descarga-, como se analiza a continuación.

En este sentido, con el objeto de clarificar ciertas informaciones aportadas en el marco del expediente de información previa núm. IFP/DTSA/019/16, con fecha 9 de enero de 2018, la Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC solicitó información al Administrador de Sistemas del SGDA respecto a la ausencia de los datos de determinados abonados que algunas entidades habrían detectado. (folios 676 y 677).

En respuesta a dicha petición, con fecha 17 de enero de 2018 se recibieron varios ficheros con la información solicitada, entre la que se detectó la ausencia de 2.132 líneas telefónicas de Más Móvil³ que, a fecha 31 de diciembre de 2017, ya no aparecían en el SGDA, pero que sí habían estado disponibles en la citada plataforma desde la implantación del SGDA en el año inmediatamente anterior (folios 31 a 33)

En concreto, dichas líneas fueron suministradas en el SGDA por Xfera entre el 15 de abril de 2016 y el 10 de enero de 2017, de conformidad con la información reflejada en la fecha de extracción⁴ de cada número (folio 33).

Sobre dicha cuestión, Xfera señala en sus alegaciones que la ausencia de esas líneas de Más Móvil en el SGDA respondería a una incidencia puntual ocurrida en algunos de los ficheros (en formato XML⁵) aportados al SGDA durante 2017 por su proveedor externo. Así, Xfera expone que, hasta principios de 2018, externalizaba parte del procedimiento de suministro de datos al SGDA, de forma tal que el operador –en aquel momento, Más Móvil- generaba un fichero de sus abonados en formato *.txt* que posteriormente era convertido al formato establecido en las especificaciones de la Circular 1/2013 (*.xml*) por el proveedor externo, que completaba la entrega del fichero en el SGDA.

Así, Xfera indica que ha comprobado que los ficheros entregados por ese proveedor no contendrían la totalidad de los datos de los abonados que sí

³ De las 2.132 líneas telefónicas, 1.149 corresponden a numeración fija, mientras que las 983 restantes son líneas telefónicas móviles.

⁴ De conformidad con lo dispuesto en los Anexos I y III de la Circular 1/2013, la fecha de extracción indica la fecha en la que el operador ha extraído los datos de abonado de sus sistemas de información –es decir, la fecha de registro de los datos de que se trate en sus sistemas-.

⁵ Los Anexos I a IV de la Circular 1/2013 prevén que la información de los abonados se facilite en formato XML -*Extensible Markup Language*-

figuraban en el fichero .txt remitido internamente (entre Xfera y el proveedor) y aporta copia de 48 ficheros en formato .xml que supuestamente habría entregado en el SGDA entre el 10 de enero y el 29 de diciembre de 2017. De este modo, Xfera apunta a que dicha incidencia es la que pudo motivar la ausencia de las 2.132 líneas de Más Móvil que dejaron de estar disponibles en el SGDA a 31 de diciembre de 2017.

No obstante, tras los actos de instrucción realizados en este procedimiento sancionador, se ha comprobado que dicha situación no se corresponde con lo acaecido en el SGDA:

- a) En primer lugar, a partir de las líneas que inicialmente se identificó que faltaban del SGDA (2.132), con fecha 6 de febrero de 2019 se procedió a requerir a Xfera más información sobre cien (100) líneas seleccionadas aleatoriamente⁶, con objeto de poder determinar si la ausencia del suministro de dichas líneas en el SGDA por parte de Xfera respondía a cambios –bajas- en la relación contractual de Xfera con los abonados (folios 58 a 60).

En concreto, en dicha solicitud se solicitó a Xfera que:

- *“Remita toda la documentación referente a posibles bajas de los abonados a los que pertenecen las líneas recogidas en el anexo, incluyendo en su caso, grabaciones de las solicitudes del abonado para la baja o portabilidad de esa línea (especifique la fecha de cada solicitud).”*

En respuesta a dicho requerimiento, en su escrito de 8 de marzo de 2019, Xfera señala que tanto las líneas exportadas como las dadas de baja por impago o falta de uso no llevan asociada una solicitud de baja del abonado (grabación, mail o cualquier otro medio) (folios 69 a 75), aportando:

- Una tabla Excel con el estado de las 100 líneas seleccionadas por la CNMC (folio 75).
- Copias de las grabaciones de las solicitudes de baja de los clientes para aquellas bajas de líneas sin portabilidad saliente asociada (folio 76).

Examinada la documentación anterior, se constató que la totalidad de dichos números estuvieron disponibles en el SGDA hasta mayo de 2017, momento en el que se programó una ventana extraordinaria de carga en el SGDA para que los operadores suministrasen una carga de totales con los datos de todos sus abonados, y que tuvo como efecto principal el reinicio del SGDA con los datos actualizados de los operadores que realizaron dicha carga.

⁶ Las 100 líneas han sido seleccionadas mediante un generador de números aleatorio (asumiendo máxima indeterminación en la estimación ($p=50\%$) y un nivel de confianza del 95%, el error muestral que se obtendría es del 9,8%).

No consta a esta Comisión que Más Móvil tuviese conocimiento de la existencia de la carga extraordinaria y de sus consecuencias. No obstante, tal y como refleja la información del Administrador de Sistemas del SGDA⁷, Más Móvil no efectuó ninguna carga de ficheros de datos en el SGDA en el periodo comprendido entre el 10 de enero y el 2 de octubre de 2017, por lo que no solo no realizó esa carga extraordinaria de totales-, sino que tampoco realizó con regularidad las cargas de actualizaciones (comunicando al SGDA las altas, bajas y modificaciones de sus abonados) con la periodicidad establecida en la Circular 1/2013⁸, por un periodo de casi 9 meses.

Como consecuencia de lo anterior, por una parte la información de las líneas que Más Móvil venía suministrando no incluía los datos de las altas, bajas y modificaciones de los nuevos abonados que se dieron de alta en Más Móvil durante todo el periodo indicado (folio 83)⁹ y, por otra parte, la información que había suministrado hasta enero de 2017, quedó desactualizada desde que Más Móvil interrumpió el suministro de los datos hasta el reinicio del SGDA tras la ventana extraordinaria de mayo de 2017 –y, en realidad, más tarde, en la medida en que, tras el reinicio del SGDA, Más Móvil no volvió a cargar información hasta octubre de 2017.

Más aun, las cargas posteriores realizadas a partir del 2 de octubre de 2017 y hasta el 31 de diciembre del mismo año (doce en total) se correspondieron a cargas de ficheros con errores que fueron rechazadas –en tres casos- o aceptadas solo de “forma parcial” –las otras nueve-.

Así, dentro de esas líneas desactualizadas, estarían las 2.132 que Más Móvil facilitó hasta enero de 2017, respecto de las cuales, se ha comprobado lo siguiente –el detalle se encuentra en el Anexo de la presente propuesta-:

- Doce (12)¹⁰ de las cien (100) líneas examinadas tras el requerimiento de 6 de febrero de 2019 se correspondían con solicitudes de baja de abonados de Más Móvil previas a la interrupción de las cargas de datos de sus abonados¹¹, es decir, anteriores a enero de 2017, a pesar de lo cual esas líneas seguían apareciendo en el SGDA –Xfera no comunicó las bajas en el momento de producirse-.

⁷ Conforme a lo indicado en el informe del Administrador de Sistemas del SGDA de 8 de mayo de 2019.

⁸ El apartado octavo de la Circular 1/2013 fija un plazo máximo de 10 días desde el conocimiento de la modificación del dato del abonado por parte del operador.

⁹ De conformidad con los datos mensuales del número de líneas activas de clientes que Mas Móvil comunicaba, a efectos estadísticos, a la CNMC, estas se incrementaron mes a mes **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

¹⁰ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

¹¹ De conformidad con la información aportada por Xfera, las bajas de esos abonados se produjeron entre el 22 de abril y el 19 de diciembre 2016.

De forma más concreta, tras examinar la documentación aportada por Xfera, se ha constatado que siete (7) de las bajas se corresponden con bajas por portabilidad saliente, cada una con el correspondiente número de referencia de solicitud del Nodo Central de Portabilidad. Otras cinco (3) corresponden a bajas sin portabilidad saliente (con grabación adjunta) y dos (2) a bajas por impago de las que no se adjunta solicitud de baja o grabación alguna.

- Otras trece (13)¹² líneas se habrían dado de baja dentro del periodo de 9 meses posterior durante el cual Más Móvil no comunicó ni altas, ni bajas, ni modificaciones de sus abonados en el SGDA, por lo que Más Móvil tampoco dejó constancia de las bajas mediante la correspondiente comunicación en el SGDA.

Más concretamente, y tras examinar la documentación aportada por Xfera en su escrito de 8 de marzo de 2019, se ha constatado que cuatro (4) de las bajas se corresponden con bajas por portabilidad saliente, cada una con el correspondiente número de referencia de solicitud del Nodo Central de Portabilidad. Otras siete (7) corresponden a bajas sin portabilidad saliente (todas con grabación adjunta, salvo en un único caso) y dos (2) a bajas por impago de las que no se adjunta solicitud de baja o grabación alguna.

- b) Teniendo en cuenta todo lo anterior, se ha comprobado que Más Móvil no sufrió únicamente incidencias puntuales en algunas cargas concretas derivadas del particular procedimiento que había diseñado para cumplir con el suministro de los datos de sus abonados al SGDA, incidencias que provocasen la pérdida accidental de las 2.132 líneas.

Por el contrario, se considera acreditado que dicho operador interrumpió por completo el suministro de datos al SGDA en el periodo comprendido entre el 10 de enero y el 2 de octubre del año 2017, sin que se entregasen los ficheros que Más Móvil afirma que preparaba, por lo que las posibles incidencias sobre 2.132 líneas detectadas en el expediente de información previa núm. IFP/DTSA/019/16 representan solo una mínima parte de la información que Más Móvil debía suministrar a través del SGDA y no estaba disponible en el mismo a fecha 31 de diciembre de 2017, al no haber sido incluida en ninguna de las cargas que periódicamente debió realizar durante esos meses.

Por consiguiente, más allá de la ausencia o falta de actualización de parte de esas 2.132 líneas y considerando especialmente la cantidad de abonados que Más Móvil captó entre los meses de enero a octubre de 2017 **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** en comparación con las líneas que cargó en el SGDA hasta enero de 2017 (135.133 líneas), se considera que

¹² **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

queda suficientemente acreditado que Más Móvil no suministró en el SGDA la numeración de sus abonados durante un período de 9 meses en el año 2017 (de enero a octubre). Esto es, durante dicho periodo la investigada no realizó ninguna de las cargas incrementales informando de las altas, bajas o modificaciones de líneas con la periodicidad de 10 días –como máximo– respecto al alta, baja o modificación, que se prevé en la Circular 1/2013.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO. - Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para resolver el presente procedimiento sancionador y ley 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 (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”*.

El artículo 49 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), dispone en su apartado 1, párrafo tercero, que *“el Ministerio de Industria, Energía y Turismo suministrará gratuitamente a las entidades que vayan a elaborar guías telefónicas de abonados, a las que presten el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y a las que presten los servicios de llamadas de emergencia, los datos que le faciliten los operadores, de conformidad con las condiciones que se establezcan mediante real decreto.”*

Por su parte, la disposición transitoria décima de la LGTel, titulada bajo la rúbrica *“Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*, establece que las funciones que eran competencia de esta Comisión y que, conforme a la LGTel, se atribuyen al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital –actualmente, al Ministerio de Economía y Empresa¹³, las continuará desempeñando esta Comisión hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que el citado texto legal

¹³ De conformidad con el Real Decreto 948/2018, de 24 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. 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 el Avance Digital (SEAD) que ejerce estas competencias, pasa a formar parte del Ministerio de Economía y Empresa.

atribuye al citado Ministerio, conforme a lo establecido en su disposición adicional decimoquinta.

En desarrollo de las competencias establecidas en la normativa de desarrollo de la Ley 32/2003, de 9 de noviembre, General de Telecomunicaciones¹⁴, mediante Resolución de fecha 14 de marzo de 2013, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) aprobó la Circular 1/2013, que establece el procedimiento vigente para el suministro de los datos de los abonados por parte de los operadores obligados, a las entidades habilitadas y reguló el funcionamiento del SGDA actual –dando lugar a la derogación de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, relativa al anterior SGDA-.

Por otra parte, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a la CNMC la competencia para la resolución de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial. En particular, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“La competencia sancionadora corresponderá:

[...]

2. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”

En concreto, el incumplimiento de las condiciones establecidas en la Circular 1/2013 puede ser susceptible de sanción por infracción del artículo 76.12 de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa de la CNMC dictadas en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.27 de la LGTel, se califica como una infracción grave el cumplimiento tardío o defectuoso de dichas resoluciones.

Por otra parte, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGTel, así como por la LPAC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

¹⁴ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y 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.

Según el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, habiendo sido el instructor nombrado a través del acuerdo de incoación del presente expediente.

Por último, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y en los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción contemplada en el artículo 77.27 de la LGTel, que tipifica como infracción grave *“el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.”*

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Xfera por existir indicios del posible *“cumplimiento defectuoso de la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados”*.

No obstante, de lo anteriormente considerado en el Hecho Probado Único y tras las labores de instrucción efectuadas en el presente procedimiento, se ha constatado que la conducta de Más Móvil (que se imputa a Xfera) va más allá de un simple cumplimiento tardío o defectuoso de la Circular 1/2013 constitutivo de infracción grave del artículo 77.27 LGTel. En su lugar, se concluye que la ausencia de carga de ficheros en SGDA, durante un período de 9 meses consecutivos durante el año 2017 (entre el 10 de enero y 2 de octubre de 2017), es constitutiva de una infracción muy grave, concretamente la contemplada en el artículo 76.12 de la LGTel, relativa al incumplimiento muy grave o relevante de las resoluciones de esta Comisión, señalada en el Fundamento anterior.

Por consiguiente, en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRSP, que consagra el principio de tipicidad, se analiza a continuación como, de la actuación realizada por Xfera, se infiere que ha existido un incumplimiento de la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados, aprobada por la Resolución de 14 de marzo de 2013.

1. Obligación de suministro y derecho a la obtención de los datos de los abonados

El artículo 49.1 de la LGTel establece que *“las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento.”*

Dicha previsión legal se desarrolla:

- en el artículo 68.2 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril;
- en el artículo 7 de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1999 sobre condiciones de suministro de información relevante para la prestación del servicio de atención de llamadas a través del número 112, y;
- en los apartados decimocuarto y decimoquinto de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

En síntesis, en virtud de la regulación citada, los operadores prestadores del servicio telefónico disponible al público deben suministrar a la CNMC los datos de todos sus abonados a dicho servicio, para que se puedan poner a disposición de las entidades habilitadas para servicios de emergencia, en su totalidad, y deben aportar los datos de aquellos abonados que hayan otorgado su consentimiento o no se hayan opuesto a que sus datos se utilicen en la elaboración de guías telefónicas y en la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado para su utilización en estos servicios.

En cumplimiento de lo establecido en la mencionada Orden CTE/711/2002, con fecha 14 de marzo de 2013, se aprobó la Circular 1/2013, que establece el procedimiento vigente para el suministro de los datos de los abonados por parte

de los operadores obligados a las entidades habilitadas e introduce el nuevo SGDA.

En consecuencia, los operadores obligados de conformidad con el apartado segundo de la Circular 1/2013¹⁵ deben suministrar a esta Comisión, mediante su conexión vía electrónica al SGDA, los datos de sus abonados, de acuerdo con el procedimiento técnico y las especificaciones definidas en los Anexos I y IV de la Circular 1/2013.

2. *Sobre el procedimiento de suministro de los datos de los abonados establecido en la Circular 1/2013*

La Circular 1/2013 modificó el procedimiento establecido en la anterior Circular 2/2003, introduciendo un nuevo SGDA en sustitución de la anterior plataforma de intercambio de información, con el objeto de optimizar el suministro y recepción de los datos de los abonados.

De conformidad con el plazo previsto en la disposición transitoria única de la Circular 1/2013 y modificado por la Circular 5/2014, de 30 de julio de 2014, de la CNMC, el nuevo SGDA entraría en funcionamiento a partir del día 26 de octubre de 2015.

Una vez completadas las fases de pruebas e integración para la migración al nuevo SGDA por parte de los principales operadores obligados y entidades previamente habilitadas en el anterior sistema, se procedió a la validación del SGDA y a su puesta en producción definitiva durante el mes de abril de 2016.

Tal y como se establece en el procedimiento previsto en el apartado octavo de la Circular 1/2013, los operadores obligados deben actualizar en el SGDA los datos de sus abonados en un plazo máximo de 10 días desde el conocimiento de la modificación del dato del abonado (por ejemplo, si se produce un cambio en el consentimiento del abonado para figurar o no en guías y servicios de consulta, si modifica datos de su domicilio, o si da de baja una de sus líneas telefónicas). Para cada una de las posibles circunstancias, la Circular 1/2013 establece un código para que el SGDA pueda interpretar el motivo de la modificación –y la CNMC conocer los cambios, en caso necesario-. Por el contrario, hasta que no se produzca ninguna modificación en los datos de sus abonados (altas, bajas y/o modificaciones) no será necesario el suministro de ninguna información adicional de ese abonado por parte del operador obligado.

En consecuencia, la obligación de comunicar las actualizaciones surge por la concurrencia de una o varias de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior (altas, bajas o modificaciones), de modo que en cualquiera de dichos supuestos la información obrante en el SGDA debe ser actualizada para que la

¹⁵ Los operadores que proporcionen a sus abonados números incluidos en el Plan nacional de numeración telefónica (PNNT) están obligados a facilitar a la Comisión la información sobre los datos de sus abonados.

información disponible para las entidades habilitadas a la obtención de los datos se corresponda con la situación real del abonado.

Por su parte, las entidades habilitadas a las que se refiere el apartado cuarto de la Circular 1/2013 –coincidiendo con las mencionadas en la Orden CTE/711/2002- y que hayan sido autorizadas por la CNMC para obtener los datos de los abonados, podrán acceder vía electrónica al SGDA, descargando los ficheros generados por el mismo de manera automática, atendiendo al servicio para el que estén habilitados (guías, consultas y/o emergencias, etc.) y a su ámbito territorial (fichero nacional y/o fichero(s) territorial(es)), de conformidad con lo establecido en los Anexos II, III y IV de la citada Circular.

Por último, las entidades habilitadas que acceden por primera vez al SGDA, se descargan la base de datos de todos los abonados -y que previamente han sido suministrados por los operadores a la CNMC- correspondiente al servicio que prestan y atendiendo al ámbito territorial para el cual estén autorizados. Una vez efectuada la misma, dichas entidades estarán obligadas a descargarse la información actualizada de los abonados, al menos, con una periodicidad semanal.

3. Sobre la ventana de carga extraordinaria de mayo de 2017

La nueva plataforma del SGDA derivada de la Circular 1/2013 entró en producción en abril de 2016, empezando a funcionar a través de una carga de totales inicial realizada por los operadores obligados por la Circular¹⁶. Transcurrido un año desde esa carga, se recibió la solicitud de un operador para la realización de una segunda carga de totales para volver a suministrar al sistema todos los datos de sus abonados de forma que reemplazasen toda la información suministrada anteriormente en el SGDA.

Así, en vista de que dicha carga podía mejorar la calidad de los datos de los abonados facilitados por el resto de los operadores, así como su debida actualización en el SGDA, durante la segunda quincena del mes de mayo de 2017, se abrió en el SGDA una ventana extraordinaria de carga para que todos los operadores suministrasen los datos de la totalidad de sus abonados actualizados a partir del 22 de mayo de 2017.

Dicha carga extraordinaria cumplió con los mismos criterios establecidos en los apartados 8.1 y en el Anexo I de la Circular 1/2013, para la primera vez que cada operador suministrase la totalidad de su información en el SGDA, por lo que incluyó –o debía incluir- los datos de todos sus abonados hasta esa fecha, independientemente de si esos datos habían sido facilitados previamente en actualizaciones incrementales anteriores.

¹⁶ Conforme a lo establecido en el apartado octavo de la Circular 1/2013.

En consecuencia, los datos suministrados por los operadores en esa carga extraordinaria sustituyeron a la información precedente, reiniciando y actualizando, a partir de 22 de mayo de 2017, la información disponible en el SGDA para las entidades habilitadas para su descarga.

4. *Sobre el incumplimiento por parte de Más Móvil (actual Xfera) de las obligaciones en materia de suministro y recepción de los datos de los abonados establecidas por la Circular 1/2013 y alegaciones del operador*

Como se ha analizado anteriormente, la Circular 1/2013 obliga a Xfera a facilitar a la Comisión la información sobre los datos de sus abonados, dado que dicho operador proporciona números incluidos en el PNNT a sus abonados.

Para completar el suministro de los datos, de conformidad con el apartado segundo de la Circular 1/2013, Xfera debe conectarse electrónicamente al Sistema SGDA siguiendo el procedimiento técnico y las especificaciones definidas en los Anexos I y IV de la Circular 1/2013.

En virtud de los apartados tercero y octavo de la citada Circular, Xfera (y Más Móvil en su momento) debe actualizar en el SGDA los datos de sus abonados, fijándose un plazo máximo de 10 días desde el conocimiento de la modificación del dato del abonado por parte del operador.

A tal efecto, en los Anexos I y III de la Circular 1/2013, se especifica que la información de los abonados facilitada por el operador debe incluir un campo denominado “operación” para determinar la naturaleza de la información del abonado, permitiendo distinguir entre un alta, una baja o una modificación de los datos de dicho registro. En concreto, las altas de los abonados deben informarse con el código 1, mientras que las bajas (incluyendo las derivadas de procedimientos de portabilidad) deben informarse con el código 2 en el momento en que se produce la misma¹⁷, excepto si un mismo abonado tuviese más de una línea asociada a una misma dirección y solo deseara dar de baja alguna(s) de ellas, supuesto que se trata como una modificación y se informa con el código 3 (que también se utiliza para comunicar cualquier otra modificación de los datos de los abonados).

Como se ha indicado en el Hecho Probado Único, ha quedado acreditado que, entre el 10 de enero y el 2 de octubre del año 2017, Más Móvil dejó de suministrar información de sus abonados en el SGDA, ya fuesen altas, modificaciones o bajas de sus abonados, conforme a la periodicidad establecida en la Circular 1/2013.

Por consiguiente, de las situaciones que se describen en el Hecho Probado Único, se han constatado irregularidades que van más allá de la ausencia o falta de actualización de las líneas que se identificaron en un primer momento que faltaban del SGDA, constituyendo un incumplimiento de Más Móvil del

¹⁷ En un plazo máximo de 10 de días.

procedimiento de suministro de datos establecido en la Circular 1/2013 de gran impacto, debido a la ausencia generalizada de comunicaciones de los datos de sus abonados en el SGDA durante 9 meses consecutivos a lo largo de 2017.

A este respecto, debe ponerse de relieve que, entre los meses de enero y octubre de 2017 –durante los que no suministró información de sus abonados en el SGDA¹⁸-, los datos mensuales del número de líneas activas de clientes que Más Móvil comunicaba a efectos estadísticos a la CNMC se incrementaron mes a mes **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

No obstante, a pesar de que durante ese periodo Más Móvil prácticamente duplicó el número de líneas activas de sus clientes, la ausencia de cargas de Más Móvil en el SGDA comportó que no comunicase ninguna de dichas altas en el mismo, incumpliendo con su obligación de suministro de datos de los abonados a las entidades habilitadas a través del SGDA. Ha de advertirse de la relevancia de este hecho, en la medida en que se trata de datos de números de teléfono que no constaban en el SGDA ni para guías u operadores de servicios de consulta ni para los servicios de emergencias –que en virtud de las incidencias que se produzcan, tienen que requerir en ocasiones en plazos muy breves a los operadores sobre la localización de personas llamantes desde líneas móviles o consultar el domicilio del abonado que llama desde una línea fija-.

Por otra parte, respecto de las 2.132 líneas que se percibió que habían desaparecido del SGDA en diciembre de 2017, se ha comprobado que los abonados de 13 líneas incluidas en el muestreo de 100 líneas analizado específicamente, se habían dado de baja con Más Móvil entre el 22 de abril y el 19 de diciembre de 2016, es decir, varios meses antes de que Más Móvil interrumpiese el suministro de sus ficheros –tal y como se acredita en el Hecho Probado-, sin que el operador informase de dicha circunstancia en el SGDA (la baja de la numeración del abonado) con el mencionado código 2 (o con el código 3 para modificaciones), de conformidad con el apartado Octavo de la Circular 1/2013. Asimismo, durante el periodo que va desde enero a octubre de 2017, se habrían producido las bajas de otras 12 líneas del citado muestreo que tampoco fueron comunicadas en el SGDA en el plazo de diez días previsto por el apartado octavo de la Circular 1/2013.

Para esas bajas producidas en un momento anterior, Más Móvil permitió que los abonados siguieran apareciendo en el SGDA como números vinculados a ese operador y permaneciesen desactualizados.

Y aunque no han llegado a esta Comisión indicios de problemas derivados de este último hecho, esa publicación podría no corresponder con la voluntad del abonado (si, por ejemplo, al portarse, no hubiera renovado su consentimiento a figurar en guías), o podría causar ineficiencias a las entidades habilitadas para

¹⁸ Conforme a lo indicado en el informe del Administrador de Sistemas del SGDA de 8 de mayo de 2019

servicios de emergencia, si hubieran necesitado conocer el domicilio del abonado o hacer requerimientos al operador titular de las líneas.

Respecto del resto de numeración del muestreo citado, debe indicarse que ha quedado acreditado que los abonados o bien causaron baja en Xfera durante los años 2017 y 2018 -y ya no deben ser cargados en el SGDA por ese operador-, o bien Xfera ha procedido a cargar de nuevo esos números a partir del año 2018¹⁹ -y vuelven a figurar en el SGDA, cesando la situación de ausencia anterior-.

Por otra parte, en el acuerdo de incoación del presente procedimiento se puso de manifiesto que, a fecha 31 de diciembre de 2017, Más Móvil –actualmente Xfera- no suministraba los datos de ningún abonado para la prestación de los servicios de guías telefónicas y de consulta telefónica sobre números de abonado.

A este respecto, debe recordarse la preocupación puesta de manifiesto por las entidades prestadoras de servicios de guías telefónicas o de consulta telefónica, en el descenso de datos de dichas numeraciones –para los que los abonados han dado su consentimiento a figurar en estos medios-, en especial cuando las mismas pertenecen a abonados que tienen la condición de clientes empresariales –sin dejar de resaltar que estas pérdidas también afectan a los servicios de emergencias-.

Asimismo, desde el punto de vista de los prestadores de servicios de guías y de consulta telefónica sobre números de abonados, resulta llamativo que Más Móvil no tenga abonados –incluyendo tanto los residenciales como los empresariales– interesados en que sus líneas telefónicas estén disponibles a través de estos servicios ni hayan prestado el consentimiento para su inclusión –especialmente respecto a los clientes empresariales, que en principio desearían promocionar sus servicios a través de dichas guías y números 118AB-.

En ese sentido, se recuerda a Xfera que debe permitir a sus abonados decidir sobre su inclusión o no en esos servicios, conforme a lo establecido para el consentimiento en el artículo 48.3 de la LGTel, en la Carta de Derechos del usuario²⁰ y en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

En conclusión, tras las comprobaciones llevadas a cabo, tal y como se ha constatado en el Hecho Probado Único de la presente propuesta de Resolución, se ha determinado que Más Móvil interrumpió el suministro de los datos de sus abonados entre el 10 de enero y el 2 de octubre de 2017, a pesar de que durante ese mismo periodo estaba dando de alta a miles de clientes. Por consiguiente,

¹⁹ A partir del 24 de octubre de 2018

²⁰ Aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

durante un período total de 9 meses y 3 meses (hasta diciembre de 2017) en los que las cargas fueron en su mayoría defectuosas, Más Móvil no cumplió con su obligación de realizar las cargas incrementales en las que debió informar de esas altas, así como de las bajas o modificaciones de líneas, respetando la periodicidad de 10 días –como máximo- respecto al alta, baja o modificación, establecida en la Circular 1/2013.

A juicio esta Sala, dicha conducta comporta un incumplimiento muy grave del procedimiento de suministro de datos de los abonados previsto en la Circular 1/2013.

En consecuencia, la infracción concreta analizada es susceptible de ser calificada como infracción muy grave, al amparo del artículo 76.12 de la LGTel, referido al incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa y, en concreto, de la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados para la prestación de servicios de guías, consulta telefónica sobre números de abonado y emergencias.

SEGUNDO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador²¹, 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 de la 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 resoluciones de esta Comisión, 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 2004²²) 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

²¹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

²² RJ 2005/20.

significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, se ha acreditado una falta de diligencia inexcusable por parte de Más Móvil (posteriormente Xfera) en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Circular 1/2013.

En conclusión, se imputa a Xfera la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto en el Hecho Probado Único 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 denunciado, habiendo manifestado la sociedad la aceptación expresa de acogerse a lo establecido en el artículo 85 de LPAC.

TERCERO. - Sucesión en la personalidad del infractor

Como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Primero, la personalidad jurídica de la entidad originariamente infractora –Más Móvil- ha quedado extinguida en virtud de la fusión por absorción realizada por Xfera.

Esta modificación estructural conlleva que Xfera haya adquirido por sucesión universal el patrimonio de la empresa adquirida (Más Móvil), asumiendo sus derechos y obligaciones, incluida la responsabilidad administrativa por los incumplimientos expuestos y las obligaciones consistentes en el pago de la sanción que se imponga por la comisión de la infracción administrativa imputada a la empresa adquirida.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06), citada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014), coincide en este parecer y considera que los supuestos de sucesión jurídica de una empresa no suponen la disolución de la responsabilidad administrativa si existe identidad entre ambas entidades desde un punto de vista material o económico:

“40. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo...”

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el

efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59)”.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, en similares términos el TJUE señala, en su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 (asunto C-343/13), que la sociedad absorbente debe responder por las infracciones de la absorbida incluso después de la absorción porque en caso contrario se vería desprotegido el interés del Estado miembro que sanciona la conducta.

El Tribunal Supremo coincide en este parecer. Así, en su Sentencia 334/2019, de 13 de marzo (recurso de casación 635/2018), con cita de la jurisprudencia tanto del propio TS como del TJUE, reconoce que respecto del principio de personalidad de la sanción y la posibilidad de transmisión de dicha responsabilidad a una persona jurídica distinta:

“... Se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras.”

Es por ello que no se plantean dudas en el caso analizado: la sucesión en la responsabilidad opera cuando la empresa sucesora continúa realizando las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y está última deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores.

CUARTO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la propuesta de resolución (folios 103 a 129) se aludía a la posibilidad de que Xfera, como responsable de la infracción señalada, reconociera voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en el artículo 85 de la LPAC.

De conformidad con dicho artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, considerando la reducción del 20% sobre el importe de multa propuesto.

Asimismo, de acuerdo con el apartado dos del mismo precepto legal, teniendo la sanción únicamente carácter pecuniario, también puede el presunto infractor realizar el pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a la resolución. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta.

Así, la acumulación de las dos reducciones antes señaladas conlleva una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesto, lo que la limitaría a 114.000 €.

Al haberse realizado el ingreso del importe antes señalado de la sanción propuesta y mediante escrito posterior recibido la aceptación expresa de acogerse a lo establecido en el artículo 85 de LPAC por parte de Xfera (folios 148 a 159), según se indicaba en la propuesta de resolución, ello determina la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC.

Vistos los anteriores antecedentes, hecho probado 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 directo a Xfera Móviles, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 14 de marzo de 2013, por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados, correspondiéndole una sanción de 190.000 € (ciento noventa mil euros).

SEGUNDO. - Aprobar la reducción sobre la referida sanción de un 40%, por aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, minorándose la sanción hasta la cuantía de 114.000€ (ciento catorce mil euros).

TERCERO. - Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

CUARTO. - Declarar la terminación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.