

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

SNC/DTSA/057/19/USO INDEBIDO 902 XTRA

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 de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Expediente IFP/DTSA/003/18/DENUNCIA RETRIBUCIÓN 902

Con fecha 21 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de denuncia contra tres operadores (folios 18 a 20), entre los que se encontraba Xtra Telecom, S.A. Unipersonal (Xtra Telecom), por retribuir a los abonados llamados de la numeración 902.

Con fecha 20 de marzo de 2018, la DTSA emitió una orden de inspección (folio 21) consistente en la comprobación, desde sus dependencias, de las páginas webs de las entidades denunciadas y de los servicios que prestan a través de numeración 902, realizando capturas de pantalla de la información relevante. El 26 de marzo de 2018, se dio por finalizada la inspección, mediante acta de la misma fecha (folios 28 a 64).

A la luz de los hechos comprobados en la referida inspección, el 19 de abril de 2018 se remitió un requerimiento a las tres entidades denunciadas, incluyendo a Xtra Telecom, sobre información relativa a la numeración 902 asignada y las ofertas comerciales y contratos suscritos con los abonados de la numeración 902, entre otras cuestiones (folios 65 a 67).

Mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2018, Xtra Telecom dio contestación al requerimiento (folios 83 a 306), tras la ampliación del plazo con fecha 14 de mayo de 2018 (folio 76).

A raíz de la contestación de Xtra Telecom, la DTSA formuló un segundo requerimiento el 25 de septiembre de 2018 en el que solicitaba determinada documentación (folios 315 a 316). Con fecha 25 de octubre de 2018 tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación de Xtra Telecom (folios 320 a 329).

Con fecha 3 de diciembre de 2018, se recibió en el registro de la CNMC un escrito de la Consejería de Salud de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía) mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión una posible práctica de remuneración por parte de Xtra Telecom a la entidad Phone House Spain, S.L.U. (Phone House) por las llamadas generadas a numeración 902, lo que pudiera suponer un incumplimiento recogido en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) –folios 331 a 385-.

Mediante escrito de 17 de diciembre de 2018 (folio 389), la DTSA dio traslado del expediente a Xtra Telecom, previa solicitud por su parte del 13 de diciembre del mismo año (folios 390 a 393). La empresa formuló alegaciones mediante escrito de 27 de diciembre de 2018 (folios 394 a 399).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 8 de mayo de 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Xtra Telecom por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración, en el siguiente sentido:

“A la vista de las actuaciones practicadas en el expediente IFP/DTSA/003/18 se constatan indicios de que Xtra Telecom podría haber incurrido en una conducta tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, por el posible incumplimiento de las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento de Mercados”.

Mediante sendos escritos, de fecha 8 de mayo de 2019, se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 12 y 13) y a Xtra Telecom (folios 14 a 16).

TERCERO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2019, la instructora comunicó a Xtra Telecom la incorporación de todos los escritos y documentación relacionados con el operador que figuraban en el expediente de información previa de esta Comisión -IFP/DTSA/003/18-, al presente procedimiento (folios 410 a 411). El citado escrito fue debidamente notificado con fecha 16 de mayo de 2019 (folio 412).

CUARTO.- Escrito de alegaciones de Xtra Telecom

Con fecha 10 de junio de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de Xtra Telecom a la incoación del procedimiento sancionador (folios 413 a 442).

QUINTO.- Requerimiento de información a Xtra Telecom

Por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, mediante escrito de fecha 20 de junio de 2019, la instructora requirió a Xtra Telecom información relacionada con la numeración 902 así como aclaraciones relacionadas con los contratos de red inteligente (folios 443 a 445).

Mediante escrito de fecha 6 de julio de 2019, Xtra Telecom remitió a esta Comisión un escrito de contestación (folios 466 a 481).

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 20 de junio de 2019, la instructora declaró la confidencialidad para terceros de determinados datos obrantes en el escrito de alegaciones de Xtra Telecom de fecha 10 de junio de 2019, junto a determinados anexos que lo acompañaban (folios 449 a 454).

El citado escrito fue debidamente notificado a Xtra Telecom el 25 de junio de 2019 (folios 455 a 457).

SEPTIMO.- Requerimiento de información a Phone House

Por ser necesario para la acreditación de las conductas investigadas, la instructora requirió a Phone House, mediante un escrito de fecha 21 de junio de 2019 (folios 458 a 459), determinados datos relativos a la numeración 902, así como respecto al contrato suscrito entre Xtra Telecom y Phone House. El citado escrito fue debidamente notificado a Phone House el día 3 de julio de 2019, según el acuse de recibo incorporado al expediente (folios 460 a 465).

Con fecha 16 de julio de 2019 Phone House remitió a esta Comisión su escrito de contestación a la solicitud de información (folios 482 a 492).

OCTAVO.- Otros actos de instrucción

Con fecha 19 de septiembre de 2019, la instructora procedió a comprobar la página web titular de Xtra Telecom, incorporando copia de su contenido al presente expediente (folios 493 a 496).

NOVENO.- Segundo requerimiento de información a Xtra Telecom

Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2019, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la instructora requirió a Xtra Telecom determinadas aclaraciones relativas a varias facturas que acompañaban al escrito de 16 de julio de 2019 de Phone House (folios 497 a 498). El citado escrito fue debidamente notificado a Xtra Telecom el 25 de junio de 2019 (folios 499 a 501).

Con fecha 30 de octubre de 2019, Xtra Telecom contestó el requerimiento (folios 510 a 517).

DECIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 11 de octubre de 2019, la instructora declaró la confidencialidad del escrito de 6 de julio de 2019 remitido por Xtra Telecom, así como también sus documentos anexos, y del escrito y sus documentos anexos remitidos por Phone House el 16 de julio de 2019 (folios 502 a 506).

El citado escrito fue debidamente notificado a Xtra Telecom el 11 de octubre de 2019 (folio 507 a 509).

UNDÉCIMO.- Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 14 de noviembre de 2019, la instructora comunicó a Xtra Telecom la incorporación al expediente de las cuentas anuales depositadas por la empresa en el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2018 (folios 519 a 627). El citado escrito fue debidamente notificado el 18 de diciembre de 2019 (folios 628 a 630).

DUODÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 12 de diciembre de 2019, la instructora declaró la confidencialidad del escrito de 6 de julio de 2019 remitido por Xtra Telecom, así como también sus documentos anexos, y del escrito y sus documentos anexos remitidos por Phone House el 16 de julio de 2019 (folios 631 a 635).

El citado escrito fue debidamente notificado a Xtra Telecom el 18 de diciembre de 2019 (folios 636 a 638).

DÉCIMOTERCERO.- Incorporación de documentación

Con fecha 23 de enero de 2020, la instructora procedió a incorporar la información recabada tras los requerimientos efectuados por la CNMC de las declaraciones de los ingresos brutos presentados por Xtra Telecom en los ejercicios 2017 a 2019 (folios 639 a 653).

DÉCIMOCUARTO.- Propuesta de resolución

Con fecha 28 de enero de 2020, la instructora del procedimiento emitió la propuesta de resolución (folios 654-685) en la que se proponía:

Primero.- Que se declare responsable directa a la entidad Xtra Telecom, S.A. Unipersonal 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 Xtra Telecom, S.A. Unipersonal, una sanción por importe de nueve mil euros (9.000€).

La propuesta de resolución fue notificada a Xtra Telecom el día 30 de enero de 2020 (folios 686-688)

DÉCIMOQUINTO.- Alegaciones al trámite de audiencia

Con fecha 28 de febrero de 2020, Xtra Telecom ha presentado un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución en el que, en síntesis, alega que su conducta no es sancionable porque en sus contratos no se prevé remuneración alguna a sus abonados y que, en todo caso, habría devuelto a Phone House las cantidades resultantes de las facturas emitidas (y rectificadas) del periodo comprendido entre enero y agosto de 2018.

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

Por medio de 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 689).

DECIMOSEPTIMO.- Reconocimiento de responsabilidad y pago de la sanción

Mediante escrito presentado en el Registro de esta Comisión el día 30 de mayo de 2020 (folios 697 a 707), Xtra Telecom ha reconocido su responsabilidad y ha renunciado al ejercicio de cualquier acción o recurso contra la sanción de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la LPAC. Además, acompaña el justificante del pago de la cantidad de la sanción reducida en un 40% (5.400 euros).

DECIMOCTAVO. - Informe de la Sala de Competencia

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

II. HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Xtra Telecom retribuyó a Phone House por el tráfico generado hacia numeración 902 en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018

Este hecho probado resulta de la información contenida en las informaciones previas (IFP/DTSA/003/18), incorporada al expediente, y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

1.1 La relación contractual entre Xtra Telecom y Phone House y la retribución contenida en las facturas.

Xtra Telecom consta inscrita en el Registro de Operadores como operador para prestar el servicio telefónico fijo disponible al público (STDP), mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 13 de julio de 2000¹, así con su reventa, mediante Resolución de la CNMC de 23 de febrero de 2015², entre otros³.

¹ RO 2000/2697.

² RO 2015/65.

³ Asimismo, Xtra Telecom también consta inscrita en el Registro de operadores como proveedor de acceso a internet, operador móvil virtual prestador de servicios, telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, transmisión de datos, reventa de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos y la explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

La documentación facilitada por la Junta de Andalucía junto a su escrito de 3 de diciembre de 2018, consiste en (i) el contrato formalizado con Phone House el 13 de mayo de 2015, (ii) la propuesta de servicios realizada por Xtra Telecom, y (iii) las facturas emitidas por la operadora a Phone House en el periodo comprendido entre enero y octubre de 2018⁴ (folios 331 a 385).

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]. Concretamente, mediante documento número 3 adjunto al escrito de 6 de julio de 2019, Xtra Telecom facilitó los importes satisfechos por Phone House por la prestación de los servicios de red inteligente con numeración 902. **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Por tanto, de ambos documentos no se deduce la existencia de ninguna retribución por el tráfico generado hacia numeración 902 contratada por Phone House a Xtra Telecom.

Sin embargo, la Junta de Andalucía remitió las facturas emitidas por Xtra Telecom a Phone House que contienen el detalle de tráfico por tarifa y ámbito, correspondientes al periodo comprendido entre enero y agosto de 2018 - números de referencias A/1746069, A/1754129, A/1762048, A/1769925, A/1777759, A/1785517, A/1792661 y A/1798884⁵.

Todas las facturas se conforman de un (i) descuento por volumen de facturación del **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, y (ii) de distintos conceptos, como son: servicios de datos y otros cargos (Primario RDSI, RI Manager, Routing Manager), y servicios de voz- Telefonía fija (se constata que éste último concepto aparece en todas las facturas con signo negativo).

Además, las facturas detallan **[CONFIDENCIAL (**

FIN CONFIDENCIAL].

En suma, las cantidades retribuidas por Xtra Telecom a Phone House contenidas en las facturas emitidas en el periodo contenido entre enero y septiembre de 2018 ascendieron a 1.959,75€⁶.

⁴ La Junta de Andalucía aporta las facturas relativas al periodo de enero a agosto de 2018. Sin embargo, dicho periodo se amplía hasta septiembre en atención a las facturas rectificativas presentadas por el operador mediante escrito de 6 de julio de 2019.

⁵ Durante la tramitación del presente procedimiento se aportó una nueva factura correspondiente al mes de septiembre de 2018, que también se ha analizado.

⁶ Importes que se obtienen de sumar los conceptos RI 902 de las facturas de enero a agosto de 2018, más la del mes de septiembre, que fue facilitada por Xtra Telecom a través del anexo 2 de su escrito de 30 de octubre de 2019.

Ambas entidades han aportado, asimismo, tanto el número de llamadas como el de minutos generados, ascendiendo a un total de 206.542 minutos en el periodo comprendido entre enero de 2017 y mayo de 2019.

En relación con la retribución (el “descuento”, tal y como es denominado por ambas entidades) aplicable a las llamadas generadas de red inteligente 902 - RI_902_TPH-, Xtra Telecom señala, mediante escrito de 27 de diciembre de 2018 (folios 394 a 399), que se debió a que Xtra Telecom y Phone House formaban parte del mismo grupo empresarial y ambos operadores establecieron una serie de condiciones económicas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Y añade que, tras la compra de Xtra Telecom por parte del Grupo Masmóvil, la primera ha continuado prestando a Phone House los servicios de comunicaciones electrónicas tanto de voz como de datos, y que *“sin embargo, respecto de las condiciones sobre voz se ha podido comprobar que, tras la adquisición de Xtra por parte de Masmóvil^[7] no se ha llevado a cabo la revisión de las mismas, hecho que ha motivado que las tarifas aplicadas a Phone House sean las mismas que cuando Xtra pertenecía al grupo de Phone House, incluidas las condiciones aplicables a la numeración 902.*

*En el momento en que hemos sido conocedores de esta situación en las tarifas aplicadas a Phone House por el servicio de Voz, hemos procedido a **regularizar** (...).”*

En virtud del análisis de la documentación anterior y de las primeras manifestaciones de la investigada, la instructora requirió a Xtra Telecom y Phone House, con fecha 20 de junio de 2019, información relativa a los pagos con relación a la numeración 902 (RI 902_TPH). Ninguna de las entidades aclaró el funcionamiento del denominado “descuento”. El importe satisfecho o retribuido por el tráfico generado hacia la numeración 902 ascendió a 0,03 euros/minuto⁸.

Por otro lado, la Oferta, citada anteriormente, contiene un descuento del **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** aplicado en las facturas. Tanto Xtra Telecom como Phone House aclaran, a través de sus escritos de 10 de junio y 6 de julio de 2019⁹, que se trata de un descuento mensual de fidelización del cliente aplicable sobre los servicios facturables por Xtra Telecom. Y ambas entidades señalan que dicho importe se calcula sobre la totalidad de los servicios contratados por Phone House.

[CONFIDENCIAL]

⁷ Efectuada en el año 2014.

⁸ **[CONFIDENCIAL]**

FIN CONFIDENCIAL].

⁹ En contestación al requerimiento formulado por la instructora el 20 de junio de 2019.

FIN CONFIDENCIAL].

Como consecuencia de las citadas rectificaciones de las facturas y la desaparición de las cantidades relativas a las llamadas generadas hacia la numeración 902, la instructora del procedimiento requirió a Xtra Telecom el 9 de octubre de 2019 que acreditara el pago satisfecho por Phone House a Xtra Telecom, por cuanto las facturas pasaban a ser de mayor importe al desaparecer **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**-, que minoraba anteriormente el importe facturado por todos los servicios contratados. Mediante escrito de 30 de octubre de 2019, Xtra Telecom aportó el comprobante de pago satisfecho por Phone House de 28 de octubre de 2019 por importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** y que regulariza los pagos adeudados por Phone House a Xtra Telecom como consecuencia de dicha rectificación¹⁰ (folios 510 a 517).

Por consiguiente, de todo lo anterior se desprende que el contrato analizado no contiene una cláusula relativa a una retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902. Sin embargo, de las facturas emitidas por Xtra Telecom a Phone House por los servicios contratados se observa que Xtra Telecom deducía el importe resultante por el tráfico generado hacia la numeración 902 denominado **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** en los servicios de voz, lo que minoraba el importe total a pagar por Phone House.

Sin embargo, las facturas correspondientes al periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018 fueron modificadas en octubre de 2018 mediante la eliminación en las mismas del concepto RI 902. Las facturas y el justificante del ingreso satisfecho por Phone House a favor de Xtra Telecom fueron facilitados por ambas entidades. Por consiguiente, con la regularización de las facturas se eliminó la retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 en los meses citados.

Asimismo, Xtra Telecom ha aportado, como documento número 3 al escrito de alegaciones de 10 de junio de 2019 (folios 413 a 442), una muestra elevada de facturas emitidas a partir de enero de 2019 en las que se detallan los servicios prestados, y no se observa el concepto RI 902.

1.2. Numeración 902 contratada por Phone House

Consultado el Registro de numeración se observa que Xtra Telecom tiene asignados los siguientes bloques de numeración:

¹⁰ Dicho importe contiene las cantidades que resultan de modificar las facturas y el pago de dos facturas no satisfechas y correspondientes a los meses de enero y marzo de 2018.

Bloque	Operador	Resolución	Ref. CNMC	Fecha Resolución
902 006	XTRA TELECOM, S.A.U.	17/02/2015	DT 2015/92	17/02/2015
902 007	XTRA TELECOM, S.A.U.	17/02/2015	DT 2015/92	17/02/2015
902 099	XTRA TELECOM, S.A.U.	17/02/2015	DT 2015/92	17/02/2015
902 677	XTRA TELECOM, S.A.U.	02/12/2015	NUM/DTSA/3031/15	02/12/2015
902 678	XTRA TELECOM, S.A.U.	02/12/2015	NUM/DTSA/3031/15	02/12/2015
902 679	XTRA TELECOM, S.A.U.	02/12/2015	NUM/DTSA/3031/15	02/12/2015
902 765	XTRA TELECOM, S.A.U.	26/10/2000	DT 2000/3280	26/10/2000
902 820	XTRA TELECOM, S.A.U.	02/07/2008	DT 2008/736	02/07/2008

Con relación a la numeración 902 contratada por Phone House, en su escrito de 16 de julio de 2019 de contestación (folios 482 a 492) al requerimiento efectuado por la instructora el 20 de junio de 2019 (folios 458 y 459), Xtra Telecom indicó que los números 902 utilizados en virtud del contrato suscrito consistieron en un total de 59 números: 52 números 902 asignados a Xtra Telecom y 7 números portados como operador receptor. Dicha información también fue facilitada por Phone House mediante escrito de 16 de julio de 2019 (folios 482 a 492).

Se transcribe la información contenida en el archivo Excel aportado por Xtra Telecom en el escrito referenciado, relativa al número afectado y a su origen:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Por tanto, se observa que gran parte de la numeración cedida o contratada por Phone House proviene de los bloques asignados a Xtra Telecom].

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador

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 esta Comisión *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹¹, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*, entre las que se encuentra *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*, prevista en el artículo 29 de la LCNMC.

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

Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de esta Ley 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 Digital¹².

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.

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 descrita en los antecedentes de hecho y el Hecho Probado Único o y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones determinantes de la

¹¹ Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

¹² 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.

atribución concretamente, del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)¹³.

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

Por otro lado, según el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, *“para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*, por lo que el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

Respecto de la legislación aplicable al presente procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la LPACAP y la precitada LRJSP.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho Probado Único

1.1. Normativa aplicable

El presente procedimiento sancionador se inició contra Xtra Telecom 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.

El apartado 1 del artículo 19 de la LGTel establece que, para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.

En sus apartados 6 y 9, se contienen una serie de obligaciones para los operadores que presten el servicio telefónico, que vienen desarrolladas en los artículos 30 y 31 del Reglamento de Mercados¹⁴:

¹³ 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.

“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”.

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.

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 (...).”*

El apartado 2.3 del PNNT establece que *“los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan”.*

Concretamente, en su apéndice “Listado de las atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica”, se define el servicio

¹⁴ (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”.*

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 una obligación general a los operadores prestadores del STDP y de su reventa cual es 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 Xtra Telecom

De la instrucción del expediente sancionador, como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, ha quedado acreditado que Xtra Telecom firmó un contrato de voz y datos el 13 de mayo de 2015 con Phone House que, entre otros servicios, recoge la prestación de servicios de red para la numeración de red inteligente.

Atendiendo a los términos del contrato y a la naturaleza de la relación entre ambas entidades, Phone House actuó como abonado -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-.

También quedado acreditado, analizando las facturas emitidas por Xtra Telecom, que la operadora retribuyó a Phone House por el tráfico generado hacia la numeración 902, en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018. Dicho importe no era satisfecho de forma directa por Xtra Telecom a Phone House sino que aparecía como valor negativo en las facturas, para compensarse con otros importes relativos a los servicios de voz. Ello suponía una minoración respecto al importe total de cada una de las facturas para Phone House.

Pese a haber sido requerida por la instructora la descripción del **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, mediante distintos requerimientos, las entidades no han aclarado suficientemente los mismos.

Por otro lado, ambas entidades reconocen que Phone House satisfizo a Xtra Telecom únicamente dos conceptos derivados de la prestación de servicios de

red prestado por Xtra Telecom, que son por la contratación de las líneas 902 y por el servicio de centralita virtual.

Por tanto, el pago realizado por Xtra Telecom a través del concepto RI 902 contenido en las facturas en negativo solo puede entenderse como una retribución, pues se trata del único pago a favor de Phone House que proviene del tráfico generado hacia la numeración 902, con independencia de que dicho concepto se califique por las partes como compensación con otros servicios.

Finalmente, la operadora procedió a rectificar las facturas relacionadas en el Hecho Probado Primero en el mes de octubre de 2018, eliminando el concepto RI 902 (importe en negativo) de todas las facturas y procediendo, asimismo, a su regularización, mediante ingreso en cuenta de Phone House a Xtra Telecom el 28 de octubre de 2019.

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 361/2002¹⁵ y la Orden de tarificación adicional¹⁶. 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 es de tarificación adicional. Su utilización no debe conllevar el pago adicional de un servicio que no es de telecomunicaciones. Y el PNNT contiene una referencia concreta a la utilización de esta numeración, prohibiendo expresamente toda retribución al abonado llamado de la numeración 902, diferenciándola, por tanto, de la numeración atribuida a servicios de tarificación adicional. La retribución al llamado, junto con los unos precios minoristas elevados para al abonado llamante, contribuyen a una merma en los derechos de transparencia hacia los usuarios llamantes de la numeración 902, que no gozan de las garantías o la protección establecidas 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

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

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/DTSA/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 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 pueden utilizarse esos términos – descuento o bonificación- en contravención del PNNT, pues de facto todas las circunstancias del contrato analizado implican que haya en la práctica una retribución directa al abonado llamado de la numeración 902. Por ello, a juicio de esta Sala, es necesario analizar los contratos en cada caso, tal y como se hace en la presente resolución.

En este supuesto, y pese a insistir Xtra en sus alegaciones que su contrato con Phone House no preveía formalmente una remuneración al abonado llamado de la numeración 902, del análisis realizado en la fundamentación fáctica se concluye que se está produciendo una verdadera remuneración al abonado llamado en forma de descuento en otros servicios facturados de cantidades que dependen directamente de los minutos terminados en la numeración del rango 902 contratada por el abonado.

Xtra reconoce dicha conducta, pese a negarla formalmente, al rectificar las facturas que recogían el concepto y aceptar de Phone House su devolución.

De esta manera, se concluye que ha quedado acreditado que Xtra Telecom 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 numeración 902 al abonado llamado en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁷, 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 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 ilícito¹⁸.

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

¹⁷ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

¹⁸ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

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 2004¹⁹) 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.

No se ha acreditado que la conducta de Xtra Telecom haya sido realizada con intención deliberada de incumplir la normativa.

Xtra Telecom, como operador prestador del STDP está obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902, de conformidad con lo señalado en los artículos 30, 31 y 59 del Reglamento de Mercados y, por tanto, debe adecuarse a lo fijado por la norma de atribución. Concretamente, debe respetar la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que Xtra Telecom además tiene asignados varios rangos 902²⁰, por lo que debía conocer la regulación que debía darse a dicho rango.

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

TERCERO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

Tal y como se ha indicado en el antecedente Decimoséptimo de la presente resolución, mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2020 (folios 697 a 707), Xtra Telecom ha reconocido su responsabilidad y procedido al pago de la sanción propuesta por la instructora con las correspondientes reducciones. Como Anexo a su escrito presenta justificante de transferencia por importe de 5.400 euros a esta Comisión en concepto de pago de la sanción propuesta.

De conformidad con el artículo 85, apartados 1 y 3, 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, en este caso de una multa por infracción grave por

¹⁹ RJ 2005/20.

²⁰ Rangos 902 0110, 902 01111, 902 01112 mediante resolución de la CMT de 23 de septiembre de 1999 (DT 1999/1022).

importe de nueve mil euros (9.000 €), aplicando a dicha cifra la reducción del 20% sobre el importe de multa propuesto.

Asimismo, de acuerdo con el apartado 2 del citado artículo 85 LPAC, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta (artículo 85, apartado 3).

Las citadas reducciones aplicables son acumulables entre sí, resultando una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesto, lo que en este caso reduciría el importe a abonar a cinco mil cuatrocientos euros (5.400 €).

Ello ha sucedido en este supuesto, en que Xtra Telecom ha reconocido su responsabilidad en los hechos probados y ha hecho efectivo el pago mediante justificante de ingreso de 5.400 € realizado el 29 de mayo de 2020 y aportado en su escrito de fecha 30 de mayo de 2020.

Al haberse reconocido expresamente la responsabilidad en la comisión de la infracción por parte de Xtra Telecom y haberse realizado el ingreso del importe de la sanción propuesta, según se indicaba en la propuesta de resolución, con la reducción acumulada del 40%, procede acordar la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPACAP. La efectividad de la reducción, en todo caso, queda condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, según lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 85 de la LPACAP. No obstante, dicha renuncia también ha sido formalizada por el operador en su escrito de 30 de mayo de 2020.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Acordar la terminación del procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la propuesta de la instructora a la que se refiere el antecedente de hecho decimocuarto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a Xtra Telecom, S.A.U.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre la sanción propuesta por la instructora (9.000 €); minorándose la sanción en un 40% hasta la cuantía de 5.400 € (cinco mil cuatrocientos), ya abonada por Xtra Telecom, S.A.U.

TERCERO.- La efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada, en todo caso, al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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.