

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CERTIFICACIÓN DE IMPAGOS DE SERVICIOS DE RED INTELIGENTE ESTABLECIDA EN LA OIR.

SNC/DTSA/159/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Barcelona, a 2 de febrero de 2016

En cumplimiento de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 84 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resoluciones de 18 de noviembre y de 23 de junio de 2011 que modifican la Oferta de Interconexión de Referencia.

Con fecha 18 de noviembre de 2010, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo, CMT) dictó Resolución por la que se aprobó la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia –en adelante, OIR de 2010- (folios 1 a 74)¹. Esta resolución fue modificada, en fecha 23 de junio de 2011, por la Resolución por la que se estimaban parcialmente los recursos de reposición interpuestos frente a dicha resolución por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) y France Telecom España S.A.U. –actualmente, Orange Espagne, S.A.U- (en adelante,

¹ Expediente MTZ 2008/210

ORANGE) (en lo sucesivo, Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010) –notificada a TELEFÓNICA el día 30 de junio de 2011- (folios 112 a 157)².

En esta última Resolución, se modificaron algunos aspectos del modelo de interconexión para los “*Servicios de Red Inteligente Asociados a los números 800, 900, 901, 902, 70X, 905, 803, 806, 807 y 907*” establecido en los apartados 6.5.2, 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR de 2010.

En concreto, se añadieron en los apartados 6.5.2 y 6.5.4 de la OIR unas aclaraciones sobre el alcance de la obligación que tiene TELEFÓNICA de remitir a los operadores con los que tenga firmados acuerdos de interconexión, la información de los impagos a numeración de red inteligente debidamente desglosada por operador asignatario de la numeración, incluidos los certificados de dichos impagos, en los siguientes términos:

“Telefónica deberá aportar la información de impagos debidamente desglosada por operador de tarifas especiales, entendido éste como el operador asignatario de la numeración destino, aunque dicho operador no esté directamente interconectado con Telefónica”.

SEGUNDO.- Conflicto entre Premium Numbers y TELEFÓNICA.

El día 10 de febrero de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) aprobó la Resolución del conflicto de acceso interpuesto por Premium Numbers, S.L. (en adelante, Premium Numbers) contra TELEFÓNICA relativo a la obligación de este operador de traspasar la información sobre facturación de impagos desglosada por operador de tarifas especiales en el marco de la OIR- (folios 158 a 178)³. En dicha resolución se acordó lo siguiente:

*“**ÚNICO.-** Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal deberá poner a disposición de Premium Numbers, S.L. los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro en las condiciones establecidas en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR.*

En la mencionada Resolución también se consideró que⁴:

“(…) a raíz de lo expuesto a lo largo de la presente Resolución, se ha observado la existencia de claros indicios de presunto incumplimiento por parte de Telefónica de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR - Resolución de la CMT de 18 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la modificación de la Oferta

² Expediente AJ 2010/2378

³ Expediente CNF/DTSA/1164/14/ PREMIUM NUMBERS vs TELEFÓNICA OIR IMPAGOS

⁴ Conclusión del apartado II.2. “Valoración de la pretensión formulada en el presente conflicto” de la Resolución conflicto Premium Numbers contra Telefónica).

de Interconexión de Referencia, modificada por la Resolución de 23 de junio de 2011-. Por tanto, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Telefónica podría haber realizado conductas tipificadas en el artículo 76.12 de la LGTel [en referencia a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones] (artículo 53.r de la LGTel de 2003 [en referencia a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones]) y susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, a través del correspondiente acto administrativo”.

TERCERO.- Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

El 17 de febrero de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar el presente procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA (SNC/DTSA/159/15) como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel/14), consistente en el presunto incumplimiento de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR (incumplimiento de la obligación de certificación de impagos de servicios de tarifas especiales de tarificación adicional establecida en la OIR), modificada por las Resoluciones de la CMT de 18 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la modificación de la OIR y la de 23 de junio de 2011 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por TELEFÓNICA y ORANGE contra la anterior Resolución.

El acuerdo de incoación fue comunicado a la instructora el día 20 de febrero de 2015, dándose a la misma traslado de las actuaciones practicadas en el expediente CNF/DTSA/1164/14/ PREMIUM NUMBERS vs TELEFÓNICA OIR IMPAGOS. Asimismo, dicho acuerdo fue notificado a TELEFÓNICA el día 20 de febrero de 2015 (folios 179 a 189).

CUARTO.- Ampliación del plazo de alegaciones de TELEFÓNICA.

En fecha 5 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de TELEFÓNICA en el que solicitaba una ampliación del plazo de presentación de alegaciones por el tiempo máximo permitido (folios 192 a 194). Esta ampliación le fue concedida por un plazo de diez días -10- adicionales, en fecha de 11 de marzo de 2015 (folios 195 a 196).

QUINTO.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

Con fecha 31 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de TELEFÓNICA a la incoación del presente procedimiento sancionador. En síntesis, TELEFÓNICA señalaba en su escrito, por una parte, que no ha incumplido la OIR y ha facilitado la información a los operadores de red inteligente sobre la liquidación de los importes impagados

sin que existan indicios⁵ que demuestren lo contrario y, por otra parte, que las conducta que se pretende sancionar no es antijurídica, no está tipificada y que no concurre culpabilidad en la comisión de la conducta, lo que supone que el procedimiento se vea afectado por un vicio de anulabilidad por vulnerar el principio de legalidad sancionadora.

Además, en este escrito se solicitaba con carácter genérico, que se acordase “la apertura de un periodo de prueba con el fin de que Telefónica de España pueda acreditar los hechos referidos en el presente escrito de alegaciones los cuales demuestran la inexistencia de infracción cometida por parte de esta Compañía” (folios 199 a 227).

En fecha 25 de junio de 2015, se comunicó a TELEFÓNICA que se desestimaba la apertura del periodo de prueba solicitado por no haber propuesto medio de prueba alguno, al amparo del artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento de la Potestad Sancionadora), y en la medida en que no se veía procedente o necesario acordar de oficio la apertura de dicho periodo de prueba (folios 249 a 250).

SEXTO.- Requerimiento de información a TELEFÓNICA.

Por considerarse necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, con fecha 5 de junio de 2015, se requirió a TELEFÓNICA la siguiente información (folios 228 a 229):

“[...] 1. Relación de los operadores asignatarios de numeración de tarificación adicional que en los meses de marzo y abril de 2015 hayan requerido a Telefónica documentos o medios de prueba para ser utilizados en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas, de conformidad con lo previsto en el apartado 6.5.3 de la OIR. Se deberá indicar el número total de requerimientos que ha realizado cada operador desglosados por mes siguiendo el modelo que se acompaña.

(...)

2. Copia de 10 de los requerimientos y sus correspondientes contestaciones remitidas por Telefónica a diferentes operadores (5 del mes de marzo y 5 del mes de abril de 2015) en cumplimiento de las previsiones a las que se refiere el párrafo anterior”.

⁵ Añade que no se puede considerar como medio de prueba válido de los incumplimientos de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR, las circunstancias y hechos relativos al expediente CNF/DTSA/1164/14/ PREMIUM NUMBERS vs TELEFÓNICA OIR IMPAGOS.

Con fecha 19 de junio de 2015, TELEFÓNICA remitió la contestación al requerimiento de fecha de 5 de junio de 2015 (folios 245 a 248). En dicho escrito, alegó que:

“Se confirma que no se ha producido requerimiento alguno de documentación o medio de prueba para ser utilizado en el marco de un procedimiento judicial, por parte de ningún operador asignatario de numeración de tarificación adicional (...).”

Ni siquiera Premium Numbers (...) ha solicitado documentación o información adicional alguna para aportar a ningún procedimiento judicial. (...).

Por tanto resulta claro que Telefónica pone a disposición de los operadores toda la información requerida en el apartado 6.5.3 y 6.5.4, incluidos los certificados de impagos que resultan indispensables para iniciar cualquier procedimiento judicial”.

SÉPTIMO.- Requerimientos de información a otros operadores.

Con fecha 19 de junio de 2015, se requirió a los operadores Vodafone Ono, S.A.U. (en adelante, VODAFONE ONO), Jazz Telecom, S.A.U (en adelante JAZZTEL) y ORANGE para que remitiesen la siguiente información (folios 232 a 242):

“Copia de 80 certificados de impagos de llamadas a numeración de tarificación adicional (803, 806, 807 y 905) que Telefónica pone a su disposición a través de la aplicación online en formato pdf en cumplimiento de las previsiones del punto 6.5.4 la Oferta de Interconexión de Referencia correspondientes a los meses de enero de 2014, julio de 2014 y febrero de 2015. Los certificados pueden corresponder a tanto a numeración que tenga asignada Jazz Telecom S.A.U como a alguno de los operadores interconectado a Telefónica a través de su red.”

Con fechas 2, 3 y 13 de julio de 2015, se recibieron las contestaciones a los requerimientos de VODAFONE ONO (folios 272 a 275), ORANGE (folios 847 a 850) y JAZZTEL (folios 1486 a 1489), respectivamente. Este último aportó, en fecha 21 de octubre de 2015, documentación complementaria en contestación al requerimiento de 19 de junio de 2015 (folios 1714 a 1715).

Con fecha 9 de octubre de 2015, fueron declarados confidenciales los documentos aportados por JAZZTEL, ORANGE y VODAFONE ONO, declaraciones de confidencialidad que fueron notificadas a los operadores interesados y a TELEFÓNICA (folios 1690 a 1710 y 2058 a 2064).

OCTAVO.- Segundo requerimiento de información a TELEFÓNICA.

En fecha 2 de julio de 2015, se remitió a TELEFÓNICA un segundo requerimiento en el que se solicitaba una “relación de los 10 operadores asignatarios de numeración de tarificación adicional que en los meses de junio a

diciembre de 2014 hayan requerido a Telefónica un mayor número de documentos o medios de prueba para ser utilizados en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas, de conformidad con lo previsto en el apartado 6.5.3 de la OIR. Se deberá indicar el número total de requerimientos que ha realizado cada operador desglosados por mes siguiendo el modelo que se acompaña” (folio 253 a 255).

TELEFÓNICA contestó en fecha de 13 de julio de 2015, declarando que ningún operador había solicitado información adicional para esos periodos de facturación (folios 1682 a 1689).

NOVENO.- Solicitud de TELEFÓNICA de acceso al expediente.

Con fecha 20 de octubre de 2015, TELEFÓNICA solicitó acceder al expediente administrativo del presente procedimiento y, en particular, a las respuestas de otros operadores a los requerimientos de información efectuados y citados anteriormente (folio 1712).

En fecha 27 de octubre de 2015, en contestación a dicha solicitud, se remitió a TELEFÓNICA copia de las contestaciones de los operadores a los requerimientos de información formulados durante la tramitación de este procedimiento (folio 2065).

DÉCIMO.- Tercer requerimiento de información a TELEFÓNICA.

Con fecha 21 de octubre de 2015, se requirieron a TELEFÓNICA datos sobre sus ingresos minoristas y mayoristas relacionados con el servicio telefónico fijo en general y a números de tarifas especiales (folios 2024 a 2025).

Con fecha 3 de noviembre de 2015, se recibió la contestación parcial de TELEFÓNICA al escrito señalado en el apartado anterior. En concreto, TELEFÓNICA no aportó los datos correspondientes a los ingresos del servicio telefónico fijo (minorista) a números de tarifas especiales desde julio de 2011 a febrero de 2015 desglosado por años (folios 2101 a 2113).

DÉCIMOPRIMERO.- Segundo requerimiento de información a JAZZTEL, VODAFONE ONO y ORANGE.

Con fecha 21 de octubre de 2015, se remitió un segundo requerimiento⁶ de información a JAZZTEL (folios 2028 a 2029), VODAFONE ONO (folios 2032 a 2033) y ORANGE (folios 2036 a 2037).

⁶ El día 22 de octubre de 2015 fueron subsanados estos requerimientos especificando que la información solicitada se debía circunscribir al periodo comprendido entre los meses de junio a diciembre de 2014. (folios 2040 a 2057).

En concreto, se solicitaba que indicasen el número de operadores que éstos tienen interconectados a sus redes, si la falta de desglose de los certificados les causa un inconveniente legal o económico en los procedimientos judiciales de reclamación de impagos y, por último, si se habían requerido a TELEFÓNICA medios de prueba para ser usados en el marco de los procedimientos judiciales correspondientes.

Con fechas 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, se recibieron las contestaciones de JAZZTEL (folios 2332 a 2333), VODAFONE ONO (folios 2335 a 2339) y ORANGE (folios 2341 a 2343), respectivamente, a los segundos requerimientos efectuados a dichos operadores.

DÉCIMOSEGUNDO.- Nuevas declaraciones de confidencialidad.

Con fecha 10 de noviembre de 2015, fue declarada confidencial cierta información aportada por TELEFÓNICA y JAZZTEL a través de sus escritos presentados en noviembre de 2015 (folios 2344 a 2352).

El día 18 de noviembre de 2015 se rectificó un error material contenido en la declaración de confidencialidad de la información aportada por JAZZTEL en contestación al segundo requerimiento de información que se le realizó, acordando declarar de forma adicional otro dato aportado por dicho operador como confidencial.

DÉCIMOTERCERO.- Trámite de audiencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Reglamento de la Potestad Sancionadora, la instructora dictó, con fecha 19 de noviembre de 2015, la Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado (folios 2368 a 2397). Por medio de dicho documento, la instructora del procedimiento propuso:

PRIMERO.- *Que se declare a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia y de 23 de junio de 2011 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la anterior Resolución en relación con los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal.*

SEGUNDO.- *Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una multa por importe de cincuenta mil (50.000) euros por la anterior conducta.*

La Propuesta de Resolución fue notificada a TELEFÓNICA el día 23 de noviembre de 2015, confiriéndole un plazo de un mes a contar desde el siguiente al de la recepción de su notificación para que formulara las alegaciones y presentara los documentos e informaciones que estimara oportunos.

DÉCIMOCUARTO.- Segunda solicitud de TELEFÓNICA de acceso al expediente.

Con fecha 30 de noviembre de 2015, TELEFÓNICA solicitó un segundo acceso al expediente administrativo (folios 2404 a 2405) del presente procedimiento y, en particular, a las respuestas de otros operadores a los requerimientos de información efectuados y citados en el folio 2405.

En fecha 3 de diciembre de 2015, en contestación a dicha solicitud, se remitió a TELEFÓNICA copia de los escritos solicitados y de los documentos 42 y 43 -de acuerdo con la numeración del índice que acompañó a la propuesta de resolución y que figura bajo el folios número 2398 a 2400- (folio 2406).

DÉCIMOQUINTO.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

Con fecha 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de TELEFÓNICA a la Propuesta de Resolución remitida en el trámite de audiencia.

En síntesis, las alegaciones sobre la base de las cuales solicita que se declare la inexistencia de la infracción imputada a TELEFÓNICA y el archivo del presente procedimiento sancionador, son las siguientes:

- a. Que el único hecho que se ha considerado probado durante la instrucción relativo a que *“Telefónica no ha emitido los certificados de detalle de impagos debidamente desglosados por operador asignatario de la numeración, de conformidad al procedimiento establecido en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR de 2010, desde el 1 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2015”*, se funda en un caso residual ocurrido en el año 2009/2010.
- b. Que las resoluciones que modificaron la OIR no exigían la modificación de su apartado 6.5.3 además de que el desglose que realizaba TELEFÓNICA resultaba suficiente.
- c. Que la CNMC incoe y tramite un procedimiento sancionador no por considerar el incumplimiento de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR sino por cuestionar el cumplimiento “exacto” o considerar que ha existido un cumplimiento defectuoso, pone en peligro el principio de seguridad jurídica al no resultar clara la conducta antijurídica que se pretende sancionar.

- d. Que la conducta imputada a TELEFÓNICA no es subsumible en el tipo aplicado (art. 76.12 LGTel/14) vulnerándose así el principio de tipicidad.
- e. Que el incumplimiento imputado a TELEFÓNICA carece de los elementos de la culpabilidad exigido por el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).
- f. Que la conducta infractora atribuida a TELEFÓNICA no ha supuesto perjuicio a los operadores alternativos. Ello se constata en el hecho de que en la Propuesta de Resolución no se recoge con exactitud ni precisión alguna el perjuicio sufrido por los operadores.
- g. Que la sanción propuesta en la Propuesta de Resolución no ha observado los criterios que deben regir la graduación de las sanciones puesto que no se han tenido en consideración otras atenuantes como la ausencia de repercusión social y el nulo beneficio obtenido por TELEFÓNICA debido a la conducta infractora imputada en el presente procedimiento sancionador.

DÉCIMOSEXTO.- Elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución y las alegaciones recibidas fueron remitidas a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, mediante escrito de fecha 5 de enero de 2016, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de la potestad sancionadora.

DÉCIMOSÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC), y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió, en fecha 28 de enero de 2016, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento los siguientes:

ÚNICO.- TELEFÓNICA no ha emitido los certificados de detalle de impagos debidamente desglosados por operador asignatario de la numeración desde el 1 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2015.

En el año 2014, Premium Numbers planteó un conflicto ante la CNMC frente a TELEFÓNICA solicitando que dicho operador le remitiese la información sobre impagos de servicios de tarificación adicional por parte de los abonados de TELEFÓNICA, de conformidad con lo establecido en la Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010.

En el marco de ese conflicto se constató que TELEFÓNICA no remitía los certificados de detalle de impagos de servicios de tarificación adicional desglosados por operador asignatario del número llamado, de conformidad con las previsiones de la OIR.

En el marco de ese expediente, ORANGE, operador de tránsito entre TELEFÓNICA y Premium Numbers, señaló que TELEFÓNICA le remitía el documento que acreditaba los impagos a los que se refieren los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR –que regulan la interconexión a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional- pero sin desglosar por operador asignatario de la numeración y que, para evitar infringir la normativa aplicable en materia de protección de datos⁷, no traspasaba este documento al siguiente operador de la cadena de interconexión –en este caso Premium Numbers- pues podía contener cantidades adeudadas a diferentes operadores prestadores de servicios de red de tarificación adicional.

Como prueba de esta afirmación, en el marco de dicho expediente ORANGE remitió a la CNMC copia de uno de los certificados en el que TELEFÓNICA detallaba la deuda que mantenía un abonado con varios prestadores de servicios (números) de tarificación adicional a los que había llamado en el periodo del mes correspondiente. Esto es, en la factura figuraban no sólo los datos de llamadas dirigidas a numeración de Premium Numbers, sino también los correspondientes a otros dos operadores de red de tarificación adicional (folios 178.1⁸ –**CONFIDENCIAL**-).

En el certificado aportado como modelo o ejemplo (folio 178.2 – **CONFIDENCIAL**-) se indica que “*Telefónica acredita la procedencia y coincidencia de los datos*” que figuraban en la factura del abonado, “*a fin de que el Operador de Red Inteligente pueda ejercitar, si lo considera oportuno, las actuaciones judiciales o extrajudiciales que estime convenientes para la persecución de la deuda*”.

⁷ Los certificados de impagos detallan las deudas que un abonado tiene con uno o varios operadores. El conocimiento de esta deuda por un operador distinto del acreedor afectaría al derecho a la protección de datos de ese abonado.

⁸ Documento con número de entrada 2014090001758 correspondiente con el expediente RO 2014/1164.

Con un contenido similar, la propia TELEFÓNICA remitió, con fecha 27 de junio de 2014, otro certificado de impagos correspondiente a ese mismo mes en el que figuran dos números asignados cada uno de ellos a operadores distintos (Folio 178.3.10).

Durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, con fecha 19 de junio de 2015 se requirió a los operadores VODAFONE ONO, ORANGE y JAZZTEL⁹ para que remitieran 240 certificados de impagos proporcionados por TELEFÓNICA con el objeto de comprobar si éstos cumplían las previsiones de la OIR, en los siguientes términos:

- *“Copia de 80 certificados de impagos de llamadas a numeración de tarificación adicional (803, 806, 807 y 905) que Telefónica pone a su disposición a través de la aplicación online en formato pdf en cumplimiento de las previsiones del punto 6.5.4 la Oferta de Interconexión de Referencia correspondientes a los meses de enero de 2014, julio de 2014 y febrero de 2015. Los certificados pueden corresponder a tanto a numeración que tenga asignada [el operador al que se dirigía el requerimiento], como a alguno de los operadores interconectados a Telefónica a través de su red.*

La selección de los certificados a remitir deberá realizarse de la siguiente manera:

- *Se pasará el listado de documentos pdf correspondientes uno de los meses a Excel y se ordenarán de mayor a menor importe.*
- *Se extraerán los certificados correspondientes a las siguientes posiciones:*

10	142	239	355	417
11	144	243	357	421
21	144	246	359	421
39	145	248	362	422
42	151	260	368	432
53	154	263	377	441
69	157	265	380	444
76	163	275	387	451
79	163	295	390	455
88	167	296	395	469
91	170	300	396	470
109	176	305	396	479
115	189	312	403	491
126	210	314	415	495
130	224	319	415	499
133	233	339	417	500

En el supuesto de que el total de certificados sea inferior a alguno de los números del listado anterior, se completará con los primeros de la tabla hasta hacer un total de 80. Por ejemplo, si un mes sólo tiene 300

⁹ Se eligieron estos tres operadores por haber sido declarados operadores principales en el mercado nacional de telefonía fija por la SSR de la CNMC en su Resolución de 21 de mayo de 2015 (Resolución por la que se establece y hace pública la relación de operadores que, a los efectos de lo previsto en el artículo 34 del real decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, tienen la consideración de principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil – exp. RO 2014/2118).

certificados, se escogerán hasta el 300 y luego los 37 primeros no incluidos hasta completar 80¹⁰.

Examinados los certificados aportados por VODAFONE ONO, ORANGE y JAZZTEL en contestación al requerimiento de 19 de junio de 2015, se constatan los siguientes datos:

- De los 233 certificados de impagos aportados por JAZZTEL –no fueron 240 porque uno de los meses no se llegó a ese número de impagos-, en ocho de ellos figuran números correspondientes a más de un operador asignatario de numeración de red inteligente o 118AB. En ninguno de ellos, la numeración es de tarificación adicional.
- Examinados los 240 certificados de impagos remitidos por ORANGE, correspondientes a los meses de enero y julio de 2014 y febrero de 2015, respectivamente, figuran números asignados a distintos operadores en 31 facturas y números de tarificación adicional junto con números correspondientes a otros operadores.
- En 45 certificados de impagos aportados por VODAFONE ONO, se observa que en veintiséis de ellos se recogen números de tarificación adicional junto con otros números asignados a distintos operadores.

En la siguiente tabla se resumen los datos analizados por mes y operador:

	Jazztel		Orange		ONO	
	Numeración Múltiple	No OIR	Numeración Múltiple	No OIR	Numeración Múltiple	No OIR
Enero '14	6	0	25	9	33	19
Julio '14	8	0	19	6	29	13
Feb '15	6	0	34	16	25	13
TOTAL	20	0	78	31	87	45

En la primera columna, bajo el epígrafe “Numeración múltiple”, se recoge el número de facturas en las que figura más de un número de tarificación adicional, 902 o 118AB cuyo pago está pendiente. En la segunda, con el encabezado “No OIR”, se recoge el número de los certificados en los que figura numeración asignada a distintos operadores y al menos uno de los números es de tarificación adicional. A modo de ejemplo, de los 80 certificados remitidos por TELEFÓNICA a ORANGE –y seleccionados aleatoriamente- en enero de

¹⁰ Las posiciones de los certificados a enviar se eligieron de forma aleatoria a través de la página web www.random.org que es una página de Internet que tiene un programa de selección de números de forma aleatoria.

2014, 25 contenían más de un número, de éstos, en 9 había algún número de tarificación adicional¹¹.

A modo de resumen, se puede concluir que, de los 713 certificados recibidos, **76** incumplían las previsiones de la OIR al figurar numeración correspondiente a más de un operador.

Asimismo, examinados los certificados aportados por los operadores requeridos se ha comprobado que la numeración que figura corresponde no sólo a servicios de tarificación adicional (803, 806, 807 y 905), sino también a otros números de inteligencia de red del rango 902ABMCDU –numeraciones de llamadas de pago por el abonado llamante sin retribución para el abonado llamado- y 118AB¹².

La falta de remisión de estos certificados en la forma prevista por la OIR implica que los operadores deberán solicitarlos específicamente para las actuaciones de persecución de deuda que deseen llevar a cabo. Este aspecto fue reconocido en su momento por TELEFÓNICA que, en sus alegaciones al trámite de audiencia del conflicto entre TELEFÓNICA y Premium Numbers, indicó que los operadores debían requerir, en ocasiones, esta información necesaria.

Solicitada una aclaración sobre este punto dentro del marco del procedimiento sancionador, TELEFÓNICA señaló que se refería a *“requerimientos que realizan los Organismos Judiciales, ya sea en sede penal, civil, mercantil, Social, Contencioso-Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 118 CE”*. En su escrito de 13 de julio de 2015, TELEFÓNICA indicó que esa referencia se citó *“con la única finalidad de demostrar que Telefónica cumple con su obligación de colaborar con la Administración de Justicia, cuando es requerido para ello”*.

Tras haber solicitado la instructora del presente procedimiento a TELEFÓNICA copia de requerimientos realizados *“para ser utilizados en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas, de conformidad con lo previsto en el apartado 6.5.3 de la OIR”* por operadores asignatarios de numeración de tarificación adicional en los meses de junio a diciembre de 2014, TELEFÓNICA contestó lo siguiente:

*“Se confirma que en el periodo requerido **no se ha producido requerimiento alguno** de documentación de prueba para ser utilizado en el marco de un procedimiento judicial por parte de ningún operador asignatario de numeración”*

¹¹ De los 25, además de los 9 con algún número de tarificación adicional, en dos figuraban números 902 correspondientes a distintos operadores.

¹² En concreto, en cuatro ocasiones figuran varios 118AB en el mismo certificado y en otras figuran números de inteligencia de red y un 118AB de otro operador.

de tarificación adicional, ni de forma directa o indirecta a través del operador con el que está interconectado¹³.

También se requirió a JAZZTEL, ORANGE y VODAFONE ONO sobre si habían reclamado por esta vía alguna documentación sobre impagos en el periodo señalado y señalaron que no.

En conclusión, teniendo en cuenta los documentos y datos recabados durante la tramitación del presente expediente y las propias declaraciones de TELEFÓNICA, ha quedado acreditado que TELEFÓNICA remitió certificados de detalle de impago en los que figuran números pertenecientes a los rangos 118AB, 902, 803, 806, 807 y 905 asignados a distintos operadores desde el 1 de julio de 2011 – día siguiente a la fecha en la que se le notificó la Resolución del recurso de modificación de la OIR 2010- hasta el 28 de febrero de 2015. Esto es, TELEFÓNICA aportaba la información de impagos sin desglosar por operador asignatario de la numeración al siguiente operador de la cadena de interconexión.

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

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 LCNMC, corresponde a esta Comisión *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre –en adelante, LGTel/03-, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la LGTel/14-, que ha derogado la anterior ley.

El artículo 84 de la LGTel/14 (antiguos artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel/03), al igual que lo hacían los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a esta Comisión *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. A este respecto, el artículo 84 de la LGTel/14 establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves

¹³ La negrita y el subrayado es de Telefónica.

tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y en los hechos probados y, en consecuencia, resolver el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de la Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010 de fecha de 23 de junio de 2011, según lo dispuesto en los artículos 53.r) de la LGTel/03 y 76.12 de la LGTel/14, que tipifican como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Por lo demás, atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento de la Potestad Sancionadora y en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

El artículo 84.4 de la LGTel/14 dispone lo siguiente: *“El ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes”.*

De este modo, y sin perjuicio de la previsión específica relativa a los plazos mencionados, que acaba de señalarse, el procedimiento aplicable es el establecido en los artículos 127 a 138 de la LRJPAC, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de la Potestad Sancionadora.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la citada 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”.*

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta comisión por parte de TELEFÓNICA de la infracción muy grave tipificada en los artículos 76.12 de la LGTel/14, por el presunto incumplimiento de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA, en los términos modificados por la Resolución de la CMT, de fecha 23 de junio de 2011, por la que se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por TELEFÓNICA y ORANGE contra la Resolución de 18 de noviembre de 2010 que modificó la OIR.

En virtud del principio de tipicidad establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, es necesario analizar si de la actuación realizada por TELEFÓNICA puede inferirse que ha existido el mencionado incumplimiento.

III.1.- Sobre los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR en los términos previstos en la Resolución del recurso de modificación de la OIR.

En el ejercicio de lo establecido en el artículo 7.3¹⁴ del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, RMAN) la CMT introdujo algunos cambios en la OIR en su Resolución de 18 de noviembre de 2010 y, posteriormente, al estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra ésta por Resolución de fecha 23 de junio de 2011. En concreto, en esta última resolución se concluye, en relación con la acreditación de impagos para servicios de red inteligente, que:

“Por todo lo anterior, cabe estimar la solicitud de ORANGE de incluir una mención explícita en el texto consolidado de la OIR de la obligación por parte de TELEFÓNICA de aportar la información de impagos debidamente desglosada por operador de tarifas especiales. Se considera conveniente dicha inclusión en los apartados 6.5.2 y 6.5.4 de la citada OIR, para clarificar la obligación de TELEFÓNICA al respecto y evitar posibles malas praxis”.

En consonancia con esta previsión, en la resolución se acordó lo siguiente:

“PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SA contra la Resolución MTZ 2008/210 de 18 de noviembre de 2010, con relación a la solicitud de dicho operador de añadir expresamente en el texto consolidado de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) la obligación de Telefónica de España SAU de incluir en su información de impagos la información desglosada debidamente por operador de tarifas especiales en los términos expresados en la página 35 (apartado 7.3.1) de la Resolución de 18 de noviembre de 2010 (MTZ 2008/210), desestimándose el resto de peticiones incluidas en dicho recurso”.

El procedimiento general de información de impagos aprobado por la citada Resolución y aplicable desde el año 2011, prevé en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR, las actuaciones a seguir por TELEFÓNICA en el marco del servicio de facturación y gestión de cobro que viene obligada a prestar, en el supuesto de que se produzcan impagos de los abonados de llamadas dirigidas a servicios de tarifas especiales de tarificación adicional.

¹⁴ Art. 7.3 RMAN: “(...) el organismo regulador podrá “introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; (...)”

Este servicio se inicia con el tratamiento por TELEFÓNICA de los datos de las llamadas de sus abonados a números de Red Inteligente para elaborar la correspondiente factura que se presentará al cobro al abonado y finaliza bien cuando el abonado haya pagado el importe facturado o bien cuando TELEFÓNICA haya realizado todas las gestiones señaladas en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR.

Una vez que TELEFÓNICA considera incobrable una factura y decide no realizar más actuaciones para perseguir la deuda, está obligada, según el apartado 6.5.3 en relación con las llamadas a numeración de tarificación adicional, a realizar las siguientes actuaciones:

- a) Emitir un fichero de impagos definitivos: en este fichero constarán los datos del deudor y de la deuda. Estos datos se pondrán a disposición de los operadores interconectados con TELEFÓNICA mediante un acceso online.
- b) Poner a disposición del operador de red inteligente los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro y, entre otros, incluirá los datos correspondientes al usuario llamante y cuantos han de incluirse en el archivo de comunicación de impagos definitivos. También estará disponible mediante acceso online.

De conformidad con el mismo apartado 6.5.3 de la OIR, *“Telefónica estará obligada a certificar la veracidad de los datos incluidos tanto en el documento de detalle, como en el archivo de impagos definitivos, debiendo proceder a la firma de los documentos mediante un sistema de firma digital que permita acreditar la procedencia del documento de detalle”*.

Sin perjuicio de tener que suministrar la anterior información, TELEFÓNICA también está obligada a *“facilitar aquellos documentos o medios de prueba que puedan ser utilizados para corroborar los datos recogidos en el archivo de impagos y en los certificados, que le sean requeridos por el operador de red inteligente en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas”*.

La obligación de suministro de información que debe cumplir TELEFÓNICA, según lo previsto en los citados apartados de la OIR, tiene por objeto permitir a los prestadores de servicios de tarificación adicional realizar las actuaciones tendentes al cobro de los servicios impagos. Por ello, se ha previsto necesario que quien presta el servicio de facturación y gestión de cobro – TELEFÓNICA- emita los correspondientes certificados de deuda de forma que éstos puedan ser considerados como documentos de cesión de crédito válidos. Sin embargo, los operadores de tránsito que están directamente interconectados con TELEFÓNICA, sí pueden acceder a dicha información sobre impagos de forma agregada y los correspondientes certificados de deuda en la forma en que TELEFÓNICA remite la información. No obstante, aquellos operadores de red inteligente asignatarios de numeración de tarifas especiales

no directamente interconectados con TELEFÓNICA no pueden acceder directamente a la mencionada información sino que dependen de que ésta les sea traspasada por los operadores interconectados con TELEFÓNICA y que les prestan servicios de tránsito.

Al objeto de evitar el citado perjuicio a aquellos operadores de red inteligente no directamente interconectados con TELEFÓNICA, se introdujo la modificación en los apartados 6.5.2 y 6.5.4 de la OIR. Si bien el apartado 6.5.3, que especifica la forma en que TELEFÓNICA debe poner a disposición del operador de red inteligente interconectado mediante acceso online los documentos de detalle en los que certifique la finalización de las gestiones de cobro, no se modificó, sí se modificaron, en cambio, los apartados 6.5.2 y 6.5.4 de la OIR clarificando cómo TELEFÓNICA debe aportar la documentación que contiene la información de impagos a los operadores con los que tenga firmados sus acuerdos de interconexión: la información de dichos impagos (fichero de impagos y certificaciones de impagos) debidamente desglosada por operador de tarifas especiales. De esta manera, gracias a que los operadores con los que TELEFÓNICA tenga suscritos sus acuerdos de interconexión ejercen la función de transmisores de esa información a los operadores de red inteligente que no están interconectados directamente con TELEFÓNICA, estos últimos tendrían disponible esa información, de conformidad con el citado apartado 6.5.3 de la OIR.

Esta misma función de transmitir la información ya la ha realizado la propia TELEFÓNICA cuando ejercía como operador de tránsito. Así lo señala, la Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010:

«De hecho, este criterio ha venido siendo aplicado por la propia TELEFÓNICA, y así constaba en la OIR 2005, cuando ésta intervenía en rol de operador de tránsito [] entre operadores de acceso y operadores asignatarios de numeraciones de tarifas especiales:

“Telefónica de España acredita suficientemente el impago producido mediante la aportación de la información y documentación remitida, como mínimo, por el operador de acceso debidamente desglosada en función del operador destino y en el formato requerido, incluyendo la aportación de la información relativa a la exigibilidad de documentación al operador de acceso ejercitada por Telefónica de España así como la contestación de aquél.”

Por tanto, dado que este caso es análogo, el mismo criterio debe ser aplicado por TELEFÓNICA cuando ésta ejerce su rol de operador de acceso, debiendo incluirse el posible coste de desglose de la información por operador asignatario de numeración dentro del servicio de facturación y gestión de cobro que TELEFÓNICA aporta de forma independiente en su contabilidad de costes regulatoria».

Si bien en la Resolución de 18 de noviembre de 2010 (MTZ 2008/210) ya se valoró¹⁵ como adecuado incluir como obligación de TELEFÓNICA que aporte “(...) en su información de impagos la información desglosada debidamente por operador de tarifas especiales, entendido éste como el operador asignatario de la numeración destino, aunque dicho operador no esté directamente interconectado con Telefónica (...)”, finalmente no se incluyó de forma expresa en el texto de la OIR. Por tal motivo, y de conformidad con una de las solicitudes realizadas por ORANGE en su recurso de reposición contra la citada Resolución de 18 de noviembre de 2010, se incluyó expresamente en la OIR esta obligación de TELEFÓNICA, en los siguientes términos:

“Telefónica deberá aportar la información de impagos debidamente desglosada por operador de tarifas especiales, entendido éste como el operador asignatario de la numeración destino, aunque dicho operador no esté directamente interconectado con Telefónica”

La Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010 justifica la introducción de forma expresa en el texto de la OIR de esta obligación. Así, en contestación a distintas alegaciones de TELEFÓNICA contra esta modificación, se señaló lo siguiente (folio 130):

“Por tanto, TELEFÓNICA dispone de la información necesaria para distinguir, a nivel de la facturación en interconexión, las llamadas que se realizan a las numeraciones de tarifas especiales de cada uno de los operadores interconectados a través de operadores de tránsito. Por consiguiente, dado que TELEFÓNICA está prestando un servicio de acceso y de facturación y gestión de cobro de las llamadas realizadas por sus abonados hacia los servicios prestados a través de numeraciones asignadas al operador indirectamente interconectado, es lógico que la información de impagos esté disponible de manera desagregada por cada uno de dichos operadores asignatarios, con independencia de que la interconexión con TELEFÓNICA se realice a través de un operador de tránsito, ya que este último sólo realiza una labor de transporte de las llamadas y de los flujos de pagos e informaciones de impagos desde la red de TELEFÓNICA hacia los operadores asignatarios de la numeración de tarifas especiales. Así pues, la información de impagos de llamadas a cada uno de los operadores asignatarios de numeración debería ser aportada por TELEFÓNICA, evitando al operador de tránsito la manipulación de ficheros de impagos de TELEFÓNICA y los posibles errores de envío de informaciones confidenciales de impagos de llamadas de abonados a operadores”.

Por lo tanto, la aclaración introducida en el apartado 6.5.4 hizo innecesario que se modificara el texto del apartado 6.5.3 de la OIR. Con la modificación del texto del apartado 6.5.4 se habilita a TELEFÓNICA a dar pleno cumplimiento a la obligación prevista en el apartado 6.5.3 de la OIR respecto de aquellos

¹⁵ Valoración que se justificó “en base a que el operador de tránsito entre Telefónica y el operador de tarifas especiales ejercería la función de transmisión de la información entre ambos, por lo que se debe poder distinguir fácilmente qué informaciones deben ser transmitidas a qué operador”.

operadores de red inteligente con los que no tiene suscritos acuerdos de interconexión. O lo que es lo mismo, de incumplirse el apartado 6.5.4 de la OIR al no aportar los certificados de impagos debidamente desglosados por operador de tarifas especiales, se incumple automáticamente el apartado 6.5.3 de la OIR en cuanto que los operadores de red inteligente no interconectados directamente con TELEFÓNICA no podrían disponer de los documentos de detalle de impagos para realizar las actuaciones de reclamación de cantidad que estimen oportunas sino que dependerían de que les fueran traspasados por los operadores de tránsito.

No obstante, los operadores de tránsito no pueden traspasar la información, tal y como la aporta TELEFÓNICA, puesto que ello podría suponer una cesión de datos personales contrario a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), conforme con lo que más adelante se desarrolla. Téngase en cuenta que dichos operadores no son los responsables de realizar tratamiento alguno sobre dicha información con el fin de desagregarla por operador de numeración y así evitar infringir la LOPD. Pero es que además, modificar los certificados que deben venir firmados por TELEFÓNICA, supone su alteración con el consiguiente riesgo de su invalidez como medio de prueba en sede jurisdiccional.

También debido a lo anterior, se acordó modificar la OBA en el sentido señalado en el Resuelve Primero de la Resolución AJ 2010/2378 tras considerar que la obligación de TELEFÓNICA de aportar la información de impagos hace parte del servicio de acceso, facturación y gestión de cobro que presta TELEFÓNICA al asignatario de la numeración de tarifas especiales de tarificación adicional. En efecto, las obligaciones ligadas a este servicio, ya sean de elaboración del fichero de impagos como de los documentos de detalle que certifican el impago, deben ponerse a disposición del operador de red inteligente como indica el apartado 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR y no limitarse a ponerlos a disposición del operador directamente interconectado en la forma que se ha considerado probado que realiza TELEFÓNICA.

En definitiva, los operadores interconectados con TELEFÓNICA que actúan como operadores de tránsito, no pueden responsabilizarse de las posibles consecuencias que pueda tener la gestión de impagos y confidencialidades al no haberse especificado en ningún contrato o por obligación legal que sea el operador de interconexión aquel que tenga que desglosar las facturas por operador de red inteligente, sino que tal y como establece la Resolución de la modificación de la OIR 2010, las obligaciones dimanantes del servicio de gestión de cobro corresponden exclusivamente a TELEFÓNICA.

Por lo tanto, el apartado 6.5.3 de la OIR vigente exige, entre otros, en su párrafo 7, que TELEFÓNICA debe poner a disposición del operador de red inteligente la información de impagos por medio de documentos que detallen la gestión del cobro realizada y de las llamadas impagadas, certificando además la veracidad de dichos documentos mediante un sistema de firma digital. Y el

apartado 6.5.4, que desarrolla el procedimiento de pagos entre el operador de acceso y el operador de tarificación adicional señala entre otras cuestiones, en su párrafo 18, que TELEFÓNICA debe aportar la información de impagos debidamente desglosada por operador de tarifas especiales (operador asignatario de la numeración destino), de forma que los operadores de tránsito puedan facilitarle esta información sin necesidad de realizar ningún tratamiento sobre la misma a los operadores de red inteligente que no están directamente interconectados con TELEFÓNICA y así, de esta forma, dar pleno cumplimiento con la obligación prevista en el apartado 6.5.3 de la OIR.

III.2.- Sobre la forma en que TELEFÓNICA ha aportado la información de impagos.

TELEFÓNICA afirma en sus alegaciones que *“pone a disposición de los operadores interconectados información desglosada por operador a través de su numeración, tanto en los ficheros on line como en las acreditaciones de impagos, tal y como se ha podido constatar en la instrucción de este procedimiento.”*

En contra de lo afirmado por TELEFÓNICA y atendiendo a las pruebas obtenidas a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con el Hecho Probado Único, ha quedado suficientemente acreditado que TELEFÓNICA desglosa la información de impagos en la herramienta online de conformidad con las previsiones de la OIR –en los que sí desglosa por operador asignatario del número. No obstante, incumple con el apartado 6.5.4 de la OIR al aportar, en palabras de la propia TELEFÓNICA, certificados de impagos *“por cliente que ha impagado los conceptos facturados, desglosando la información de impago por numeración asignada a los operadores de tarifas especiales alojados en su red”* (subrayado nuestro) en lugar de desagregar la información por operador de tarifas especiales.

En virtud de lo anterior, cabe afirmar que TELEFÓNICA reconoce que en el certificado de impagos que emite, tal y como se ha podido comprobar, figuran las llamadas realizadas por un determinado cliente de TELEFÓNICA correspondientes a una determinada factura entre las que se incluyen todos los números llamados correspondientes a diferentes operadores asignatarios de numeración de red inteligente e impagados en esa factura por el abonado. Así pues, no ha acreditado que cuando en una misma factura el impago afecta a numeración asignada a más de un operador de red inteligente, emita un certificado por operador asignatario. Esta circunstancia ha sido constatada mediante la documentación obtenida a lo largo de la tramitación en la que figuran numerosos ejemplos en los que se produce este incumplimiento, en concreto en 76 certificados (junto con otros dos del conflicto que finalizó con la Resolución del conflicto entre Premium Numbers y TELEFÓNICA).

TELEFÓNICA tampoco ha justificado los incumplimientos detectados. Únicamente ha señalado como óbice de la conducta punible que la forma en que viene cumpliendo con sus obligaciones de traspasar la información de

impagos, no ha supuesto ningún inconveniente para los operadores interconectados, conforme lo manifestado por dichos operadores en la contestación a los requerimientos que les fueron practicados durante la instrucción del presente procedimiento.

Respecto de lo anterior, omite TELEFÓNICA que quienes pueden ver afectados sus derechos legítimos por la conducta infractora de TELEFÓNICA no son sólo los operadores interconectados que si bien pueden disponer directamente de los certificados de impagos deben borrar de éstos los impagos que no se correspondan a servicios prestados por ellos para utilizarlos como medio para acreditar la deuda, sino principalmente aquellos operadores de red inteligente asignatarios de numeración de tarifas especiales que no están directamente interconectados con TELEFÓNICA. En efecto, conforme antes hemos expuesto, estos últimos no pueden disponer de forma efectiva de los certificados de impagos necesarios para realizar las actividades de reclamación de deuda como estimen oportunas.

Además, téngase en cuenta que el derecho de los operadores de red inteligente de solicitar aquellos documentos o medios de prueba que puedan ser utilizados para corroborar los datos recogidos en el archivo de impagos y en los certificados, que a su vez es una obligación de TELEFÓNICA facilitar la misma conforme con lo previsto en el último párrafo del apartado 6.5.3 de la OIR, es independiente del derecho de todos los operadores de red inteligente de tener a su disposición la información de impagos, según lo previsto en el penúltimo párrafo del apartado 6.5.3 y en el apartado 6.5.4 de la OIR.

En definitiva, se ha considerado acreditado que TELEFÓNICA no emitió desde julio de 2011 a febrero de 2015 los certificados de impagos rubricados mediante un sistema de firma digital que permitiera acreditar su procedencia, con la información debidamente desglosada por operador de numeración de red inteligente, entendido éste como el operador asignatario de la numeración destino, aunque dicho operador no esté directamente interconectado con TELEFÓNICA. TELEFÓNICA no ha incumplido íntegramente los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR, sino que lo ha hecho de forma parcial puesto que, si bien sí ha puesto a disposición de los operadores interconectados la información sobre impagos a través de la herramienta online, no lo ha hecho de forma completa con certificados desglosados como indica la OIR.

III.3.- Sobre la transmisión de la información de los operadores interconectados con TELEFÓNICA que realizan funciones de tránsito respecto de los operadores de red inteligente no interconectados con TELEFÓNICA.

En el primer subapartado de este Fundamento de Derecho señalamos la dificultad de los operadores de tránsito para traspasar los certificados de impagos a los operadores de red inteligente no directamente interconectados con TELEFÓNICA.

No obstante, TELEFÓNICA en sus alegaciones desestima dichas dificultades señalando, además, que un operador de tránsito *“decidió no aportar toda la documentación que mi representada pone a disposición a través del servicio de acceso online, sin que la CNMC observe responsabilidad alguna en esa conducta.”*

En virtud de la anterior afirmación de TELEFÓNICA, y de forma previa a analizar el obstáculo que afectan al traspaso de información, debemos recordar lo ya señalado en cuanto que los operadores interconectados con TELEFÓNICA y que actúan como operadores de tránsito respecto de los operadores de red inteligente asignatarios de numeración de tarifas especiales no interconectados con TELEFÓNICA, no son responsables de los servicios de facturación y gestión de cobro. Por lo tanto, no puede pretenderse que sean los operadores de tránsito quienes deban realizar un tratamiento sobre los certificados de impagos al objeto de desagregarlos por operador asignatario de numeración de tarifas especiales. Tampoco se les puede considerar responsables de las posibles consecuencias que pueda tener la gestión de impagos y confidencialidades tras transmitir la documentación que les aporta TELEFÓNICA a los operadores asignatarios de la numeración de tarifas especiales la información de impagos o no transmitirla por los motivos que a continuación se detallan.

Antes señalábamos que los operadores de tránsito no pueden traspasar la información de impagos en la forma en que los aporta TELEFÓNICA puesto que ello podría suponer una comunicación de datos personales contrario al artículo 11.1.c)¹⁶ de la LOPD.

En efecto, si los certificados de impagos detallan las deudas que un abonado tiene con uno o varios operadores, el conocimiento de esta deuda por un operador distinto del acreedor estaría por fuera de la exención de consentimiento que autoriza la LOPD afectando al derecho a la protección de datos de ese abonado debido a que se realizaría una comunicación de datos que excede la proporcionalidad de los datos que se pueden comunicar. Ello es así sobre la base de que no están amparados bajo la excepción citada la comunicación, sin consentimiento de su titular, de aquellos datos que no resultan necesarios para el fin que justifica dicha comunicación. Al respecto, procede recordar lo establecido por el 4.1 de la LOPD: *“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”*

En definitiva, el prestador de servicios de tarificación adicional no deberá acceder a más datos que los necesarios para el fin que legitima su tratamiento

¹⁶ Artículo 11.1 de la LOPD establece que *“Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.”*

o, lo que es lo mismo, el operador de tránsito no debe traspasarle más datos de impagos que los correspondientes a servicios prestados desde la numeración de tarificación adicional de la que sea asignatario el operador de red inteligente no interconectado con TELEFÓNICA.

Así lo ha puesto de manifiesto la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su Informe¹⁷ “sobre la cesión por operadores a prestadores de tarificación adicional de datos de quienes no pagan” de fecha 29 de abril de 2011, y que trata sobre unos hechos similares. Si bien TELEFÓNICA discrepa en el hecho de que se cite dicho Informe por considerar que la CNMC realiza una aplicación extensiva del mismo, esta Comisión entiende que dicha interpretación es congruente y aplicable al presente supuesto en el sentido de que el operador de acceso ha de poder traspasar los datos de impagos de los usuarios finales al operador de red inteligente prestador de servicios de contenido SMS Premium.

Por lo tanto, el operador de tránsito sí puede comunicar la información de impagos al operador prestador de red inteligente no interconectado con TELEFÓNICA siempre que esa información se limite a las llamadas realizadas a la numeración de tarificación adicional de la que es asignatario dicho operador. Ello supone que para que el operador de tránsito pueda traspasar la información de impagos al siguiente operador de la cadena de interconexión cumpliendo con la LOPD, éste debería de disponer de dicha información desglosada por operador asignatario de numeración o, de lo contrario, él mismo realizar dicho desglose previo a su traspaso. Desglose que, como venimos reiterando, no deben realizar los operadores de tránsito por no ser responsables de los servicios de facturación y gestión de cobro, sino que debe realizar TELEFÓNICA conforme lo previsto en la OIR para que la información de impagos esté disponible para todos los operadores asignatarios de numeración de tarificación adicional.

¹⁷ Informe con referencia 2011-0035 (pg.3): “(...) la cesión por parte del operador de red móvil al prestador de servicios de tarificación adicional de los datos necesarios para el cobro de las cantidades impagadas, y deducidas por el operador al prestador como consecuencia de las cláusulas contractuales tipo a las que se ha hecho referencia se encuentra amparada en la relación jurídica entablada por el abonado deudor con el propio prestador del servicio a través del operador de red, de forma que el prestado tiene derecho a poder reclamar la contraprestación exigible como consecuencia de la prestación del servicio de orificación adicional y para ello acceder a los datos necesarios para reclamar el abono de dichas cuantías cuando las mismas no hubieran sido satisfechas al operador de red móvil y éste las hubiera deducido y repercutido al prestador. El problema se centra entonces en determinar el alcance de la información que habrá de ser suministrada al prestador de servicios y a tal efecto debe en particular tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Es decir, el prestador no deberá acceder, y en consecuencia tratar, más datos que los necesarios para el fin que legitima su tratamiento.

Pero además, el hecho de que los operadores de tránsito modifiquen los certificados de TELEFÓNICA conforme con el desglose antes apuntado -al objeto de eliminar los datos que no se correspondan con llamadas realizadas a la numeración del operador prestador de servicios de tarificación adicional-, supone que una persona distinta a su autor, o a quien certifica, modifique los mismos con el consecuente riesgo de invalidar la veracidad de los datos ahí contenidos y, en consecuencia, afectar al valor probatorio de los mismos en sede jurisdiccional.

Finalmente conviene señalar que el hecho de que TELEFÓNICA no aporte los certificados del modo en que la OIR de 2010 establece, le supone claramente un ahorro en costes al evitar la adaptación de su herramienta informática para que la misma pueda desglosar por operador las llamadas de red inteligente – aunque se desconoce qué ahorro en costes implica, en la Resolución del recurso de modificación de la OIR 2010 apuntó que sobre unos 138.000 euros-. Sin embargo, dicho ahorro no justifica que desde 2011 no haya aportado estos certificados o que haya solicitado frente a esta Comisión, en caso necesario, una modificación de la OIR.

III.4.- Sobre el tipo infractor.

El incumplimiento defectuoso por parte de TELEFÓNICA de los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR vigente, tal y como se constató en el hecho probado único, supone el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de la Resolución del Consejo de la CMT, de fecha 23 de junio de 2011, recaída en el expediente tramitado con número AJ 2010/2378.

En la incoación del presente procedimiento se calificó el presunto incumplimiento de TELEFÓNICA como un incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión tipificado como infracción muy grave en el artículo 76.12 de la LGTel/14. Sin embargo, tras la instrucción del presente procedimiento y conforme se concluye en el subapartado III.2 de este Fundamento de Derecho, se ha podido concluir que la conducta antijurídica realizada por TELEFÓNICA consiste en el cumplimiento defectuoso o parcial de la citada Resolución de esta Comisión.

En virtud de lo anterior, se ha considerado adecuado pasar de calificar la conducta infractora de TELEFÓNICA como muy grave a grave. Teniendo en cuenta que en la LGTel/03 no existe una infracción que tipifique como grave la conducta probada, que el apartado 27 del artículo 77 de la LGTel/14 tipifica como grave el cumplimiento defectuoso de las resoluciones de esta Comisión y que ambas normas han estado vigentes durante los hechos sancionados, procede aplicar en este caso la LGTel/14 en virtud del principio de retroactividad de norma sancionadora más favorable. En consecuencia, la conducta infractora de TELEFÓNICA se califica como grave según lo previsto por el apartado 27 del artículo 77 de la LGTel/14.

Contra la anterior recalificación del tipo infractor TELEFÓNICA alegó que carecía de justificación. Al respecto, conviene señalar que, además de que la modificación del tipo infractor favorece a TELEFÓNICA, ya en la propia Propuesta de Resolución, en su página 20, se incluyó la motivación por la que se justificaba dicha recalificación: se constató que la información sobre impagos la pasa TELEFÓNICA a través de la herramienta online y se aportan certificados, pero no en la forma indicada en la OIR, motivo por el que se ha calificado como incumplimiento defectuoso de lo dispuesto al respecto en la OIR, según la Resolución del Consejo de la CMT de 23 de junio de 2011 (AJ 2010/2378).

Por otra parte, TELEFÓNICA alega que *“no puede considerarse que el incumplimiento de uno de los muchos mandatos y obligaciones impuestos en la Resolución de la CNMC suponga incumplimiento defectuoso de dicha Resolución (OIR).”* Apoya su alegación sobre la Sentencia¹⁸ del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 donde el alto tribunal estableció, en relación con la Oferta de Bucle de Abonado, que *“resulta irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de algunas de dichas obligaciones pueda ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA”*

En efecto, el TS en su sentencia por la que casó un pronunciamiento de la Audiencia Nacional y modificó el tipo de infracción imputable a TELEFÓNICA en un procedimiento sancionador en cuya resolución se había impuesto una sanción por el incumplimiento de dos resoluciones anteriores de la CMT por deficiencias en las bases de datos reguladas en la OBA, sostiene que la utilización del tipo de infracción del incumplimiento de resoluciones *“ha venido asociada bien a incumplimientos de mandatos concretos, bien en supuestos en los que no se suscitaba la cuestión aquí planteada de la idoneidad del tipo para su aplicación a un mandato específico contenido en alguna OBA”*. Para el TS, *“la OBA es un código de numerosos mandatos y obligaciones técnicas (...), muchos de ellos de complicada ejecución y de interpretaciones no siempre inequívocas, (...). Pues bien, (...), no puede identificarse el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de cualquiera de dichos mandatos con el tipo infractor aplicado de incumplir una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. El incumplimiento de cualquiera de dichos mandatos *“no puede ser conceptualizado sin más como una desobediencia al mandato básico de modificación y cumplimiento de la OBA”* [Fundamento Tercero de la sentencia, páginas 14 y 15].

Sin embargo, la Sentencia a la que también alude TELEFÓNICA en la página 34 de su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución (STS de 13 de

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Recurso de casación 2319/2011) contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional de fecha 28 de febrero de 2011, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por TELEFÓNICA contra la resolución del Consejo de la CMT por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la Oferta de referencia del Bucle de Abonado y en los sistemas de información de TELEFÓNICA.

noviembre de 2013, RJ 2013, 7545) distingue¹⁹ un incumplimiento generalizado de la OBA con un incumplimiento defectuoso de una concreta obligación de la OBA, como ocurre en el presente caso respecto de la OIR respecto de la modificación en la OIR que introdujo la Resolución de 23 de junio de 2011.

Asimismo, omite TELEFÓNICA en sus alegaciones que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 confirma la antijuridicidad de la conducta modificando el tipo infractor, pasando del artículo 53.r) al artículo 53.s) de la LGTel/03 (*“incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*), y reduce la sanción al límite máximo de la sanción posible según el mencionado tipo infractor, sosteniendo que la obligación de ofrecimiento de información mediante las bases de datos de la OBA *“puede incardinarse sin dificultad como una condición en la prestación de un servicio, en concreto el de habilitar y facilitar la información necesaria (...)”* [Fundamento Sexto de la sentencia, página 25].

Por otra parte, el tipo previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 –artículo 53.s), referido al incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas- no resulta ser el más adecuado, pues éste se ha venido aplicando para el incumplimiento de las condiciones previstas en la normativa²⁰ mientras que el tipo contenido en el artículo 53.r) de la LGTel/03, actuales art. 76.12 y 77.27 de la LGTel/14 –incumplimiento de resoluciones-, se aplica a los incumplimientos de obligaciones o mandatos impuestos en resoluciones de la CNMC –aunque se incorporen a ofertas de referencia-.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la infracción que se imputa a TELEFÓNICA y aquí se sanciona no se corresponde con el incumplimiento genérico de la OIR, sino con el incumplimiento de una obligación específica de la OIR expresamente prevista en el resuelve primero de la Resolución de 23 de junio de 2011 del recurso de modificación de la OIR de 2010 –y profusamente detallada en sus Fundamentos de Derecho-.

En definitiva, la infracción cometida por TELEFÓNICA se tipifica por el artículo 77.27 de la LGTel/14 por el cumplimiento defectuoso de la Resolución de la CMT, de fecha 23 de junio de 2011, relativa al recurso de modificación de la OIR de 2010. En concreto, por no emitir, al menos hasta el 10 de febrero de

¹⁹ STS de 13 de noviembre de 2013: *En lo que ahora importa, entendimos correctamente aplicado el tipo que se discute, puesto que no se trataba del incumplimiento de una obligación concreta y específica contenida en la OBA, sino de un incumplimiento continuado y generalizado de obligaciones comprendidas en ella. Pero no puede equipararse o identificarse el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una concreta obligación de una OBA con un incumplimiento continuado y generalizado de los mandatos contenidos en la OBA, como sucedía en aquella ocasión.”*

²⁰ RO 2010/328, RO 2012/464 y SNC/D TSA/1847/14/PORTABILIDADES IRREGULARES ORANGE.

2015, los certificados de impagos, rubricados mediante un sistema de firma digital que permitiera acreditar su procedencia, con la información debidamente desglosada por operador de numeración de red inteligente, conforme lo prevé la citada Resolución de la CMT.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

a) Consideraciones generales:

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual *«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»*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»*²¹.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las obligaciones establecidas ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

«Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

²¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.»

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso:

En el presente caso, se imputa a TELEFÓNICA una conducta antijurídica relativa a cumplir de forma defectuosa con la OIR respecto de lo resuelto por la CMT en su Resolución de fecha 23 de junio de 2011, relativa al recurso de modificación de la OIR de 2010, al no emitir, al menos hasta el 10 de febrero de 2015, los certificados de impagos, rubricados mediante un sistema de firma digital que permitiera acreditar su procedencia, con la información debidamente desglosada por operador de numeración de red inteligente.

TELEFÓNICA ha manifestado que siempre ha actuado en estricto cumplimiento de la OIR y de conformidad a Derecho al haber actuado conforme con lo dictado por la autoridad reguladora, lo que la excluye de toda responsabilidad. En apoyo de lo anterior, señala que *“ha cumplido escrupulosamente lo dispuesto en los citados apartados y en las Resoluciones de 2010 y 2011 que modificaron la OIR, en las que, con todos los respetos, no se exigía a Telefónica que emitiera tantas certificaciones como operadores asignatarios, sino que simplemente indicaba que la información debía facilitarse de forma desglosada por operador asignatario, sin indicar cómo.”*

Sin embargo, el apartado 6.5.4 de la OIR sí especifica cómo debía desglosarse la información de impagos para dar pleno cumplimiento al apartado 6.5.3 de la misma Oferta. Asimismo lo recogió el propio resuelve Primero de la Resolución del recurso de modificación de la OIR de 2010, que establece lo siguiente:

“PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SA contra la Resolución MTZ 2008/210 de 18 de noviembre de 2010, con relación a la solicitud de dicho operador de añadir expresamente en el texto consolidado de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) la obligación de Telefónica de España SAU de incluir en su información de impagos la información desglosada debidamente por operador de tarifas especiales en los términos expresados en la página 35 (apartado 7.3.1) de la Resolución de 18 de noviembre de 2010 (MTZ 2008/210), desestimándose el resto de peticiones incluidas en dicho recurso”.

De hecho, contra el tercer argumento en virtud del cual ORANGE interpuso su recurso de reposición contra la Resolución de 18 de noviembre de 2010 (de modificación de la OIR), relativo a incluir expresamente en el texto de la OIR la obligación de TELEFÓNICA de incorporar en su información de impagos la información desglosada debidamente por operador de tarifas especiales (entendido éste como el operador asignatario de la numeración destino, aunque dicho operador no esté directamente interconectado con TELEFÓNICA), la propia TELEFÓNICA presentó alegaciones por las que manifestaba los potenciales perjuicios que le podían suponer acceder a la

pretensión de ORANGE, alegaciones que fueron rechazadas y, en sentido contrario a lo pretendido por TELEFÓNICA, pretensión estimada a ORANGE.

En definitiva, TELEFÓNICA no emitió los certificados de impagos desagregados por operador asignatario de numeración de tarifas especiales cuando dicho operador no estuviera directamente interconectado con TELEFÓNICA. Si bien es verdad que el 6.5.3 de la OIR no establece cómo debe TELEFÓNICA ponerlos a disposición los certificados de impagos a los operadores de red, dicha laguna quedó cubierta con lo previsto en el apartado 6.5.4 de la OIR respecto de la información de impagos entre la que se incluyen los certificados de impagos.

Por todo lo anterior, se concluye la existencia de, al menos, una conducta culpable por parte de TELEFÓNICA en base a los hechos que configuran el tipo infractor del artículo 77.27 de la LGTel/14, al no poner la diligencia debida para emitir los certificados de impagos de forma desagregada por operador asignatario de numeración.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

VI.1. Criterios de graduación de la sanción:

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos en la LGTel/14, los aspectos que hay que tener en cuenta para determinar la sanción para cada una de las conductas antijurídicas cometidas.

Así, respecto de la conducta antijurídica, el artículo 80.1 de la LGTel/14 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”.*

Asimismo, según el artículo 80.2 de la LGTel/14, *“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”.*

Además de los criterios anteriores, el 80.1 de la LGTel/14 se remite expresamente a los criterios establecidos en el artículo 131.3 de la LRJAPC, según el cual:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) 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.”*

Con la correcta aplicación de los anteriores criterios se cumple con el principio de proporcionalidad que prevé el artículo 131 de la LRJAPC exigible a la potestad sancionadora, conforme lo expresa nuestro Tribunal Supremo cuando señala que *“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). Entiende el alto tribunal que se cumple este principio cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción (...), 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 los citados 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 la necesaria disuasión que debe guiar el ejercicio de esta potestad²².

²² Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

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

En aplicación de los anteriores criterios, se ha tomado en especial consideración el escaso daño ocasionado al mercado por la comisión de la infracción objeto de este procedimiento.

La falta de desglose de los documentos de detalle que certifica TELEFÓNICA no parece haber dado lugar a muchas reclamaciones. Esta Comisión sólo conoce la presentada por el operador Premium Numbers, reclamación que se trató en el conflicto de acceso con número de referencia CNF/DTSA/1164/14. Sin embargo, este operador no ha acreditado que haya necesitado los certificados para nuevos procedimientos judiciales –fuera del recogido en la Resolución del conflicto citado- ni que los haya solicitado a TELEFÓNICA y ésta se haya negado a aportarlos.

Durante la instrucción del presente expediente, JAZZTEL, ORANGE y VODAFONE ONO han sido requeridos sobre el impacto que ha tenido para sus empresas este incumplimiento, y todos ellos señalaron que no les ha supuesto ningún inconveniente –a pesar de ser uno de ellos el que inicialmente solicitó que se introdujera esta obligación en la OIR-.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, TELEFÓNICA señala en sus alegaciones a la propuesta de resolución que no se ha acreditado la existencia de perjuicios a los operadores por lo que considera que el daño no es escaso sino inexistente. La propuesta valoró el escaso perjuicio causado ya que sólo consta un único conflicto relacionado con esta conducta y ni el operador que interpuso el conflicto, ni los requeridos durante la tramitación del presente procedimiento, han aportado información que revele los perjuicios ocasionados por esta conducta (véase también el Acuerdo de la SSR de 17 de diciembre de 2015, por el que se pone fin al expediente de información previa relativo a la denuncia formulada por Premium Numbers, S.L. contra TELEFÓNICA - IFP/DTSA/222/15/PREMIUM NUMBERS OIR-). No obstante, no se descarta que se haya podido producir daño a los operadores asignatarios de red inteligente por la que han prestado servicios de tarificación adicional y que no están directamente interconectados a la red de TELEFÓNICA debido a que no han podido obtener los certificados de impagos previstos en la OIR.

VI.2. Límites aplicables en la cuantificación de las sanciones:

El artículo 79 1.c) de la LGTel/14, establece que se *“impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros”*. Asimismo, señala que *“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.”*

Al respecto, se ha de tener en cuenta la situación económica de la entidad imputada en relación con la actividad relativa al servicio telefónico fijo disponible al público para tarifas especiales hasta febrero de 2015.

De los datos obrantes en poder de la CNMC²³ –llamadas a 803, 806 y 807- los ingresos por esta actividad alcanzaron un importe de **INICIO CONFIDENCIAL** **FIN CONFIDENCIAL** euros.

Por lo que se refiere a las cantidades correspondientes al servicio mayorista de red inteligente para el periodo de la infracción, TELEFÓNICA indica que ha obtenido unos ingresos de **INICIO CONFIDENCIAL** **FIN CONFIDENCIAL** euros en concepto de servicio de acceso y facturación y gestión de cobro, siendo este servicio, a juicio de la instructora, el más relacionado con la infracción cometida.

En cuanto al criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de actos u omisiones en que consiste la infracción, no es aplicable al presente procedimiento, puesto que no ha podido estimarse el daño causado y desconociéndose con veracidad el ahorro en costes que le ha supuesto a TELEFÓNICA el no preparar y poner a disposición los certificados de detalle desglosados por operador asignatario de la numeración, no es posible determinar el beneficio que le ha podido reportar a TELEFÓNICA su conducta.

Por ello, de conformidad con el artículo 79.1.c) de la LGTel/14, se debe concluir que el límite máximo de la sanción es de 2 millones de euros.

VI.3. Determinación de la sanción:

Con respecto a la infracción cometida, a partir de los datos expuestos y aplicando los criterios de graduación anteriormente mencionados, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- No ha sido posible determinar qué beneficio bruto habría obtenido TELEFÓNICA por la comisión de la infracción, puesto que se desconoce el ahorro que le supuso la realización de la conducta infractora. Por tanto, la cifra de 2.000.000 euros fijada por el artículo 79.1.c) de la LGTel de 2014 es la que ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- Se ha apreciado la concurrencia de una circunstancia que atenúa la sanción a imponer a TELEFÓNICA en la comisión de la infracción: el escaso daño causado al mercado.
- En relación con la situación económica de la empresa imputada se ha determinado que, en la prestación del servicio telefónico fijo (minorista) a

²³ Se ha requerido a Telefónica al respecto pero no ha aportado la información en su escrito presentado el 3 de noviembre de 2015 (documento núm. 36 del expediente administrativo).

servicios de tarifas especiales (803, 806 y 807) TELEFÓNICA ha obtenido unos ingresos durante el periodo considerado de **INICIO CONFIDENCIAL** [] **FIN CONFIDENCIAL** euros y por el tráfico mayorista a servicios de tarifas especiales de **INICIO CONFIDENCIAL** [] **FIN CONFIDENCIAL** euros.

En relación con esta última conclusión, TELEFÓNICA alega que se han tenido en cuenta los ingresos minoristas de esta rama de actividad. Como se indica en la propuesta, han sido los ingresos correspondientes al servicio mayorista de red inteligente para el periodo de la infracción los más relacionados con la infracción cometida. Por este motivo, han sido estos últimos los que se han tenido en cuenta.

Asimismo, alega TELEFÓNICA que no ha obtenido beneficio alguno con esta actividad porque los precios de estos servicios de gestión y facturación y cobro están orientados a costes. Los únicos ingresos que, en su opinión, deberían tenerse en cuenta son los del servicio de acceso, facturación y cobro de operadores alojados en red de terceros. Al respecto, esta Comisión considera que aunque los precios estén orientados a costes, TELEFÓNICA sí obtiene unos ingresos por la prestación de los servicios, independiente de en qué red estén alojados los operadores cuyos clientes originan las llamadas. En todo caso, a efectos del cálculo de la sanción, puesto que no ha sido posible determinar los beneficios obtenidos por TELEFÓNICA por la comisión de la infracción, este criterio de graduación no resulta aplicable.

No obstante, en atención a la relevancia que tiene en el presente caso el criterio de atenuación concurrente –no se han podido determinar daños al mercado– y que la infracción se imputa a título de culpa, el importe de la sanción debe ser objeto de modulación. En virtud de lo anterior, se acuerda imponer una sanción de cincuenta mil (50.000) euros por tratarse de un incumplimiento defectuoso de la OIR al no haber elaborado los certificados de impagos con el desglose fijado en los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la OIR en relación con los servicios de tarifas especiales de tarificación adicional.

Vistos los citados antecedentes de hecho, el hecho probado único y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

Primero.- Declarar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia y de 23 de junio de 2011 por la que se resuelven los recursos de reposición

interpuestos por Telefónica de España SAU y France Telecom España SA contra la anterior Resolución en relación con los apartados 6.5.3 y 6.5.4 de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

Segundo.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una multa por importe de cincuenta mil (50.000) euros por la infracción indicada en el resuelve primero.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.