

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

EXPEDIENTE USO INDEBIDO 902 TELEFÓNICA

(SNC/DTSA/079/20)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 30 de noviembre de 2021

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.- Expediente IFP/DTSA/038/19/DENUNCIA RETRIBUCIÓN 902

Las actuaciones practicadas en el expediente IFD/DTSA/035/19 están incorporadas al presente procedimiento sancionador y se le dio traslado de las mismas a la interesada.

Con fecha 9 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la Dirección General de Consumo y Familias de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía) en el que pone en conocimiento de la CNMC, en el marco de sus competencias de vigilancia y control del mercado que lleva a

cabo dicha Administración de Consumo, una presunta práctica de remuneración por parte de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) a la entidad Securitas Direct España, S.A.U. (Securitas Direct), por las llamadas generadas hacia la numeración 902 (folios 14 al 33 del expediente administrativo).

Asimismo, la Junta de Andalucía acompañó a su escrito el contrato de prestación del servicio de red inteligente formalizado entre ambas entidades de 1 de junio de 2013 y un escrito de contestación de Securitas Direct al requerimiento de información emitido por la Junta de Andalucía el 11 de junio de 2019.

Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2019, y a la vista del escrito de la Junta de Andalucía, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión (DTSA), solicitó determinada información a Securitas Direct, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador (folios 34 al 36). Con fecha 4 de octubre de 2019, le fue debidamente notificado el escrito citado a Securitas Direct, según el acuse de recibo que obra en el presente expediente (folios 37 al 39).

Con fecha 18 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Securitas Direct a través del cual facilita distinta documentación (folios 40 al 63) y manifiesta que: (i) el contrato suscrito con Telefónica fue resuelto en mayo de 2019, (ii) se factura desde julio de 2017 hasta septiembre de 2018, fecha en la que existen discrepancias entre ambas partes, (ii) el acuerdo se basaba en un pago fijo mensual con independencia del uso de servicios y englobaba no sólo servicios 902 sino en general de red inteligente y gestión de telefonía fija y primarios.

Asimismo, mediante escrito de 11 de noviembre de 2019, y a la vista del escrito de la Junta de Andalucía y la contestación de Securitas Direct, la DTSA solicitó determinada documentación a Telefónica (folios 64 al 66). Con fecha 14 de noviembre de 2019, le fue debidamente notificado el escrito citado a esta empresa, según el acuse de recibo que obra en el presente expediente (folios 67 al 69).

Con fecha 28 de noviembre de 2019, Telefónica contestó al escrito de requerimiento de la DTSA (folios 74 al 90), tras solicitar mediante escrito de 22 de noviembre de 2019 una ampliación de plazo para su contestación (folios 70 al 73) y que fue concedida por la DTSA el 29 de noviembre de 2019 (folios 91 al 94).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 10 de diciembre de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Telefónica, como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave,

tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración (folios 1 al 8).

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al presente expediente de la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/038/19 (folios 14 al 94).

Mediante sendos escritos de fecha 15 de diciembre de 2020, se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folio 9 y 10) y a Telefónica (folios 11 al 13).

TERCERO.- Solicitud de acceso al expediente de Telefónica

Con fecha 15 de diciembre de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica solicitando acceso al expediente (folios 95 al 99).

Mediante escrito de 15 de diciembre de 2020 se le dio traslado de la documentación obrante en el presente expediente (folio 104). El citado acuerdo fue debidamente notificado el 16 de diciembre de 2020 (folios 105 al 107).

CUARTO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2020, la instructora comunicó a Telefónica la incorporación al presente procedimiento de la documentación presentada por la Junta de Andalucía (folio 100). El citado escrito fue debidamente notificado el 16 de diciembre de 2020 (folios 101 al 103).

QUINTO.- Solicitud de ampliación de plazo de alegaciones de Telefónica

Mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Telefónica en el que se solicitaba una ampliación del plazo de alegaciones por coincidir con el periodo vacacional (folios 108 al 112).

Mediante escrito de 13 de enero de 2021 se le concedió dicha ampliación (folios 113 y 114). El citado acuerdo fue debidamente notificado el 14 de enero de 2021 (folios 115 al 117).

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de Telefónica en el que solicita a la CNMC el archivo del presente expediente sancionador (folios 118 al 128) (i) habida cuenta que el contrato privado firmado por Telefónica lo fue al amparo de la interpretación que mantenía la CMT respecto del alcance del PNNT; (ii) Telefónica no ha provocado ninguno de los potenciales efectos considerados

suficientes para sancionar; y (iii) Telefónica ha manifestado y ejecutado su voluntad de respetar los nuevos criterios de la Comisión, resolviendo el contrato con fecha 30 de mayo de 2019. Entiende que la conducta de Telefónica no es típica (no afecta al RD 2296/2004), no es antijurídica (no hay lesión del bien jurídico protegido) y no es capaz de provocar perjuicio alguno al usuario final ni un potencial efecto negativo en el mercado. A su juicio, la conducta de Telefónica no es culpable, conforme al principio de buena fe y está amparada por el principio de confianza legítima.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Telefónica

Por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, mediante escrito de fecha 29 de enero de 2021 la instructora requirió a Telefónica determinados datos relativos a la numeración 902 analizada en el expediente, así como respecto al contrato suscrito entre el operador y Securitas Direct (folios 129 y 130). El citado escrito fue debidamente notificado el 8 de febrero de 2021 (folios 131 al 133).

Con fecha 22 de febrero de 2021, Telefónica remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 138 al 145), tanto respecto de la aplicación de tarifas como de costes, y con aportación de facturas relativas a los ejercicios 2018 y 2019.

OCTAVO.- Requerimiento de información a Securitas Direct

Mediante escrito de fecha 29 de enero de 2021, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la instructora requirió información a Securitas Direct sobre la numeración 902 y el contrato suscrito con Telefónica (folio 134). El citado escrito fue debidamente notificado en fecha 4 de febrero de 2021 (folios 135 al 137).

Con fecha 23 de febrero de 2021, Securitas Direct remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 146 al 155) y aportando las nuevas facturas emitidas tras alcanzar acuerdo entre las partes (cuarto trimestre 2018 y primer trimestre 2019).

NOVENO.- Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 16 de abril de 2021, la instructora incorporó los siguientes documentos (folios 156 al 267): (i) copia de las últimas cuentas anuales depositadas por Telefónica en el Registro Mercantil de Madrid relativas al ejercicio 2019 y (ii) la declaración de los ingresos brutos relativos a la Tasa General de Operadores (TGO) del ejercicio 2018 presentada por Telefónica ante la CNMC.

Dicho acuerdo fue debidamente notificado el mismo 23 de abril de 2021 (folios 268 al 270).

DÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de la instructora de 16 de abril de 2021 se declaró la confidencialidad de distintos documentos (folios 271 al 276).

Dicho acuerdo fue debidamente notificado el 23 de abril de 2021 (folios 277 al 279).

UNDÉCIMO. - Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 29 de julio de 2021 la instructora del procedimiento formuló la propuesta de resolución (folios 280 a 309), que fue puesta a disposición de Telefónica, junto con el listado de documentos que forman el expediente administrativo, el 30 de julio de 2021 (folios 320 a 321), concediéndole el plazo de un mes y quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC. Con fecha 8 de agosto de 2021 (folio 322) Telefónica accedió al contenido de la notificación practicada por medios electrónicos.

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta de Telefónica como una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, entre julio de 2017 y mayo de 2019, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos públicos de la numeración 902. Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se propone imponer al mencionado operador una sanción de ciento sesenta mil (160.000) euros.

En fecha 23 de septiembre de 2021, al amparo del citado trámite de audiencia, Telefónica presentó su escrito de alegaciones y documentación adjunta al mismo, exponiendo los siguientes argumentos, además de dar por reproducidas sus alegaciones al acuerdo de incoación:

- Falta de antijuridicidad en la conducta de Telefónica, que es compatible con la normativa supuestamente vulnerada. Nada impide que Telefónica pueda trasladar determinadas ventajas económicas derivadas de las eficiencias generadas por la prestación del servicio a sus clientes. Se encuentra con una interpretación extensiva de la norma por parte de la CNMC a partir de septiembre de 2018.
- Falta de tipicidad de los hechos imputados: el PNNT no regula la conducta de Telefónica por cuanto no prohíbe las relaciones contractuales privadas entre un operador y su cliente, ni el traslado de una ventaja económica al mismo, derivada y justificada en la utilización de los recursos públicos de

- numeración y el uso de la red de acceso y de otros servicios. La interpretación extensiva de la CNMC es contraria a derecho.
- Falta de culpabilidad por parte de Telefónica, inexistencia de conducta dolosa y vulneración de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima en la actuación de la Administración, derivada de la nueva interpretación extensiva de la normativa carente de justificación objetiva. Ausencia de motivación respecto de los elementos que revelan la culpabilidad de Telefónica y su actuación falta de diligencia.
 - Inexistencia de los efectos (en el mercado, perjuicios a los usuarios, ventaja a Telefónica) considerados por esta Comisión
 - Desproporción en la graduación (al no tener en cuenta la Comisión la ausencia de gravedad del hecho, inexistencia de repercusión social, inexistencia de beneficio para Telefónica, inexistencia de daño, buena fe y confianza en la Comisión durante la tramitación del expediente) y determinación de la sanción (falta de motivación concreta).

Finalmente, Telefónica solicita se declare la inexistencia de infracción alguna cometida por Telefónica y se proceda al archivo del expediente y, con carácter subsidiario, se minore la cuantía de la sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad apelado.

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

Por medio de escrito de fecha 7 de septiembre de 2021, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentación y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerados.

DECIMOTERCERO. – 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 favorablemente el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO.- Telefónica retribuyó por el uso de numeración 902 a Securitas Direct, en el periodo comprendido entre julio de 2017 y mayo de 2019

Este hecho probado resulta de la documentación aportada junto a la denuncia de la Junta de Andalucía y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

1. La relación contractual entre Telefónica y Securitas Direct

Mediante escrito de 9 de agosto de 2019, la Junta de Andalucía (folios 14 a 33) facilitó el contrato de “colaboración en el ámbito de servicios 902” suscrito entre Telefónica y Securitas Direct, de 1 de junio de 2013. **[CONFIDENCIAL]**.

De la documentación obrante en el presente expediente se deduce que el contrato fue prorrogado varias veces hasta que el mismo fue resuelto por Telefónica mediante burofax el 13 de mayo de 2019, con efectos de 30 de mayo de 2019. Dicho documento fue facilitado por ambas entidades a través de los escritos de Securitas Direct de 18 de octubre de 2019 (folios 60 y 61) y de Telefónica de 28 de noviembre de 2019 (folios 85 al 87) e incorporados al presente expediente a través del escrito de la instructora de 22 de diciembre de 2020 (folio 100).

En conclusión, de las cláusulas contractuales analizadas se deduce que Telefónica prestó el servicio de red inteligente sobre los números 902 que vienen identificados expresamente en el anexo 1 del contrato y que se prevé una remuneración por parte de Telefónica a Securitas Direct por el tráfico cursado hacia la numeración 902, en los términos que a continuación se detallan.

2. Remuneración por el tráfico generado hacia la numeración 902

La cláusula tercera del contrato de 1 de junio de 2013 prevé **[CONFIDENCIAL]**.

Securitas Direct facilitó, mediante escrito de 18 de octubre de 2019, siete autofacturas remitidas por ésta a Telefónica entre julio de 2017 y septiembre de 2018 (folio 62). Y añade, que desde “septiembre de 2018 no se ha podido remitir factura a Telefónica puesto que esta empresa no ha generado los pedidos necesarios para que los sistemas de Securitas Direct procedan a efectuar dicha facturación. La razón de la no emisión de tales pedidos es la disconformidad de Telefónica con las facturas de agosto y septiembre de 2018 dado que, según Telefónica, no se alcanzaba la volumetría de llamadas recibidas acordada en el contrato entre ambas empresas”.

Concretamente, **[CONFIDENCIAL]** y confirmó el pago de las citadas facturas.

Por otro lado, Securitas Direct facilita a través de su escrito de contestación de 18 de octubre de 2019 (folio 63) las facturas emitidas por Telefónica y satisfechas

por Securitas Direct, entre los meses de agosto de 2017 y junio de 2019, cuyo importe total ascendió a **[CONFIDENCIAL]**.

En relación con esta última cuestión, en su escrito de 28 de noviembre de 2019¹ (folios 61 al 67), Telefónica señala que en base al contrato no hay facturas pagadas por Securitas Direct específicamente respecto al servicio de la numeración 902, y que Telefónica no ha recibido ingreso alguno por dicho concepto (folios 77 a 84). Por tanto, los pagos efectuados por Securitas Direct a Telefónica se efectúan en el marco general del conjunto de servicios que proporciona Telefónica a su cliente, y no en exclusiva por la prestación de servicios de red inteligente 902. Por otro lado, Telefónica no justifica las autofacturas emitidas por Securitas Direct por las que se paga a la compañía por las llamadas recibidas en la numeración 902.

En conclusión, se ha acreditado que Telefónica retribuyó un importe total de **[CONFIDENCIAL]** a Securitas Direct por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el periodo comprendido entre julio de 2017 y mayo de 2019.

3. Sobre la numeración 902 cedida por Telefónica a Securitas Direct

En el contrato de 1 de junio de 2013 analizado se identifican 119 líneas² de numeración 902 contratadas por Securitas Direct, y que son las siguientes:

[CONFIDENCIAL].

No obstante, según el anexo 2 del escrito de contestación al requerimiento de Telefónica de 28 de noviembre de 2019 (folio 89) Securitas contrató con posterioridad 58 números más que no aparecen en el listado anterior y que son los siguientes:

[CONFIDENCIAL].

Consultado el Registro de numeración de la CNMC se observa que prácticamente todos los números anteriores pertenecen a distintos bloques del rango de numeración 902 asignados a Telefónica en virtud de las Resoluciones adoptadas por la CNMC el 31 de diciembre de 1999 y el 8 de marzo de 2001, salvo los bloques 90250, 90251, 902600 y 902602 que pertenecen a operadores distintos, que se habrán asignado al cliente final por movimientos de portabilidad.

4. Conclusiones del Hecho probado Único

¹ Incorporado mediante escrito instructora de 15 de diciembre de 2020.

² 3 de las líneas contratadas corresponden al rango 900 y no se analizan en la propuesta de Resolución. En total eran 122 líneas.

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

- a. En virtud del contrato suscrito entre Telefónica y Securitas Direct el 1 de junio de 2013, el operador prestó a su cliente el servicio de red inteligente a través de **[CONFIDENCIAL]** números 902, **[CONFIDENCIAL]**, que han sido facilitados por Telefónica.
- b. **[CONFIDENCIAL]**
- c. Securitas y Telefónica **[CONFIDENCIAL]**.
- d. Las facturas se confeccionan de conformidad con el tráfico cursado hacia la numeración 902 de la entidad.
- e. La relación jurídica que mantienen ambas entidades desde el 1 de junio de 2013 fue resuelta por Telefónica tras varias prórrogas automáticas, mediante burofax remitido por Telefónica el 13 de mayo de 2019, y con efectos de finalización el 30 de mayo del mismo año.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Objeto del presente procedimiento sancionador

De conformidad con el Acuerdo de incoación de 10 de diciembre de 2020 (folios 1 a 8), el objeto del presente procedimiento sancionador es determinar si Telefónica ha incumplido las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración, y en su caso sancionar dicho incumplimiento.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. 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 32/2003, de 3 de noviembre^[3], 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 la LGTel vigente actualmente 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 Digital⁴.

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, Secretaria 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 sobre el posible

³ Actualmente, la LGTel.

⁴ 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.

incumplimiento de las condiciones determinantes del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)⁵.

En virtud de las anteriores competencias, de conformidad con los preceptos citados y 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.b) y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, según el artículo 63 de la LPAC y el artículo 29.2 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 ello y de conformidad con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.a) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente procedimiento -Antecedente Segundo-.

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 6 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel. En virtud del referido artículo 2, en lo no previsto en estas normas regirán de forma supletoria las precitadas LPAC y LRJSP.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. - Tipificación del Hecho probado Único

El presente procedimiento sancionador se inició contra Telefónica ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, que califica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, concretamente, por utilizar la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT).

1.1.- Sobre las obligaciones de los operadores con relación a la numeración asignada

El apartado 1 del artículo 19 de la LGTel establece que, para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se proporcionarán los

⁵ 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.

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 Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados)⁶:

“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.

Por otra parte, el artículo 59 del Reglamento de Mercados establece que *“La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:*

⁶ (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”.*

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

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

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

En virtud de la normativa citada, los operadores asignatarios de la numeración 902 deberán cumplir con las condiciones generales de la asignación de la numeración que vienen contempladas en la norma de atribución, en el presente caso, en el PNNT, 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.- Sobre el incumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones impuestas por el ordenamiento sectorial en materia de numeración

De la instrucción del expediente sancionador, en primer lugar, ha quedado acreditado en el **Hecho Probado Único** que Telefónica, operador inscrito para la prestación del servicio telefónico disponible al público (STDP)⁷ desde el año 2003, suscribió el 1 de junio de 2013 un contrato con Securitas Direct (folios 15 a 33), mediante el cual el operador le prestó una serie de servicios de

⁷ Telefónica consta inscrito en virtud de la Resolución de 1 de agosto de 2003 (RO 2003/1342) para la prestación del servicio telefónico fijo y explotación de una red de comunicaciones electrónicas, entre otros servicios.

comunicaciones electrónicas, entre otros, el de red inteligente a través de 177 números 902.

Atendiendo a los términos del contrato y a la naturaleza de la relación entre ambas entidades, Securitas Direct era el abonado receptor de servicios de telecomunicaciones -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-, en la mencionada relación contractual.

En segundo lugar, tras la instrucción del presente procedimiento sancionador, ha quedado asimismo acreditado que, durante el periodo comprendido entre julio de 2017 y mayo de 2019, Telefónica retribuyó a Securitas Direct por el tráfico generado hacia la numeración 902.

El concepto de retribución es muy amplio y, en relación con el mercado de telecomunicaciones, viene contemplado en las disposiciones que regulan los servicios de tarificación adicional. Concretamente, la Orden PRE/361/2002⁸ y la Orden IET/2733/2015 de tarificación adicional⁹ definen los servicios de tarificación adicional como aquellos servicios prestados que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros. El hecho que estos servicios comporten una retribución hace que el legislador haya previsto una regulación más exigente en aras a dotar de mayor garantías o protección al usuario llamante de estos servicios, entre ellas la atribución de una numeración específica (803, 806, 807, etc.) diferente que la identifique inequívocamente de cara al usuario.

Por el contrario, la numeración 902 no es de tarificación adicional. Su utilización no debe conllevar el pago adicional de un servicio que no sea el 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 unos precios minoristas elevados para el abonado llamante, contribuyen a una merma en los derechos de transparencia hacia los usuarios llamantes a la numeración 902, que no gozan de las garantías o la protección establecidas en la regulación establecida para el uso de la numeración de tarificación adicional.

Así, dicha prohibición de retribuir al llamado-usuario de numeración 902 contenida en el PNNT es una medida que persigue evitar el incentivo del

⁸ 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).

⁹ 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.

operador de acceso a incrementar sus precios minoristas, por la necesidad de retribuir en cadena hasta el último operador (llamado). No obstante, como ya se puso de relieve a través del análisis efectuado en el acuerdo dictado por la 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 (como se ha señalado anteriormente, las llamadas a numeraciones 902 no están incluidas normalmente en las tarifas planas)” (...). “Lo relevante, en cualquier caso, es que el sistema actual fomenta la elevación de los precios a estas llamadas y que la libertad tarifaria minorista existente también ha fomentado el aumento de la retribución en cadena”.*

En el Hecho Probado Único ha quedado acreditado que el contrato contemplaba una retribución y que la misma aparece contenida en las facturas, que únicamente hacen referencia a numeración 902 –tal y como reflejan los archivos de las llamadas adjuntos facilitados por Telefónica mediante escrito 28 de noviembre de 2019 (folio 89) correspondientes a los listados de llamadas adjuntas- y que Securitas Direct reconoce haber percibido la retribución relativa a dicho tráfico mediante escritos de 18 de octubre de 2019 (folios 43 al 47) y 23 de febrero de 2021 (folios 149 y 150).

Asimismo, se observa que el importe facturado por Securitas Direct a Telefónica proviene directamente del tráfico generado hacia la numeración 902. Además, se ha constatado que Securitas Direct no abonó ningún importe específico a Telefónica por las llamadas recibidas en la numeración 902, al menos en base a la relación contractual analizada. Por tanto, nos encontramos ante una retribución de Telefónica hacia Securitas Direct por el tráfico generado hacia la numeración 902.

Telefónica, como operador prestador del STDP fijo, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902, y las obligaciones establecidas para dicha numeración, 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 Telefónica además tiene asignados numerosos bloques del rango 902¹⁰, tal y como se deduce de la consulta efectuada al Registro de numeración, por lo que es una numeración que ha utilizado con muchos clientes.

¹⁰ Telefónica tiene asignados 48 bloques del rango de numeración 902. Algunos bloques se corresponden a las numeraciones citadas en el Hecho Probado Único, y fueron asignados por la CMT en virtud de las Resoluciones de 31 de diciembre de 1999 y el 8 de marzo de 2001.

En definitiva, ha quedado acreditado que Telefónica 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 derechos de uso de los recursos públicos de la numeración 902, pues retribuyó a través de la numeración 902 al abonado llamado Securitas Direct en el periodo comprendido entre julio de 2017 y mayo de 2019.

1.3.- Sobre las alegaciones de Telefónica relativas a la presunta inexistencia de antijuridicidad y tipicidad en la conducta infractora

A continuación, se proceden a analizar las cuestiones principales planteadas por Telefónica en el presente expediente, en particular en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 118 al 128) así como a los argumentos contenidos en las dos primeras alegaciones (páginas 7 a 13) de su posterior escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado en fecha 23 de septiembre de 2021.

1.3.1.- Sobre la presunta inexistencia de antijuridicidad en la conducta infractora

En primer lugar, Telefónica manifiesta en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento que:

“La CNMC ya en el año 2010 había valorado la compatibilidad de los acuerdos de retribución en el ámbito del servicio 902 con la normativa vigente. Sobre esto es importante destacar que la normativa aplicable en ese momento es la misma que a día de hoy, en tanto que no se han producido cambios normativos al respecto.

(...)

Y no es hasta octubre de 2017⁵ cuando la actual CNMC, cambiando de criterio, resuelve declarando que existen indicios de incumplimiento, esto es, en términos opuestos a lo dicho previamente en el año 2010.

En dicho Acuerdo de octubre de 2017 la CNMC manifiesta que los sistemas de aplicación de descuentos en los precios pagados por los abonados que estén configurados realmente por volumen (dentro de una racionalidad económica) entran dentro de la práctica mercantil habitual, pero 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, podrán ser calificados como un incumplimiento del PNNT, en función de cada caso analizado¹¹ Y, consecuentemente, declara que existen indicios para considerar que determinados operadores pueden no estar aplicando correctamente las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el PNNT.

*Como resultado de dicho Acuerdo de 2017 y tras la instrucción de varios expedientes, vista esa necesidad de analizarlos caso a caso, la CNMC **resuelve***

¹¹ Página 35 de 43 de la Resolución de 3 de octubre de 2017 de la CNMC (IFP/DTSA/422/15).

por primera vez en septiembre de 2018 acerca del incumplimiento del PNNT por parte de diferentes operadores, por haber alcanzado acuerdos de retribución al abonado llamado por el tráfico a números 902; y por lo tanto concretando y fijando para esos casos el tipo infractor. (...)

En virtud de todo lo anterior, conviene recordar que, a fecha de hoy, la normativa vigente (desde el año 2004) no establece que el mero hecho de otorgar una ventaja económica al cliente llamado pueda considerarse per se o ex lege un incumplimiento de dicho Plan y por ende del artículo 77.19 de la LGTel. De esta manera, por lo que parece desprenderse de las prácticas sancionadas por la CNMC es que, es el criterio de la CNMC basado en los potenciales efectos de cada caso concreto, lo que determina si existe incumplimiento o no de las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el citado PNNT.”

Por su parte, también reitera estos mismos argumentos en la primera alegación de su escrito de 23 de septiembre de 2021 acerca de una posible falta de antijuridicidad (páginas 7 a 11), señalando en la página 11 de dicho escrito que:

*En consecuencia, insistimos que **sí ha habido un cambio de criterio por parte de la CNMC que no ha sido concretado -a los efectos sancionadores- hasta septiembre de 2018 que es cuando se resuelven los primeros procedimientos sancionadores** acerca del cumplimiento por parte de otros operadores del PNNT. Y es precisamente ese cambio de criterio, que se produce en septiembre de 2018, lo que provoca que Telefónica actúe diligentemente y resuelva el contrato con Securitas. Por tanto, no podemos aceptar el reproche a la conducta de mi representada haciendo alusión constante al acto declarativo de octubre de 2017 cuando éste únicamente declara la existencia de indicios de un incumplimiento del PNNT por parte de terceros distintos de Telefónica.*

Al respecto, cabe señalar que no existe un cambio de criterio como alude Telefónica en sus dos escritos de alegaciones, sino un cambio de contexto que fue lo que justificó un pronunciamiento expreso y endurecimiento de la interpretación de la CNMC, ya en 2017.

La CNMC ya analizó este cambio de contexto en el acuerdo de archivo del expediente IFP/DTSA/422/15, de 3 de octubre de 2017, así como en las Resoluciones recaídas tanto durante el año 2018¹² como en el año 2020¹³.

A título de ejemplo se cita a continuación la resolución recaída en el expediente sancionador núm. SNC/DTSA/055/19 (de fecha 16 de junio de 2021), que, al referirse a la Resolución de la CMT de 14 de enero de 2010, señala que: “*Sin embargo, ha habido un cambio de contexto con respecto al analizado en 2010, es decir, ha habido una bajada de ingresos de las llamadas a numeraciones fijas,*

¹² Expedientes SNC/DTSA/140/17, SNC/DTSA/141/17 y SNC/DTSA/142/17.

¹³ Expedientes 052/19, 053/19, 054/19, 055/19, 056/19 y 057/19, uno de ellos referenciado en el párrafo anterior.

desde origen fijo y móvil, especialmente motivada por la generalización de las tarifas planas, que no se ha trasladado a las llamadas dirigidas a la numeración 902 (así como se observa que estas llamadas siguen sin incluirse en las tarifas planas). Concretamente, se observa que la evolución de decrecimiento de los precios seguidos desde origen móvil a numeración fija no ha sido trasladada a los precios de las llamadas originadas desde las distintas redes a la numeración 902. Este hecho va en contra de la previsión normativa de que los precios a las llamadas 902 deberían guardar relación con los de las llamadas de móvil a fijo, tal como ya se ha indicado, pues los números de red inteligente se traducen en números geográficos o móviles”.

Por tanto, este organismo se pronunció hace ya más de tres años al respecto, debiendo recordarse una vez más que el PNNT es meridianamente claro en cuanto a la prohibición de remuneración al llamado de las llamadas a números 902, habiendo transcurrido bastante tiempo entre dicho acuerdo (de 3 de octubre de 2017) y la rescisión del contrato de Telefónica y Securitas Direct (el 13 de mayo de 2019).

1.3.2.- Sobre la posible falta de tipicidad de la conducta infractora

En segundo lugar, Telefónica señala en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio que la normativa vigente no establece que *“el mero hecho de otorgar una ventaja económica al cliente llamado pueda considerarse per se o ex lege un incumplimiento de dicho Plan”*. El operador reitera dicha argumentación en la segunda alegación de su posterior escrito de 23 de septiembre de 2021 (páginas 11 a 13) en cuyas páginas 11 a 12 señala que:

*A este respecto, conviene traer a colación que la **normativa vigente desde el año 2004 no establece que el mero hecho de trasladar un beneficio a los clientes por el uso de los servicios de red inteligente pueda considerarse per se o ex lege un incumplimiento de dicho PNNT y, por ende, del artículo 77.19 de la LGTel.***

Efectivamente, la vulneración del PNNT mediante el rango 902 se produce con la retribución al abonado llamado de dicha numeración y, tal como ha quedado acreditado, Securitas Direct recibió una retribución directa y muy cuantiosa por el tráfico inducido hacia su numeración 902. Sin embargo, cuando en el pasado la CNMC ha comprobado que en el contrato se otorga una ventaja económica lógica, que no supone clara o directamente una retribución al abonado llamado por el simple uso de la numeración 902, no ha sancionado la conducta, como Telefónica conoce perfectamente (IFP/DTSA/027/18):

[CONFIDENCIAL] lo que difiere de la información contenida en el presente procedimiento.

SEGUNDA. – Responsabilidad 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 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

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

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

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 utilizar la numeración asignada o explotada de acuerdo con la norma.

En este sentido, se ha constatado la intención deliberada de Telefónica de incumplir la normativa (el PNNT), pues la misma no ha sido modificada desde su aprobación y han sido numerosos los pronunciamientos por parte de la CNMC en materia de incumplimientos de las condiciones de uso de la numeración 902 desde el año 2017, tal y como se señala, en relación con las alegaciones formuladas por Telefónica. La propia Telefónica reconoce que era consciente de que el contrato se encontraba en situación de incumplimiento del PNNT y sin embargo mantuvo su vigencia, simplemente no lo prorrogó a su término, manteniéndose durante un largo periodo en tal situación de irregularidad. En conclusión, se imputa a Telefónica la comisión de una conducta infractora a título de dolo, a la luz de lo expuesto en el Hecho Probado y la determinación de la tipicidad de la citada conducta.

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

No obstante, Telefónica señala en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación que *“La CNMC dicta las primeras resoluciones sancionadoras por uso indebido de la numeración 902 en septiembre de 2018. En cuanto Telefónica es consciente del cambio de criterio de la CNMC respecto de la aplicación del PNNT y su alcance decide, no renovar el contrato con Securitas. No obstante, y dado que se trata de un acuerdo privado entre las partes, y su incumplimiento requiere necesariamente de una causa válida de resolución contractual, no es hasta la fecha del vencimiento de la siguiente prorroga, esto es el 30 de mayo de 2019 cuando Telefónica notifica a Securitas la no renovación del contrato. Por ello, en ningún caso puede deducirse que se haya incurrido en un comportamiento antijurídico o negligente por parte de Telefónica”*.

Esta postura se reitera en la tercera alegación (páginas 13 a 18) del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado por Telefónica el 23 de septiembre de 2021. Concretamente, en la página 14 de dicho escrito, el operador señala que:

Primeramente, es fundamental insistir en el hecho de que no es hasta septiembre de 2018 cuando la CNMC manifiesta un cambio de criterio respecto

¹⁶ RJ 2005/20.

a la interpretación que hacía hasta ese momento respecto de la aplicación de dicha normativa al resolver una serie de expedientes sancionadores contra otros operadores. Si bien, dicho cambio de criterio puede derivar de un cambio de contexto, como expone la Propuesta, ello no desvirtúa que exista un cambio respecto de la interpretación que hace la CNMC sobre la aplicación del PNNT. Dicho cambio de interpretación, a juicio de Telefónica, supone una aplicación extensiva de la normativa carente de justificación objetiva y, ya sea definida como “extensiva” o “endurecida”, de facto, supone un cambio en la interpretación que hace la CNMC respecto de su aplicación que afecta al comportamiento de los operadores, pero solo debe afectar, respecto de Telefónica, desde la certeza de ese cambio de criterio que se produce en septiembre de 2018, no antes.

Pues bien, ante todo, cabe reseñar que, en el ámbito de la numeración, ya se han pronunciado los tribunales y, en concreto, tal y como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 9 de octubre de 2020 (Rec, 717/2018), el artículo 77.19 de la LGTel “no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención”.

Sobre dicha cuestión debe recordarse que previamente a la existencia de los pronunciamientos del año 2018¹⁷, Telefónica sí conoció la interpretación de la CNMC sobre el aspecto que nos ocupa a través del acuerdo adoptado por la CNMC el 3 de octubre de 2017 (IFP/DTSA/422/15), en el que se decidió proceder a la apertura de los expedientes sancionadores a los que alude. Y por ello, a la luz de lo anterior, al menos desde esa fecha Telefónica es consciente del cumplimiento en el que se encuentra su contrato y, sin embargo, no lo modifica hasta mayo de 2019. Telefónica pudo haber modificado el citado contrato suscrito con Securitas Direct adecuándose a lo dispuesto en el ordenamiento, causa evidentemente suficiente para modificar y/o rescindir el contrato, no pudiéndose sostener que el contrato rige contrariamente a la ley. Sin embargo, Telefónica señala como justificación que, en virtud de las resoluciones recaídas durante el año 2018 ésta resolvió el contrato mediante burofax de 13 de mayo de 2019 a Securitas Direct; no deduciéndose de dicho burofax en ningún caso el motivo señalado por Telefónica para dicha rescisión. De hecho, así lo pone de relieve su cliente en el escrito de 23 de febrero de 2021 (folios 146 al 150).

En cualquier caso, debe ponerse de relieve lo señalado en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso contencioso-administrativo número PO 08/1060/2018) por el que desestima el recurso interpuesto por Eagertech 21, S.L. y Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. contra dos Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 27 de septiembre de 2018 (exps. nº

¹⁷ Ver pie de página 13.

SNC/DTSA/140/17 y SNC/DTSA/141/17)¹⁸ que impusieron a Eagertech 21, S.L. y a Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L.) dos multas de 26.000€ y 25.000€, por incumplimiento de las condiciones de uso de la numeración 902 (por retribuir al llamado por el tráfico generado hacia la numeración 902. Concretamente, señala que” *Como se ha recogido en el fundamento jurídico anterior el artículo 31 pfo. 1 del Reglamento de Mercados establece la obligación para los operadores de que las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional sean cursadas en los términos que se especifican en el PNN. Por lo tanto, si la recurrente en las situaciones descritas en los hechos probados de las resoluciones impugnadas, que no son puestos en entredicho por la parte actora respecto de uno de los expedientes, aunque sí respecto del 140/2017, ha retribuido el tráfico telefónico hacia números 902, ha incumplido las obligaciones impuestas en el Reglamento de Mercados y en el PNN*”.

Por ello, no puede acogerse el argumento de una posible infracción de los principios de “buena fe” y de “confianza legítima” por parte de esta Comisión, vulneración denunciada por Telefónica en las páginas 17 a 18 de su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021. En este sentido, debe recordarse lo señalado por la Audiencia Nacional en el Fundamento Sexto de la anteriormente citada Sentencia de 26 de febrero de 2021 (recurso PO 08/1060/2018), también en relación con la infracción de las condiciones de uso de la numeración 902:

*Ahora bien, la protección de la confianza legítima **no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que se refiere a " la creencia racional y fundada de que por actos anteriores"**, la Administración habría de adoptar una determinada decisión con fundamento en que hubo una serie de signos concluyentes. No es el caso, como se ha visto, a tenor del contenido de la resolución del Consejo de la CMT de fecha 14 de enero de 2010.*

Y por el mismo razonamiento contenido en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso PO08/1060/2018) se deben también desestimar los argumentos vertidos por Telefónica en la cuarta alegación (páginas 18 a 19) de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 23 de septiembre de 2021 sobre la ausencia de efectos en el mercado y de perjuicios para los consumidores de la conducta infractora que excluirían la comisión de infracción. En efecto, tal y como recuerda la Audiencia Nacional en su Sentencia, no resulta necesaria la concurrencia de estas circunstancias para apreciar la infracción bastando la apreciación de la retribución en la numeración 902: *“si la recurrente (..) ha retribuido el tráfico telefónico hacia números 902, ha incumplido las obligaciones impuestas en el Reglamento de Mercados y en el PNN*”.

¹⁸ Recurso contencioso administrativo número 001060/2018.

TERCERO. – Determinación y cuantificación de la sanción

3.1.- Límite legal de la cuantía de la sanción

La LGTel establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía máxima 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 Telefónica 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 incumplimiento (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de una infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) dos millones de euros.

Por este motivo, y en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción. Para ello, es necesario calcular los ingresos y los gastos derivados de la comisión de la infracción.

En este supuesto concreto no puede determinarse el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción, en la medida en que la infracción cometida consiste precisamente no en un ingreso del infractor sino en un pago realizado al cliente, a través de la retribución analizada cuyo importe ascendió a **[CONFIDENCIAL]**. Cabe recordar que esta posibilidad (la retribución) surge 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 sería indirecto y estaría relacionado con la consecución y fidelización del cliente gracias en gran parte a las retribuciones pagadas –por el hecho de conseguir contratar el servicio con ese específico cliente 902 y cursar un mayor tráfico a través de numeraciones 902, al ser más atractiva su oferta que la de otros competidores-; dicho beneficio indirecto se añadiría al volumen de ingresos obtenidos en el ejercicio de su actividad prestada específicamente por Telefónica a Securitas Direct.

Sin embargo, además de faltar información a este respecto en el expediente -teniéndose datos relativos a los pagos realizados por Telefónica y Securitas Direct en el periodo comprendido entre julio de 2017 y mayo de 2019-, no se puede concluir que la firma de un contrato se deba exclusivamente al pago de retribuciones a la numeración 902, puesto que los servicios contratados por Securitas Direct abarcan más servicios que los de red inteligente, tal y como indica la cláusula 6.5 del contrato suscrito por ambos el 1 de junio de 2013. Concretamente, el mismo supedita “[**CONFIDENCIAL**]”.

Por consiguiente, resulta imposible calcular el beneficio bruto obtenido directamente 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.

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

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

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

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

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*

En el presente procedimiento se considera que concurre el siguiente criterio o circunstancia atenuante del artículo 80.1.g) LGTel, que ha de minorar la sanción a imponer: **el cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.**

Como se ha indicado en los hechos probados, mediante burofax remitido por Telefónica a Securitas Direct el 13 de mayo de 2019 (folios 60 y 61) la operadora comunicó a su cliente la rescisión del contrato suscrito por ambos el 1 de junio de 2013, con efectos a 30 de mayo del mismo año. Por consiguiente, la actividad infractora cesó con anterioridad a la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador de 10 de diciembre de 2020 (folios 1 al 8).

En la quinta y última de las alegaciones contenidas en el escrito Telefónica de 23 de septiembre de 2021 (páginas 19 a 21), este operador considera que, además del cese de la conducta infractora debería haberse tenido en cuenta la ausencia de repercusión social y efectos negativos en el mercado como circunstancia atenuante, de conformidad con el artículo 80.1.b) LGTel.

En respuesta a esta alegación hay que señalar que, con referencia a la pretendida escasa gravedad o repercusión social de la infracción, debe señalarse, además de la importancia de garantizar el cumplimiento de las normas de uso de la numeración 902 según se recuerda en el Fundamento Octavo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso PO 08/1060/2018)¹⁹ el hecho no cuestionado por Telefónica de que este

¹⁹ (...) la norma y la decisión administrativa sancionadora dictada en aplicación de la misma encuentran su fundamento en la exigencia de garantizar el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones: que se cumplan 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, las condiciones de utilización de la numeración 902. En este caso, a la responsable del uso de la numeración asignada.

tipo de numeración 902 es utilizada por sus abonados para prestar servicios de carácter masivo a los clientes de los abonados (p.ej. servicio de atención al cliente de Securitas Direct) por lo que tiene una indudable repercusión social. Véase igualmente que, de hecho, el origen de las actuaciones previas de las que trae causa el presente sancionador derivan de una actuación de una Administración de Consumo.

Por tanto, debe rechazarse la atenuante alegada de escasa gravedad o repercusión social de la infracción cometida.

3.3.- Cuantificación de la sanción

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

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁰.

²⁰ 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

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.

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

Así, constan en la CNMC los datos aportados por Telefónica para fines estadísticos, que reflejan las siguientes cifras en relación con el año 2020:

- El operador declaró ingresos por el **servicio de interconexión (terminación a nivel mayorista) de red inteligente 902** que ascendieron a **[CONFIDENCIAL]€**.
- Y en relación con el total de **ingresos obtenidos por la interconexión a red inteligente**, declaró un importe de **[CONFIDENCIAL]€**.

También obran en la CNMC los datos aportados por Telefónica relativos a los ingresos brutos declarados para la tasa general de operadores en el ejercicio 2018²¹ cuyo importe total (se incluyen entre otros servicios, el de telefonía fija, interconexión) ascendió a **[CONFIDENCIAL]€**.

Por otro lado, consta incorporada al expediente, mediante escrito de 16 de abril de 2021 (folios 156 al 266), copia de las cuentas anuales depositadas por Telefónica en el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2019. De dicha información se obtiene el importe neto de la cifra de negocios de la sociedad, que asciende a 8.326.057.000€.

Por último, a modo de ejemplo y para conocer los ingresos que ha obtenido Telefónica de sus abonados por las llamadas generadas hacia la numeración 902 de Securitas Direct, se observa que la operadora obtuvo entre enero de 2017

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 inferible de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...]".

²¹ Incorporados a través del escrito de la instructora de 16 de abril de 2021 (folios 267).

y mayo de 2019, **[CONFIDENCIAL]**€ -escrito de 22 de febrero de 2021 (folio 144)²².-

Las cifras de las cuentas anuales reflejan la cifra de negocio obtenido por una empresa, esto es los ingresos obtenidos por la misma, en relación con todas sus actividades, además de por la prestación del servicio telefónico disponible al público a todos sus clientes, y revelan cuál es la situación económica global más reciente.

A la vista de la situación económica de Telefónica y de los criterios de graduación de la sanción antes mencionados, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

- Se imputa a Telefónica la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, entre julio de 2017 y mayo de 2019, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos públicos de la numeración 902.
- Dicha infracción se imputa a título de dolo.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Telefónica 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, no habiéndose podido determinar el 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 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

²² Las tarifas contenidas en los manuales de precios de enero de 2017 y agosto de 2017 son las siguientes:

[CONFIDENCIAL]

que procede imponer una sanción económica de **ciento sesenta mil euros (160.000 €)**.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad TELEFÓNICA DE 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 y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U una sanción por importe de **ciento sesenta mil euros (160.000 €)**.

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 que contra ella 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.