

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

SNC/DTSA/056/19/USO INDEBIDO 902 VODAFONE

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 9 de junio de 2020

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 (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncias de la Junta de Andalucía

Con fecha 17 de diciembre de 2018 y 8 de marzo de 2019 tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) varios escritos de la Consejería de Salud de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía) mediante los cuales se ponía en conocimiento de esta Comisión una posible práctica de remuneración por parte de Vodafone España. S.A.U. (Vodafone) a las entidades Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (Pelayo Mutua) –folios 16 a 59- y Banco Bilbao Vizcaya, S.A. (BBVA), por las llamadas generadas hacia numeración 902 (folios 60 a 121). La Junta de Andalucía acompañaba a sus escritos determinada documentación.

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación

El 8 de mayo de 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Vodafone por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración (folios 1 al 9).

El acuerdo consideraba que dicha conducta podría estar tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel.

El citado acuerdo fue debidamente notificado tanto a la instructora del expediente sancionador con fecha 9 de mayo de 2019 (folios 10 y 11) como a Vodafone el 13 de mayo de 2019 (folios 12 al 15).

TERCERO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2019, la instructora comunicó a Vodafone la incorporación de la documentación presentada por la Junta de Andalucía al procedimiento sancionador incoado (folio 122). El citado escrito fue debidamente notificado el 16 de mayo de 2019 (folios 123 a 125).

CUARTO.- Solicitud de acceso al expediente de Vodafone

Con fecha 16 de mayo de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Vodafone solicitando acceso al expediente (folios 126 a 130). Mediante escrito de 20 de mayo de 2019 se le dio traslado de copia de la documentación obrante en el expediente (folio 131). El citado escrito fue debidamente notificado el 22 de mayo de 2019 (folios 132 a 134).

QUINTO.- Alegaciones de Vodafone al acuerdo de incoación

Tras solicitar con fecha 28 de mayo de 2019 una ampliación del plazo para presentar su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 135 a 139) y habiéndose denegado la misma en la misma fecha (folios 140 a 143), Vodafone presentó su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento, el 13 de junio de 2019 (folios 144 a 218).

SEXTO.- Requerimiento de información a Vodafone

A la vista del escrito de alegaciones remitido por Vodafone, mediante escrito de fecha 25 de junio de 2019 la instructora requirió al operador ciertas aclaraciones y determinada documentación (folios 219 a 221). Dicho escrito fue debidamente notificado el 1 de julio de 2019 (folios 222 a 224).

Con fecha 15 de julio de 2019, Vodafone remitió a esta Comisión un escrito contestando parcialmente el requerimiento de información formulado por la instructora (folios 265 a 290).

SEPTIMO.- Requerimiento de información

Mediante escrito de 25 de junio de 2019 la instructora requirió a Pelayo Mutua determinada información por ser necesaria para el examen y mejor conocimiento de los hechos (folios 225 y 226). El citado escrito fue debidamente notificado el 27 de junio de 2019 (folios 227 a 229).

Con fecha 11 de julio de 2019, Pelayo Mutua remitió parte de la información requerida por la instructora (folios 250 a 264).

OCTAVO.- Requerimiento de información a BBVA

Mediante escrito de fecha 25 de junio de 2019 la instructora requirió a BBVA determinada información por ser necesaria para el examen y mejor conocimiento de los hechos (folios 230 y 231).

BBVA remitió a esta Comisión escrito de fecha 20 de agosto de 2019 dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 295 a 419), tras solicitar una ampliación de plazo el 13 de agosto de 2019.

NOVENO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 27 de junio de 2019, la instructora declaró la confidencialidad solicitada por el operador de los anexos al escrito de alegaciones referenciado, así como de determinada información contenida en el propio escrito (folios 242 a 246). El citado escrito fue debidamente notificado el 8 de julio de 2019.

DECIMO.- Otros actos de instrucción

Con fecha 19 de septiembre de 2019, la instructora procedió a comprobar la página web titular de Vodafone, incorporando copia de su contenido al expediente (folio 420).

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 11 de octubre de 2019, la instructora declaró la confidencialidad para terceros del escrito de fecha 11 de julio de 2019, de Pelayo Mutua, así como de sus documentos anexos, el escrito el 15 de julio de 2019 y sus documentos anexos, remitidos por Vodafone, y el escrito de BBVA de 20 de agosto de 2019, junto con sus documentos anexos (folios 421 a 425).

El citado escrito fue debidamente notificado el 14 de octubre de 2019 (folios 426 a 428).

DUODÉCIMO.- Nuevos requerimientos de información

A la vista de las contestaciones de Vodafone y Pelayo Mutua de 11 y 15 de julio de 2019, respectivamente, a los requerimientos formulados por la instructora el 20 de junio de 2019, con fecha 22 de noviembre de 2019 se requirió determinadas aclaraciones y documentación al operador investigado y a Pelayo Mutua (folios 429 y 430). Los citados escritos fueron debidamente notificados el 22 de noviembre de 2019 (folios 431 a 436).

Con fecha 4 y 10 de diciembre de 2019, respectivamente, Pelayo Mutua y Vodafone remitieron a esta Comisión un escrito contestando las solicitudes de información formuladas (folios 441 a 446 y 447 a 505).

DECIMOTERCERO.- Incorporación de documentación

Con fecha 22 de noviembre de 2019 se comunicó a Vodafone la incorporación al expediente de las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil relativas a los ejercicios 2017 y 2018 (folio 437). El citado acuerdo fue debidamente notificado con fecha 25 de noviembre de 2019 (folios 438 a 440).

DECIMOCUARTO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 11 de diciembre de 2019 la instructora declaró la confidencialidad para terceros no interesados en el procedimiento determinada información contenida en el escrito remitido por Vodafone en fecha 10 de diciembre de 2019 (folios 506 a 510).

El citado escrito fue debidamente notificado el 16 de diciembre de 2019 (folios 511 a 513).

DECIMOQUINTO.- Incorporación de documentación

Con fecha 23 de enero de 2020 se incorporó la información recabada tras los requerimientos efectuados por la CNMC relativa a las declaraciones de los ingresos brutos presentados por Vodafone en los ejercicios 2017 a 2019 (folios 514 a 528).

DECIMOSEXTO.- Propuesta de resolución

Con fecha 28 de enero de 2020 la instructora del procedimiento dictó la propuesta de resolución (folios 529 A 562), en la que se proponía:

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

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

La propuesta de resolución fue notificada a Vodafone el día 3 de febrero de 2020 (folios 564 a 566).

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

Por medio de un escrito de fecha 6 de febrero de 2020, 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 LPAC (folio 567).

DECIMOCTAVO.- Alegaciones a la propuesta de resolución

Las alegaciones a la propuesta de resolución han tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de marzo de 2020 (folios 568 a 605).

En su escrito, en síntesis, Vodafone alega:

- Que el Plan Nacional de Numeración Telefónica no prohibiría expresamente la retribución al abonado llamado de la numeración 902.
- Que la retribución por el tráfico generado no afectaría a los precios de las llamadas para los usuarios.
- Que la retribución a sus abonados no era directa, sino que se trataba de un modelo de descuentos.
- Que Vodafone puso en marcha todas las medidas necesarias para adaptar los acuerdos comerciales con sus abonados al nuevo criterio regulatorio expuesto por la CNMC.

DECIMONOVENO.- Suspensión del plazo para resolver

Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha acordado la suspensión de los plazos administrativos en los términos de su disposición adicional tercera:

1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Según su disposición final tercera, el mencionado Real Decreto entró en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 14 de marzo de 2020 (BOE nº 67). Dicha suspensión será eficaz mientras se mantenga la vigencia del mencionado Real Decreto o de cualquier de sus prórrogas. Una vez concluida dicha vigencia, los plazos se reanudarán.

La comunicación de la suspensión del plazo para resolver el presente procedimiento sancionador fue notificada por el Secretario del Consejo al interesado el 16 de marzo de 2020.

VIGÉSIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Vodafone retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 contratada con Pelayo Mutua en el periodo comprendido entre enero de 2017 y septiembre de 2018

Este hecho probado resulta de las actuaciones realizadas durante la instrucción del procedimiento.

1. La relación contractual entre Vodafone y Pelayo Mutua

Por acuerdo de la instructora de 15 de mayo de 2019 se incorporó al procedimiento el escrito y la documentación remitida por la Junta de Andalucía el 17 de diciembre de 2018, que ponía en conocimiento de esta Comisión una presunta remuneración de Vodafone a Pelayo Mutua por el tráfico generado hacia numeración 902 (folio 122).

Entre dicha documentación, Pelayo Mutua aportó el contrato para “la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas fijas de Vodafone España, S.A.U. al Grupo de Seguros Pelayo” de 22 de junio de 2015. No obstante, solo se facilitó el anexo V, que hace referencia al servicio de red inteligente¹ (folios 16 a 59).

¹ Según señala la entidad Pelayo Mutua en el escrito de contestación de requerimiento a la Autoridad de Consumo de 14 de septiembre de 2018, mantiene con Vodafone un contrato

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

2. Remuneración de Vodafone a Pelayo Mutua

La remuneración por el tráfico generado hacia la numeración 902 es reconocida por Vodafone en sus escritos de alegaciones de 13 de junio de 2019 (folios 144 a 218) y de contestación al requerimiento formulado por la instructora, de 15 de julio de 2019² (folios 265 a 290).

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

Por último, Vodafone señala que cesó en esta práctica el 1 de octubre de 2018 y reconoce en sus escritos de alegaciones que tras el acuerdo adoptado por esta Comisión el 3 de octubre de 2017³, Vodafone envió una comunicación a Pelayo Mutua en la cual manifestó que iba a dejar de retribuir el tráfico recibido sobre los servicios 902 el 1 de octubre de 2018 (folios 144 a 218). Las comunicaciones se acompañan nuevamente al escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien debe señalarse que, al igual que la propuesta de resolución, se tiene por acreditado que el cese en la remuneración se produjo en la fecha indicada.

3. Sobre la numeración 902 de Pelayo Mutua

Mediante su escrito de 15 de julio de 2019, Vodafone facilita el listado de la numeración 902 contratada por Pelayo Mutua, ascendiendo a un total de 84

marco en el que regula toda la gestión telefónica de esta entidad y que consta más de 200 folios y multitud de anexos, que no afectan a la prestación de los servicios de red inteligente.

² Vodafone se refiere a la remuneración cuando señala que *“cesó en la retribución o compensación del tráfico generado hacia la numeración 902 desde el 1 de octubre de 2018”*.

³ Acuerdo por el que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Facua, relativa al supuesto uso indebido de la numeración 902 por retribuir al abonado llamado (IFP/DTSA/422/15).

números 902 (folio 285), y añade que dicha numeración fue portada por Pelayo Mutua a Vodafone, salvo cinco números⁴ que fueron facilitados directamente por el mismo.

Pelayo Mutua señaló, en su escrito de 11 de julio de 2019, que contrató 39 números 902, de los cuales cinco de ellos fueron facilitados directamente por Vodafone (folios 250 a 258).

Consultado el Registro de numeración, se constata que Vodafone tiene asignados los bloques de numeración 90270, 902760, 902995, 902995, 902996, 902998 y 902999⁵.

4. Conclusiones del Hecho probado Primero

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

- (i) **[CONFIDENCIAL**
- (ii) **FIN CONFIDENCIALIDAD].**
- (iii) En cuanto a la numeración 902 a través de la cual Vodafone presta los servicios de red inteligente contratados por Pelayo Mutua se observa que Vodafone señala que son 84 números 902 mientras que Pelayo Mutua indica que son 39 –numeración portada hacia Vodafone como operador receptor-.

SEGUNDO.- Vodafone retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 contratada con BBVA en el periodo comprendido entre octubre de 2017 y septiembre de 2018

1. La relación contractual entre Vodafone y BBVA

Mediante escrito de la instructora de 15 de mayo de 2019 se incorporó (folio 122) al expediente la documentación remitida por la Junta de Andalucía el 8 de marzo de 2019, mediante la cual ponía en conocimiento de esta Comisión una posible remuneración de Vodafone a BBVA por el tráfico generado hacia numeración 902 (folios 61 a 121).

Por un lado, se facilitó el contrato para “la prestación de servicios de telefonía fija y móvil, Mobile Device Management⁶ y Audioconferencia suscrito entre Vodafone España, S.A.U. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.” el 31 de marzo de 2014.

⁴ **[CONFIDENCIAL**

⁵ En virtud de la Resolución de la CMT de 31 de diciembre de 2009 (DT 2008/1608).

⁶ Gestión de dispositivos móviles, es un tipo de software que permite asegurar, monitorizar y administrar dispositivos móviles.

Asimismo, el 24 de octubre de 2017 ambas entidades suscribieron una adenda a través de la cual se regulan los servicios de red inteligente.

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIALIDAD].

2. Remuneración de Vodafone a BBVA

[INICIO CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIALIDAD].

3. La numeración 902 de BBVA

Mediante su escrito de 15 de julio de 2019, Vodafone facilita el listado de la numeración 902 contratada por BBVA, ascendiendo a un total de 313 números 902, y añade que dicha numeración fue portada por BBVA a Vodafone (folio 287).

BBVA señaló en su escrito de 20 de agosto de 2019 que los números contratados ascendieron a un total de 400 y sobre estos BBVA portó 392 hacia Vodafone -como operador receptor de las portabilidades- (folios 295 a 419).

Por tanto, prácticamente la totalidad de la numeración afectada por el contrato suscrito entre ambas entidades provino de las portabilidades solicitadas por BBVA.

4. Conclusiones del Hecho probado Segundo

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

- (i) BBVA y Vodafone suscribieron un contrato para la prestación de distintos servicios de comunicaciones electrónicas el 31 de marzo de 2014. El 24 de octubre de 2017 ambas entidades suscribieron una adenda al citado contrato sobre los servicios de red inteligente. Esta adenda contiene el importe que percibirá BBVA por el tráfico generado hacia la numeración 902 y que se fija en **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIALIDAD].

- (ii) Vodafone comunicó a BBVA el cese de la citada retribución con efectos 1 de octubre de 2018 a través de la carta que obra en el presente expediente, y que el cliente ha portado la numeración a otro operador –habiéndose sido este extremo comprobado para algunos números 902-.
- (iii) En cuanto a la numeración 902 a través de la cual Vodafone presta los servicios de red inteligente contratados por BBVA, prácticamente la totalidad se portó hacia Vodafone, como operador receptor de las citadas portabilidades. La numeración se identifica por ambos operadores, no coincidiendo en su número, pues mientras Vodafone señala que la numeración 902 afectada ascendió a 313 números, BBVA menciona 400.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento sancionador

De conformidad con el acuerdo de incoación del presente expediente, su objeto consiste en determinar si Vodafone ha incumplido 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 (Reglamento de Mercados, en adelante), al haber retribuido al usuario final llamado por el tráfico generado hacia esa numeración.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para resolver el presente procedimiento sancionador

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 32/2003^[7], 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).

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 Asuntos Económicos y Transformación Digital⁸.

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 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Ministerio –actualmente, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales-.

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 sancionadoras relacionadas, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

Entre las funciones que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, otorgaba a esta Comisión se encontraba, en el artículo 48.4.b), la de “*asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine*”.

⁷ Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

⁸ De conformidad con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (publicado en la sección I, página 2870 del Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 2020), la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, que ejerce estas competencias, forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que sustituye al Ministerio de Economía y Empresa.

Asimismo, se señalaba que *“la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados”*.

En aplicación de los preceptos citados, y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y a los hechos probados y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución concretamente, del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)⁹.

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.

Al presente procedimiento resulta de aplicación, además de los preceptos antes señalados, 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los Hechos Probados

1.1. Normativa aplicable

El presente procedimiento sancionador se inició contra Vodafone 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 PNNT.

⁹ Anexo del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

El artículo 19 de la LGTel establece en su apartado 1 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 Mercados¹⁰:

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

(...)

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.

¹⁰ (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”.*

Por su 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 PNNT dispone 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 define 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, que señala que a través de la numeración 902 se prestará un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

Asimismo, la normativa también impone la obligación general a los operadores prestadores del servicio telefónico de dar cumplimiento a los términos fijados en el PNNT respetando, en particular, la posible indicación sobre precios y contenidos.

1.2. Análisis de la utilización de la numeración 902 efectuada por BT

Como se ha explicado en el **Hecho Probado Primero**, las actuaciones realizadas durante la instrucción del expediente sancionador han acreditado que Vodafone y Pelayo Mutua suscribieron el 22 de junio de 2015 un contrato para la prestación de distintos servicios de comunicaciones electrónicas. El Anexo V del contrato regulaba la prestación del servicio de red inteligente a través de la numeración 902 contratada por Pelayo Mutua y preveía expresamente una remuneración por parte de Vodafone a Pelayo Mutua de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, por el tráfico generado hacia la numeración 902 (folios 16 a 59).

La información y documentación facilitada por ambas entidades acredita la retribución satisfecha por Vodafone a Pelayo Mutua entre enero de 2017 y septiembre de 2018 por el tráfico de minutos generados hacia los números 902120921 y 902352235. No obstante, de las facturas facilitadas por Vodafone el 10 de diciembre de 2019 se observa que aparecen muchos más números del rango 902 de Pelayo Mutua. Por otro lado, Pelayo Mutua señalaba unos 39 números contratados con Vodafone. Asimismo, la propia Vodafone reconoce dicha retribución.

Por otro lado, ambas partes han reconocido el cese de la remuneración a partir del 1 de octubre de 2018, extremo que se considera acreditado por la comunicación aportada por Vodafone.

Según el **Hecho probado Segundo**, BBVA y Vodafone suscribieron el 31 de marzo de 2014 un contrato para la prestación de distintos servicios de comunicaciones electrónicas. Asimismo, el 24 de octubre de 2017 ambos suscribieron una adenda al citado contrato para la regulación del servicio de red inteligente. Este último documento contiene el importe que percibirá BBVA por el tráfico generado hacia la numeración 902, que se fijó en **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Asimismo, dicho documento contiene la fórmula para el cálculo de la retribución en función del tráfico generado hacia las numeraciones, dividiéndose el volumen de tráfico generado hacia la numeración 900 entre el fijado para la numeración 902 (folios 61 a 121).

De la información y documentación facilitada por ambas entidades, se constata que Vodafone retribuyó a BBVA la terminación en su numeración. De hecho, constan las *autofacturas* emitidas por BBVA entre octubre a diciembre de 2017 y enero a septiembre de 2018.

Atendiendo a los términos de los contratos y a la naturaleza de las relaciones contractuales, tanto Pelayo Mutua como BBVA eran abonados receptores de servicios de telecomunicaciones en el sentido del anexo II de la LGTel.

Por consiguiente, de todo lo anterior se deduce que Vodafone remuneró a Pelayo Mutua y a BBVA por el tráfico generado hacia determinada numeración 902.

1.3 Carácter típico de la conducta descrita

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Vodafone mantiene que no concurren los elementos del tipo sancionador y que se vulneraría el principio de tipicidad porque se estaría acudiendo a un tipo abierto, de definición vaga.

Al respecto, como señala la propuesta de resolución, se imputa al operador la infracción del artículo 77.19 de la LGTel, según el cual constituye una 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. En el caso de los números del rango 902, dichas condiciones incluyen, como se ha expuesto, y sin margen a interpretaciones distintas, que no se remunere al abonado por terminar llamadas.

En cuanto al concepto de retribución, debe coincidir con la propuesta de resolución en que ha de entenderse de forma amplia y no limitativa. Al mismo se refiere las disposiciones que regulan los servicios de tarificación adicional y, concretamente, la Orden 361/2002¹¹ y la Orden de tarificación adicional¹². Ambas definen los servicios de tarificación adicional como aquellos que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros. El hecho de que estos servicios comporten una retribución para el abonado llamado hace que su regulación sea más exigente para garantizar una mayor protección al usuario llamante.

Por el contrario, la numeración 902 no se considera de tarificación adicional y por ese motivo su utilización no debe conllevar el pago adicional de un servicio que no es de telecomunicaciones. El PNNT contiene una referencia concreta a la utilización de esta numeración y prohíbe expresamente toda retribución al abonado de la numeración 902 llamado, diferenciándola, por tanto, de la numeración atribuida a servicios de tarificación adicional. La retribución al llamado, junto con precios minoristas elevados para al abonado llamante, pueden suponer una merma en el derecho de transparencia hacia los usuarios llamantes de la numeración 902, que no gozan de la protección establecida en la regulación del uso de la numeración de tarificación adicional.

La prohibición de retribución contenida en el PNNT también es una medida que persigue evitar el incentivo del operador de acceso a incrementar sus precios minoristas por la necesidad de retribuir en cadena hasta el último operador (llamado). Como ya se puso de relieve en el análisis efectuado en el acuerdo de esta 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, principalmente porque las llamadas a numeraciones 902 no están incluidas normalmente en las tarifas planas. También se destacaba en aquella ocasión que lo relevante es que el sistema actual y la libertad tarifaria minorista

¹¹ 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).

¹² 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.

fomentan la elevación de los precios de las llamadas y el aumento de la retribución en cadena.

Asimismo, y en relación con los descuentos, el citado acuerdo, tal y como transcribe la propuesta de resolución, consideraba que no deben permitirse sistemas directos de retribución al llamado y cliente del 902. En cuanto a los sistemas de aplicación de descuentos en los precios de los servicios pagados por los abonados que estén configurados realmente por volumen, y siempre dentro de una racionalidad económica, se consideraba que entraban dentro de la práctica mercantil habitual. Por el contrario, se señalaba expresamente que los sistemas de retribución directa por la simple utilización de una línea 902, con independencia de su denominación y/o de la estructura del precio en los contratos, pueden ser considerados como un incumplimiento del PNNT.

Efectivamente, los descuentos forman parte de la práctica mercantil habitual que llevan a cabo los operadores para fidelizar o conseguir nuevos clientes. Suponen una reducción del importe a facturar al cliente que se configura en muchas ocasiones a partir del volumen contratado, por ejemplo, en función de las líneas contratadas se reduce el precio de la cuota a satisfacer.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que, en ocasiones, se utilizan dichos términos –descuento o bonificación- en contravención del PNNT, pues de facto todas las circunstancias del contrato implican que haya una retribución directa al abonado llamado de la numeración 902. Por ello, es necesario analizar los contratos existentes caso a caso, tal y como se hace en la presente resolución.

En este caso, del análisis realizado en la fundamentación fáctica se concluye que se está produciendo una verdadera remuneración al abonado llamado.

En el caso de Pelayo Mutua, consta acreditado que facturaba a Vodafone y ambas entidades han confirmado la existencia de remuneración.

Por otra parte, **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIALIDAD]. Asimismo, tal y como consta en la adenda, BBVA no satisface ninguna cuota de alta ni mensual por la numeración 902. De hecho, la citada entidad señaló que no se prevé una contraprestación a pagar por BBVA vinculada específicamente a los servicios relativos a las líneas 902. La adenda prevé que las cantidades a abonar por Vodafone a BBVA por el tráfico recibido en los números 902 serán facturadas mensualmente y añade que BBVA podrá hacer uso de la bolsa retributiva de los 902 para los fines que considere oportunos, compra de terminales, facturas devengadas por servicios de voz corporativas, etc. Por tanto, se prevé un pago directo obtenido directamente por el tráfico generado hacia la numeración 902, y no un

descuento o deducción por un coste asumido por BBVA, pues no se aplica sobre un concepto o servicio consignado en las facturas como cantidad a satisfacer por parte del abonado llamado (en relación con los servicios 902 contratados).

Vodafone mantiene en su escrito de alegaciones que se trata de un modelo “de descuentos económicos sobre el resto de servicios contratados”, pero lo cierto es que los clientes de Vodafone le facturaban directamente un importe por minuto que coincide con el previamente contratado y al que se denomina en los propios contratos como “remuneración” y no como descuento. Ese carácter remuneratorio es reconocido durante la instrucción del expediente. Es esas circunstancias, no parece sólido su argumento, pues es independiente si ese importe se abona por parte de Vodafone (remuneración directa) o simplemente se reconoce un crédito a favor del cliente que se resta de los pagos por el resto de servicios, pues el efecto económico es idéntico con independencia de que se evite denominarlo “retribución” y en su lugar se llame “bolsa retributiva” o “descuentos” con el objetivo de justificar una práctica cuya ilegalidad es manifiesta.

1.4 Carácter antijurídico de la conducta

Sin perjuicio de lo ya expuesto al analizar el carácter típico de la conducta sancionada en relación con la existencia de un verdadero esquema retributivo por terminación de llamadas a los números del rango 902, se analiza a continuación las alegaciones de Vodafone en relación con el supuesto cambio de criterio regulatorio que impediría la consideración de su conducta como antijurídica, por estar amparada en una interpretación previa de esta Comisión.

Efectivamente, a lo largo de la instrucción, Vodafone defiende que en su acuerdo de 3 de octubre de 2017 la CNMC habría modificado el criterio inicialmente establecido en su acuerdo de 14 de enero de 2010, según el cual no deben permitirse sistemas de retribución directa al llamado, pero sí aplicación de descuentos por volumen dentro de una racionalidad económica, por ser práctica habitual.

En similares términos, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Vodafone considera que se ha producido un cambio de criterio por parte de la CNMC porque en su acuerdo de 14 de enero de 2010 habría interpretado que los números del rango de numeración 902 permitía prácticas como las sancionadas y, posteriormente, en el de fecha 3 de octubre de 2017, se concluyó lo contrario. El supuesto cambio de criterio de la CNMC, a juicio de Vodafone, permite concluir que la prohibición no se encuentra claramente definida en el PNNT.

Al respecto de estas alegaciones, que en último extremo cuestionan la tipicidad y la culpabilidad de la conducta, en primer lugar, debe recordarse que el PNNT es absolutamente claro cuando prohíbe la retribución de las llamadas

terminadas en los números del rango 902. En este sentido, y como señala la propuesta de resolución, esa prohibición se desprende sin necesidad interpretativa. Así, el Apéndice del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (*Listado de atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica*), reserva los números de ese rango para la prestación del “servicio de llamadas de pago por el abonado llamante sin retribución para el abonado llamado”. Esta exclusión expresa y explícita permite concluir sin margen a otra posible interpretación que el uso de esa numeración no está amparado por la ley cuando media retribución al abonado llamado.

También es relevante señalar que el acuerdo de la CMT de 14 de enero de 2010 archivaba un procedimiento de información previa ante una denuncia del Instituto Nacional de Consumo. No hubo, por tanto, un procedimiento administrativo que permitiera un análisis profundo de la cuestión analizada tras la correspondiente instrucción y por ese motivo Vodafone no puede acogerse a dicho acuerdo de la CNMC como criterio interpretativo para justificar una conducta claramente prohibida.

En todo caso, el razonamiento empleado para justificar el acuerdo era que las llamadas a números “902” no debían suponer un pago por parte del llamante superior al que correspondería al precio “normal” de la llamada, indicándose expresamente que ello debía evitarse si era “*con la intención de que haya retribución al llamado*”.

A tal efecto, la CMT señalaba:

“Siempre que se respete lo anterior, es decir, siempre que un número 902 no suponga en todo caso un pago mayor del que correspondería al precio “normal” de la llamada, con la intención de que haya retribución al llamado, debe entenderse que se está respetando el Plan de Numeración, pues teniendo en cuenta los dos principios esenciales que sienta la ley en materia de numeración y que anteriormente describíamos, se estaría respetando el principio de transparencia y no habría razón alguna para impedir que la libre voluntad de los agentes intervinientes llegaran a los acuerdos que tuvieran por conveniente2.”

De dicha resolución, por tanto, no pude concluirse que la CMT amparase en su día la práctica sancionada.

Vodafone parece interpretar que en ese acuerdo la CMT permitía la remuneración al llamado solo cuando el precio que paga el usuario llamante no fuera superior al precio “normal” de una llamada. Ante la falta de regulación de los precios máximos de las llamadas a los rangos 902, la CNMC tendría que haber acreditado que existe una relación entre estos y la retribución a los abonados llamantes. Dicha relación es negada por el operador, que destaca que los precios de esas llamadas se han incrementado porque Telefónica lo decidió en el modelo de interconexión. De esta manera, a juicio de Vodafone, la

CNMC estaría empleando de forma “espuria” su facultad sancionadora ante la imposibilidad de regular los precios máximos de las llamadas a números del rango 902 para conseguir que las empresas no presten servicios de atención telefónica con dichos números o, al menos, para conseguir un descenso en los precios de las llamadas.

Dicho razonamiento traslada a las empresas abonadas la responsabilidad de la conducta de un tercero (su operador de servicios de comunicaciones electrónicas), pues serían estas las que optan por prestar servicios de atención a sus clientes a través de números del rango “902” y acordar con los operadores una remuneración por las llamadas entregadas.

El argumento no pueda compartirse, pues los operadores que prestan el servicio de terminación pueden libremente rechazar la remuneración a sus clientes. En este sentido, el artículo 59 del Reglamento de Mercados señala que la utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a determinadas condiciones generales, entre ellas que se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el PNNT y sus disposiciones de desarrollo. Para el caso de los números del rango 902, como se ha expuesto, estas condiciones suponen la ausencia de remuneración al abonado llamado.

Por lo tanto, siendo los operadores a los que se atribuye el uso de los recursos públicos de numeración los obligados a respetar las condiciones generales para su utilización, no puede Vodafone trasladar a terceros la responsabilidad de su conducta.

A este respecto, la propuesta de resolución analiza el supuesto (y negado) “cambio de criterio legal” y justifica la interpretación en el contexto en que se desarrolla este tipo de servicios de red inteligente. Para ello, se acudió al razonamiento expuesto por la CNMC en su resolución sancionadora de 27 de septiembre de 2018¹³, que sancionaba conductas idénticas a las ahora analizadas. La resolución ponía de relieve que mientras que las llamadas a numeraciones fijas habían caído por la generalización de tarifas planas, no se observaba idéntica reducción a las llamadas a numeración 902, pese a que los números de red inteligente se traducen en números geográficos o móviles, por lo que deberían guardar relación con los de las llamadas de móvil a fijo. Además, la resolución interpretaba el concepto de “confianza legítima” con apoyo jurisprudencial y rechazaba que el archivo de unas actuaciones previas pudiera servir para justificar una conducta claramente prohibida, como lo es la remuneración de los operadores a sus abonados por terminación de llamadas en números del rango 902.

¹³ 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.

Es por ello que, coincidiendo con la propuesta de resolución, a juicio de esta Sala no hay un cambio de criterio en el contenido de la prohibición, sino un cambio de circunstancias que justificaron por primera vez la incoación de procedimientos sancionadores por conductas como la que es objeto de análisis.

El segundo antecedente al que hace referencia Vodafone en sus alegaciones es el acuerdo de 3 de octubre de 2017, por el que se pone fin a otro periodo de información previa tras la denuncia de una asociación de consumidores y usuarios por el uso indebido de la numeración 902 por producirse la retribución al abonado llamado. Nuevamente, no se trata una resolución que puso fin a un verdadero procedimiento administrativo, sino a un periodo de actuaciones previas.

Es muy relevante señalar que en su acuerdo la CNMC declaraba que existían indicios para considerar que algunos de los operadores investigados incumplían las condiciones de utilización del rango “902”, mientras que se archivaba la denuncia respecto de otros porque no se encontraron indicios de que se estuviera retribuyendo a los abonados llamados.

Ello descarta que la CNMC amparase en su acuerdo de 3 de octubre de 2017 una interpretación como la que defiende Vodafone en su escrito de alegaciones, en el sentido de que no existe una prohibición “clara y expresa” en el Plan Nacional de Numeración.

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Vodafone 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 y del otorgamiento de los recursos públicos de la numeración 902, pues retribuyó a través de la numeración 902 a los abonados llamados Pelayo Mutua y BBVA en el periodo comprendido entre enero de 2017 y septiembre de 2018.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁴, 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, establece en el artículo

¹⁴ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

28 del LRJSP, 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, 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.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 del LRJSP 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. Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado, pero éste era previsible. Por su parte, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito¹⁵.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y 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 2004¹⁶) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

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 constatado que la conducta de Vodafone haya sido realizada con intención deliberada de incumplir la normativa.

En conclusión, se imputa a Vodafone la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto en los Hechos Probados y la determinación de la tipicidad de la citada conducta.

¹⁵ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

¹⁶ RJ 2005/20.

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

TERCERO.- Cuantificación de la sanción

3.1.- Límites legales

La LGTel establece en su artículo 79 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por Vodafone 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.

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

3.2.- Aplicación de los criterios legales de cuantificación de las sanciones

Según lo expuesto, para determinar la cuantía de las sanciones, en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por su comisión.

A este respecto, a juicio de esta Sala, el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción no puede determinarse porque ésta consiste, precisamente, en un pago al cliente a través de la retribución analizada.

La posibilidad de retribuir a sus clientes es posible por el margen que obtienen los operadores de acceso o de red de los clientes que llaman a la numeración 902 y los costes en que incurren en su actividad. Por tanto, el beneficio estaría relacionado con la consecución y fidelización del cliente gracias, en parte, a las retribuciones pagadas por el hecho de conseguir contratar el servicio con ese específico cliente de numeración 902 y cursar un mayor tráfico a través de numeraciones de ese rango. Ello convierte en más atractiva su oferta que la de otros competidores. En este caso, el beneficio también guardaría relación con el volumen de ingresos obtenidos en el ejercicio de su actividad prestada específicamente por Vodafone a Pelayo Mutua y BBVA.

En este sentido, se considera, en primer lugar, que no se puede concluir que la firma de un contrato se deba exclusivamente al pago de retribuciones a la numeración 902, pues los servicios contratados por Pelayo Mutua y BBVA abarcan más servicios que el de red inteligente.

Además, **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

En cuanto a los costes, el operador indica que no dispone de dicha información específicamente por la prestación del servicio de red inteligente a través de la numeración 902, ya que generalmente son servicios complementarios prestados a los clientes. Enumera una serie de costes devengados por la prestación del servicio de red inteligente en relación con Pelayo Mutua y BBVA no conteniendo importes específicos.

Por consiguiente, resulta imposible calcular el beneficio bruto obtenido por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 2.000.000 de euros.

En cuanto a los criterios para graduar las sanciones, el artículo 80 de la LGTel de 2014 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 daño causado y su reparación.*
- d) 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.*

2. Para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, 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.”*

Vodafone entiende que concurren varios criterios de graduación de la sanción. En primer lugar, el cese de la actividad infractora, pues se ha aportado la comunicación de interrupción de la retribución a numeración 902 a ambos abonados con efectos el 1 de octubre de 2018, extremo que ha quedado confirmado por ambas entidades, Pelayo Mutua y BBVA.

En cuanto a la situación económica del infractor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la LGTel, a efectos de fijar la sanción a imponer, se tendrá en cuenta la situación económica de Vodafone.

En su escrito de 15 de julio de 2019, Vodafone señala que no puede facilitar los ingresos obtenidos por los servicios de interconexión a nivel mayorista
[CONFIDENCIAL]

- FIN CONFIDENCIAL].

Por último, consta incorporada al expediente mediante escrito de 14 de noviembre de 2019, copia de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil relativas a los ejercicios 2017 y 2018. De dicha información se deduce que tuvo unas pérdidas en el ejercicio del año 2017 que ascendieron a 180.528.000€ mientras que en el año 2018 las mismas se redujeron a 132.656.000€

En conclusión, las cifras de las cuentas anuales reflejan unas pérdidas en ambos ejercicios por la citada empresa, en relación con todas sus actividades, además de la red inteligente, y que revelan cuál es la situación económica global más reciente

3.3.- Determinación de la sanción

Para determinar la cuantía de la sanción a imponer hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRSP, según el cual *“el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*. Por ello, y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer lugar ha de intentar determinar, si es posible, el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, y según la jurisprudencia, *“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). El principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión¹⁷.

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.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Vodafone hace referencia a que puso en marcha todas las medidas necesarias para adaptar los acuerdos comerciales con Pelayo y BBVA para ajustarse a lo que consideraba el nuevo “criterio regulatorio” expuesto por la CNMC en su acuerdo de 3 de octubre de 2017. En los hechos probados de esta resolución ya se reconoce que el 1 de octubre de 2018, casi cinco meses después de la notificación del acuerdo de incoación, Vodafone cesó la retribución contemplada en sus contratos con Pelayo y BBVA. Es por ello que se tiene en cuenta el cese voluntario de la conducta infractora como criterio de cuantificación en sentido atenuante.

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

- Se imputa a Vodafone la comisión de una infracción grave entre enero de 2017 y septiembre de 2018, a título de culpa. La infracción detectada se ha cometido a través de los correspondientes contratos suscritos con dos abonados y la numeración 902 antes indicada.

¹⁷ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

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

- 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 Vodafone 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 atenuar la sanción a imponer, consistente en el cese voluntario de la actividad infractora.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y de los elementos anteriores, y teniendo particularmente en cuenta los ingresos recibidos por la actividad de red inteligente (y el resto de su situación económica) y el criterio de graduación de la sanción anteriormente señalado –cese de la actividad infractora-, se considera que procede imponer una sanción de treinta y siete mil euros **(37.000€)**.

Dicho importe constituye el 1,85% de la sanción máxima a imponer (2 millones de euros), por lo que ha de descartarse la infracción del principio de proporcionalidad alegada por Vodafone. Incluso la calificación de la conducta como leve por las circunstancias concurrentes, tal y como solicita en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, y pese a la calificación legal de la conducta expresamente como grave en el artículo 77.19 de la LGTel, permitiría la imposición de una multa por la cuantía señalada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a la entidad Vodafone España, S.A.U., 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 Vodafone España, S.A.U., una sanción por importe de **treinta y siete mil euros (37.000 €)**.

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.