

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
SMARTGROUP SOLUCIONES INTEGRALES, S.L., POR EL
INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE
INSCRIPCIÓN REGISTRAL, NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD****SNC/DTSA/022/15/SMARTGROUP
NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD****INSCRIPCIÓN****REGISTRAL,****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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016

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

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.- Periodo de Información previa (expediente MTZ 2013/1710)**

Con fecha 18 de septiembre de 2013, se inició un período de información previa (folios 3 a 6 del expediente administrativo) con el objetivo de aclarar los hechos comunicados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT¹) por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM²) sobre el operador Ocean's Network, S.L (en adelante,

¹ Extinguida e integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desde el 7 de octubre de 2013.

² La AOPM es la asociación de operadores móviles que gestiona la Entidad de Referencia de portabilidad móvil, cuyo fin principal es el establecimiento, gestión y supervisión del mecanismo

Ocean´s) que se promocionaba como un operadormóvil virtual (OMV) capaz de ofrecer una serie de tarifas diferenciadas a sus usuarios pero que, sin embargo, no formaba parte de dicha asociación, no contribuía a los costes del Nodo Central de portabilidad numérica³ y no podía facilitar por sus propios medios la portabilidad numérica a sus usuarios, siguiendo los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (expediente MTZ 2013/1710).

En el seno de dicho expediente, dicho operador puso de manifiesto la relación mayorista que mantenía con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) para la prestación de sus servicios (folios 10.1.1 a 10.1.4). Por ello, con fecha 4 de junio de 2014, se dio traslado del acto de inicio del período de información previa a TME y se le requirió, entre otras informaciones, la identificación de aquellas entidades con las que habría suscrito contratos que permitieran la reventa del servicio móvil a usuarios finales (folios 14 a 20).

Mediante escritos de TME, de fechas 2 de julio de 2014, 19 de diciembre de 2014 y 3 de febrero de 2015, esta operadora dio contestación a los requerimientos de información formulados por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) e identificó, entre otras entidades, a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. (en adelante, Smartgroup) como una de las entidades que revendían su servicio telefónico móvil (folios 21 a 36, 42 a 83 y 89 a 124).

Con fecha 17 de febrero de 2015, mediante escrito de la DTSA de la CNMC se requirió a Smartgroup información sobre: (i) los servicios que revende de TME, (ii) la fecha de inicio de la prestación de servicios de reventa, (iii) la cantidad de líneas móviles gestionadas, (iv) el contrato mayorista firmado con TME, (v) al menos tres contratos suscritos con los usuarios finales, (vi) los motivos por los que no se encuentra asociada a la AOPM, el detalle de cómo se desarrolla el proceso de portabilidad de los números bajo su titularidad y su interacción con el Nodo Central de portabilidad móvil, y (vii) la cantidad total de numeración importada y exportada y las fechas del primer número importado y primer número exportado (folios 125 a 129).

Con fecha 30 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de contestación de Smartgroup al requerimiento de información indicado anteriormente (folios 138 a 259).

destinado a intermediar en las interacciones que se establezcan entre los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de los números (Nodo Central)

³ Entidad que actúa como agente intermediario de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de números portados.

Segundo.- Incoación del presente procedimiento sancionador

Con fecha 17 de septiembre de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/022/15) (folios 433 a 453) contra Smartgroup, como presunto responsable directo de:

“- Una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación al artículo 6.2, en materia de inscripción registral.

- Una infracción administrativa leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración.

- Una infracción administrativa muy grave, tipificada en los artículos [“sic”] 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011”.

En dicho acuerdo se otorgó a la entidad imputada el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha de su notificación, para presentar las alegaciones y los medios de prueba que estimara convenientes para la defensa de sus intereses. Asimismo, se acordó incorporar al presente expediente la documentación relevante recabada en el marco de las diligencias previas MTZ 2013/1710.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 18 de septiembre de 2015 (folio 451). Asimismo, el día 22 de septiembre de 2015 se notificó el precitado acuerdo a Smartgroup, según acuse de recibo (folio 453).

Tercero.- Acceso al expediente y ampliación de plazo de alegaciones

Con fecha 30 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Smartgroup por el que solicita copia de los documentos obrantes en el expediente (folio 454).

Con fecha 22 de octubre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Smartgroup por el que solicita ampliación de plazo para realizar alegaciones en quince días adicionales. (folios 455 a 456).

Por medio de un escrito de la instructora del procedimiento, de fecha 19 de octubre de 2016, se le concedió acceso a al expediente sancionador, obteniendo copia de la documentación obrante en el mismo (versión pública) y, asimismo, a los documentos no confidenciales del expediente MTZ 2013/17101 que se incorporó al presente expediente sancionador en fecha 17 de septiembre de 2015 (folio 461), acto que fue notificado el día 26 de octubre de 2016 (folios 465 a 466).

Por medio de un escrito de la instructora del procedimiento, de fecha 21 de octubre de 2016, se concedió a Smartgroup una ampliación máxima de 15 días naturales para efectuar alegaciones (folios 457 a 458), acto que fue notificado el día 26 de octubre de 2016 (folios 459 a 460).

Cuarto.- Escrito de alegaciones de Smartgroup

Con fecha 10 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Smartgroup en virtud del cual presentaba alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (folios 467 a 750).

El día 14 de diciembre de 2015 Smartgroup presentó un escrito de alegaciones complementarias (folios 751 a 760).

Quinto.- Requerimientos de información a Smartgroup y otros actos de instrucción

Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se llevaron a cabo actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos, consistentes en realizar consultas al Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, a los efectos de determinar desde cuándo viene prestando servicios de comunicaciones electrónicas como revendedora en virtud de su contrato de reventa con TME, el número de altas nuevas de clientes que no provienen ni de TME ni de otras operadoras, y la descripción del procedimiento de portabilidad de sus clientes, entre otros aspectos, el día 22 de abril de 2016 fue efectuado un requerimiento de información a la entidad Smartgroup (folios 761 a 764).

Con fecha 13 de mayo de 2016 Smartgroup daba contestación al requerimiento de información formulado (folios 765 a 832).

Sexto.- Propuesta de resolución

Con fecha 22 de junio de 2016 se dictó la propuesta de resolución por parte de la instructora del procedimiento (folios 387 a 421).

En ella se proponía lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación con el artículo 6.2 en materia de inscripción registral, desde el día 26 de septiembre de 2011 hasta el 5 de noviembre de 2015.

SEGUNDO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. una sanción económica de 2.800 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Smartgroup, S.L. por la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el momento actual.

CUARTO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L una sanción económica de 2.000 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Tercero.

QUINTO.- Declarar responsable directo a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. por la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

SEXTO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L una sanción económica de 10.000 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Quinto.

La propuesta fue notificada a Smartgroup el día 27 de junio de 2016 (folio 879 a 880).

Séptimo.- Alegaciones a la propuesta de resolución

En fecha 1 de agosto de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Smartgroup a la propuesta de resolución (folios 881 a 894).

En síntesis, el citado operador alega en su escrito que:

-Que ha notificado fehacientemente a esta Comisión el comienzo de su actividad como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, en concreto como operador móvil virtual, corrigiendo⁴ así la primera de las conductas infractoras que se le imputan. Por tal motivo, manifiesta su disconformidad con la propuesta de sanción por esa conducta infractora al no haberse tenido en cuenta su cese durante la instrucción del expediente sancionador.

-De conformidad con la anterior alegación, como consecuencia de que Smartgroup ignoraba que estaba actuando como un operador de comunicaciones electrónicas, ignoró su obligación de ser subasignatario de numeración previa autorización de esta Comisión.

- Si bien Smartgroup ha venido incumpliendo con el proceso de cambio de operador con conservación de numeración previsto en las Especificaciones Técnicas dictadas por esta Comisión al respecto por los mismos motivos antes expuestos, el proceso que ha seguido Smartgroup no perjudica de manera directa ni limita los derechos de los usuarios finales. Muestra de ello, es que no ha existido ninguna reclamación sobre portabilidad por parte de sus clientes.

- Que las sanciones propuestas atentan contra el principio de igualdad pues mismas infracciones cometidas por otros operadores han sido impuestas⁵ sanciones inferiores.

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

Por medio de escrito de fecha 29 de agosto de 2016 (folio 895), el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Noveno.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del

⁴ Por Resolución del Secretario de la Consejo de la CNMC, con fecha 24 de noviembre de 2015 Smartgroup fue inscrita en el Registro de Operadores como persona autorizada para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo, proveedor de acceso a Internet y operador móvil virtual prestador de servicio.

⁵ En el expediente SNC/D TSA/1951/14 se sancionó a R.E.Video y AVP Porriño con 1000€ por haber prestado servicios de comunicaciones electrónicas sin estar previamente inscrito en el Registro de Operadores y con 5000€ por haber incumplido con las Especificaciones Técnicas en materia de portabilidad móvil.

Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 896).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil de TME, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el 5 de noviembre de 2015, sin haberlo comunicado previamente al Registro de Operadores para la modificación de los datos inscritos.

Se considera probado que Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil, desde el 26 de septiembre de 2011⁶ hasta el 5 de noviembre de 2015, sin haberlo comunicado previamente al Registro de Operador para la modificación de los datos inscritos. Estos extremos se han acreditado a través de los siguientes elementos de prueba:

1.1. De las alegaciones y documentación aportadas por Smartgroup

Smartgroup alega que viene prestando los servicios de reventa de los servicios de TME desde el 26 de septiembre de 2011, al amparo del contrato firmado entre ambas empresas en fecha 15 de julio de 2011 –contrato denominado “*contrato de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información móvil para su reventa*”. Posteriormente, esta relación contractual se ha prorrogado en diversas ocasiones. Actualmente, se encuentra en vigor el contrato suscrito con fecha 1 de enero de 2014, denominado “*contrato de venta de productos y prestación de servicios a revendedores móviles de la información para su reventa*”.

Debe determinarse, a priori, si Smartgroup debía haber notificado a esta Comisión –para su inscripción en el Registro de Operadores- la prestación del servicio que comenzó a prestar en dichas fechas al público en general, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la relación mayorista con TME, así como las características del servicio prestado por aquélla a sus clientes.

Asimismo, debe determinarse si la inscripción que ya constaba de la entidad en el Registro de Operadores ampara la actividad valorada en el presente expediente sancionador.

⁶ Según manifiesta Smartgroup, la relación con TME comenzó en el mes de julio de 2011, siendo la fecha de inicio de actividades el 26 de septiembre de 2011. (folios 765 a 832)

Por una parte, por lo que se refiere a la relación mayorista existente entre TME y Smartgroup (folios 138 a 259), en la cláusula primera de su contrato de 1 de enero de 2014 se prevé que su objeto es *“el establecimiento de los términos y condiciones por los que se regirá la venta de tráfico móvil nacional e internacional, de productos, de equipamiento TIC y de prestación de servicios finales de comunicaciones electrónicas por TME para que el Integrador de Tecnologías de la Información Móvil (TIM) se ocupe, en nombre propio, de su reventa a los clientes, agregando a los mismos sus servicios comerciales, de consultoría y de atención comercial”*.

Además, en la cláusula segunda.1.a) de dicho contrato se establece que Smartgroup revende a sus clientes, en su propio nombre, los servicios de comunicaciones móviles de TME. Concretamente, se señala que el revendedor móvil se obliga a *“adquirir de TME para la reventa a sus CLIENTES, en nombre propio”* aquellos productos y servicios relacionados en el Anexo II de su contrato.

En el contrato también se prevé que Smartgroup (y no TME) debe responsabilizarse frente a sus clientes del cumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios y de venta de los productos amparados por el objeto del contrato (cláusula segunda.1.f).

Además, dada la relación de confianza entre ambas operadoras, en el referido contrato consta que *“el Revendedor Móvil ejecutará por sí mismo los servicios de reventa a los CLIENTES”* (cláusula cuarta).

Así pues, a la vista del contrato mayorista celebrado entre TME y Smartgroup en su momento, y de las renovaciones sucesivas, se constata que Smartgroup actúa como una entidad revendedora de los servicios móviles de TME, considerándose, por tanto, que dicha entidad ha estado operando en el mercado de comunicaciones electrónicas móviles como un operador móvil virtual prestador de servicios (OMV PS).

Smartgroup es un operador que consta inscrito en el Registro de Operadores como operador que revende servicios de telefonía fija. La reventa del servicio de telefonía móvil es un servicio diferente. En este sentido, debe señalarse que el Reglamento de Prestación de Servicios incluye dentro de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas la de comunicar a la CNMC la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores en su artículo 12.2. Entre esos datos se incluye la descripción de la red o servicio, que deberá incluir, entre otros extremos, la descripción funcional de los servicios, su oferta y descripción comercial.

Por otra parte, en lo que se refiere a los contratos minoristas de Smartgroup con sus usuarios finales (folios 138 a 259), cabe señalar que si bien aparece un sello de la marca Movistar y de la marca de Smartgroup en el encabezado de

estos contratos, ni a lo largo de los mismos ni en las condiciones generales de contratación se cita a TME como operador prestador de los servicios móviles.

Es cierto que en este contrato minorista se establece que Smartgroup no es la operadora de telecomunicaciones que provee el servicio de telefonía móvil, ya que la prestación de servicios se lleva a cabo en el presente supuesto por una entidad tercera, distinta e independiente de Smartgroup. Sin embargo, en ningún momento se identifica a los usuarios quien es esta entidad. Además, del resto de documentos analizados y de los escritos presentados por la operadora en el marco del presente procedimiento sancionador, se comprueba que es Smartgroup quien se responsabiliza de la prestación del servicio.

Así, según lo dispuesto en la copia del contrato minorista aportada a esta Comisión, Smartgroup es quien responde frente a los clientes. También es esta empresa quien figura como titular de las líneas minoristas hasta que sus usuarios le comunican su intención de dar de baja el contrato para poder cambiar de operador. Y, por último, también es Smartgroup quien factura mensualmente el precio de los servicios prestados.

A la vista de lo expuesto se comprueba que esta empresa ha estado prestando los servicios móviles de TME, no como comercializadora, sino en calidad de revendedora de dichos servicios, lo que conlleva su condición de operadora.

1.2. Notificación a la CNMC para su inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas

El día 5 de noviembre de 2015, Smartgroup comunica su intención de prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de prestación del servicio telefónico móvil mediante su reventa. En dicha notificación, Smartgroup declara que viene prestando sus servicios en virtud de sus contratos mayoristas suscritos con TME, de 15 de julio de 2011 y 1 de enero de 2014.

Con fecha 25 de noviembre de 2015, se dictó Resolución por la que se inscribe a Smartgroup como persona autorizada para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso directo, proveedor de acceso a Internet y operador móvil virtual prestador de servicio (reventa de servicio telefónico móvil).

Anteriormente, la entidad estaba exclusivamente inscrita desde el 19 de diciembre de 2013 (2013/2119) para prestar los servicios de comunicaciones electrónicas consistentes en la reventa del servicio telefónico disponible al público (STDP) fijo en acceso indirecto y en la reventa del servicio vocal nómada.

En conclusión, del examen de la documentación obrante en el presente procedimiento se ha comprobado que Smartgroup ha estado prestando

servicios de reventa de comunicaciones móviles de TME desde el 26 de septiembre de 2011, fecha de comienzo de la prestación de los servicios de reventa de TME al amparo del contrato firmado entre dicha operadora y Smartgroup, hasta el 5 de noviembre de 2015, fecha de la notificación a esta Comisión del inicio de su actividad como OMV PS.

SEGUNDO.- Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa del STDP móvil, sin la previa autorización de subasignación de numeración por la CNMC

Tal y como se ha expuesto anteriormente, Smartgroup presta el servicio de reventa del STDP móvil desde el 26 de septiembre de 2011.

Dicha prestación de servicios ha tenido lugar sin que TME o Smartgroup hayan solicitado a este organismo la autorización de subasignación de numeración móvil asignada a TME en favor de Smartgroup, necesaria para la prestación de dicho servicio de reventa.

La subasignación de numeración es el instrumento previsto para que, aquellas entidades que, sin poder disponer de numeración propia pretendan prestar servicios de comunicaciones electrónicas al público, puedan hacerlo a través de numeración asignada previamente al operador de red. De este modo, este operador titular de la numeración (asignatario de recursos públicos de numeración) puede subasignar la misma a otros operadores, previa autorización de esta Comisión⁷.

En el presente caso, debe analizarse si Smartgroup gestionaba numeración o si el gestor de la misma sería TME. Si Smartgroup se limitara a la contratación de sus servicios con los usuarios finales provenientes de otro operador que conservaran su numeración, entonces no sería necesaria la subasignación de numeración pero, en caso contrario, es decir, en el caso de tramitar altas nuevas de clientes no provenientes de otros operadores, se requeriría dicha subasignación de números por parte de TME a Smartgroup.

De la tabla aportada por TME junto a su escrito de fecha 6 de abril de 2015, presentado en el marco del expediente de información previa (MTZ 2013/1710), en el que figuran las fechas de inicio y finalización de servicios por parte de las entidades revendedoras de TME así como el número de líneas móviles y cantidad de números exportados/importados que le constaban hasta ese

⁷ Tal y como se afirmó por la CMT en la Resolución de 11 de febrero de 2010 (DT 2009/1045), a los efectos de establecer la fecha a partir de la cual se inicia la contribución a los costes de la AOPM “esta Comisión coincide con lo señalado por la AOPM, en tanto que la única manera de fijar una fecha inequívoca, que coincide además con la aptitud para prestar servicios y estar por tanto obligado a permitir portabilidades es la de establecer como hito para el inicio del pago el de estar el operador inscrito y con numeración asignada o subasignada”.

momento, se infiere que Smartgroup habría estado dando de alta líneas con números de TME para nuevos clientes suyos –de Smartgroup-.

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS

FIN CONFIDENCIAL]

El dato relativo al “número de líneas móviles” corresponde al total del número de líneas ‘activas’ (incluidas las importadas) que Smartgroup tenía en el momento de contestar TME al requerimiento. Cabe destacar que este valor no correspondería al total de altas de líneas por parte de este operador desde el inicio de la prestación del servicio puesto que con anterioridad y posterioridad a la contestación al citado requerimiento ha podido haber más altas de líneas a favor de Smartgroup o es posible que algunos de los clientes hayan cesado en la recepción del servicio (numeración que ha causado baja) o hayan portado su número a otro operador (numeración exportada).

En la última columna se detalla la “cantidad de números exportados/importados”, es decir, la cantidad de números que se habían portado desde la operadora revendedora (en realidad, como se verá en el Hecho Probado siguiente, desde TME) a un tercer operador (exportación) y a los que habrían contratado los servicios de Smartgroup conservando la numeración proveniente de su anterior operadora (importación), a fecha de la contestación del requerimiento.

En el supuesto de que el modelo de negocio de un operador estuviera basado exclusivamente en la importación de numeración de otros operadores y no en dar altas nuevas, la diferencia entre la numeración importada y la exportada reflejada en un determinado momento debería ser un número como mínimo igual o mayor que el número de líneas móviles existentes en ese mismo momento, siendo –en una estimación- aproximadamente la diferencia el número de líneas que han causado baja. Esto es, el número de líneas totales en un determinado momento como mínimo ha de ser igual a la diferencia entre los números importados y exportados en ese mismo momento -si no se han dado altas nuevas basadas en numeración propia-. En caso de arrojar la comparación un número mayor de líneas activas, se demuestra que el operador ha tenido que dar de alta líneas nuevas no procedentes de portabilidades previas.

Asimismo, en caso de ser la diferencia un número negativo, cabe esperar que el operador haya tenido que dar de alta líneas en bloques de TME con tal de poder posteriormente portar esos números a otros operadores. Es decir, si hay un número más alto de líneas exportadas que de importadas, la diferencia ha de venir necesariamente de las altas nuevas dadas por el operador.

En este último supuesto se encontraría Smartgroup. Como se observa en el cuadro anterior, la operadora tiene un número de líneas exportadas, a fecha de contestación del requerimiento, muy superior a las líneas importadas [**CONFIDENCIAL**]. Esas líneas necesariamente corresponden a altas nuevas dadas por Smartgroup.

Por último, hemos de remitirnos a lo declarado por la propia Smartgroup, que reconoce en su escrito de contestación de fecha 10 de mayo de 2016 a un requerimiento de información formulado por la instructora (folios 765 a 832), que *“el número de líneas (altas) nuevas que no provienen de TME ni de otros operadores asciende a 192”*.

En definitiva, resulta probado que Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa móvil con numeración asignada a TME, lo que supone una gestión comercial de dicha numeración sin la preceptiva autorización de subasignación de numeración por parte de esta Comisión.

TERCERO.- Desde el mes de noviembre de 2011 hasta la actualidad, Smartgroup no ha estado gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales

En el mes de noviembre de 2011, según manifiesta Smartgroup en su escrito de fecha 30 de marzo de 2015 de contestación a un requerimiento de información, se produjo la primera portabilidad de un cliente de Smartgroup hacia otro operador.

En la documentación aportada por Smartgroup en el presente expediente sancionador⁸ (folios 138 a 259, 270 a 416, 467 a 760 y 765 a 832), se comprueba que las solicitudes de portabilidad a terceros operadores por parte de los usuarios finales de Smartgroup han estado siendo tramitadas mediante un procedimiento en el que es TME –y no el operador reventa que tiene relación con el usuario final- quien se encarga de su gestión, en calidad de operador donante de la numeración.

En concreto, el proceso seguido en la tramitación de la portabilidad de los usuarios de Smartgroup cuando éstos han solicitado cambiar de operador ha sido el siguiente, según manifiesta la propia operadora:

1. Al contratar el cliente (usuario final) con Smartgroup, el cliente cede a dicho operador la titularidad de su línea.

Ello se ha podido comprobar en el análisis de los contratos minoristas entre Smartgroup y sus clientes (folios 138 a 259). Concretamente, en las condiciones generales de contratación 1.2 se señala que *“las líneas*

⁸ Escritos de fechas 25 de marzo de 2015, 7 de noviembre de 2015 y 27 de mayo de 2016.

cuyo uso se pone a disposición del Cliente están dadas de alta frente al operador de telecomunicaciones a nombre de Smartgroup, que es quien figura como integrador TIM autorizado frente al mismo”.

Además, se han aportado por la operadora tres documentos de cesión de la titularidad de las líneas a favor de Smartgroup (folios 765 a 832).

2. Cuando el abonado de Smartgroup desea cambiar de operador conservando la numeración, éste ha de comunicar a esta entidad su intención de portarse, de modo que dicha entidad debe proceder a la devolución de la titularidad de la línea y, por tanto, al cambio de los datos identificativos del usuario.

En las condiciones generales de contratación 1.2 de los contratos minoristas aportados por Smartgroup (folios 138 a 259), se señala que *“el Cliente reconoce y acepta este hecho sin perjuicio de que, en caso de terminación del Contrato, el Cliente pueda mantener la línea cambiando la titularidad de la misma y registrándola a su propio nombre siempre y cuando esté al corriente del pago. En dicho caso, el Cliente pasaría a ser el usuario final frente al operador prestador de los servicios⁹”.*

Además, se han aportado por la operadora tres documentos de cambio de titularidad a favor de los usuarios (devolución de la titularidad) y también tres solicitudes de devolución de las líneas (folios 765 a 832).

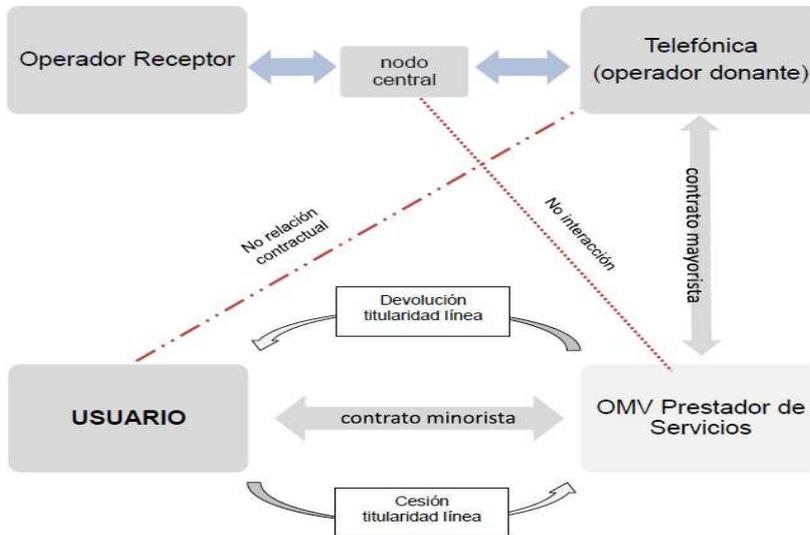
3. Una vez hecho el cambio, el cliente ha de indicar en la solicitud de portabilidad ante el operador receptor que el operador donante es TME, en lugar del revendedor.

Así se comprueba en el escrito de Smartgroup de fecha 10 de mayo de 2016 (folios 765 a 832), en el que describe el proceso de portabilidad – de este proceso no se informa al usuario final. En este escrito la operadora afirma que el cambio de titularidad de las líneas del cliente es realizado por el operador TME.

4. Finalmente, dado que la solicitud de portabilidad del cliente final la tramita TME como operador donante, este operador es quien acepta o rechaza la solicitud del cliente del operador revendedor, en lugar de éste último.

El procedimiento analizado se describe gráficamente a continuación:

⁹ Tercera entidad no identificada en los contratos minoristas (ver Hecho probado primero).



De lo anterior se comprueba que el procedimiento seguido por Smartgroup tiene como consecuencia que sus clientes, cuando contratan con ella, tienen que cederle la titularidad de la línea. Ello implica que cuando el usuario quiere contratar con otro operador, si quiere conservar el número telefónico (portar el número al otro operador), debe solicitar la devolución de la titularidad de la línea previamente a solicitar la portabilidad, devolución que se producirá si ha pagado sus servicios –por lo que el cliente no puede en realidad portarse cuando decida-. Puede observarse, además, que Smartgroup no opera –como debería- como operador donante en los procesos de portabilidad de sus clientes hacia otros operadores, siendo TME quien opera como tal.

En consecuencia, de los hechos descritos se constata que Smartgroup, desde noviembre de 2011, mes en el que se produjo la primera portabilidad de un cliente de Smartgroup, no está gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales.

CUARTO.- Resumen de los Hechos Probados

En conclusión, a la vista de lo expuesto a través de los tres Hechos Probados, ha resultado acreditado lo siguiente:

1. Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil de TME desde el 26 de septiembre de 2011 al 5 de noviembre de 2015 sin haber comunicado previamente dicha actividad al Registro de Operadores para modificar los datos inscritos.
2. Smartgroup está prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil, mediante el uso de numeración móvil asignada a TME, sin haber

obtenido la autorización de la CNMC para su subasignación en favor de dicha entidad, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta la actualidad.

3. Smartgroup no gestiona el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales, desde el mes de noviembre de 2011 hasta la actualidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Las competencias de la CNMC para instruir y resolver el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 y 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁰, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*, entre las que se encuentra *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”* y de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VIII de LGTel de 2003.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la Ley CNMC y 18.1 y 21.a) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 6, 20.2, 21.2, y 29.1 de la Ley CNMC.

En el presente caso, se ha investigado la posible infracción de la normativa relativa a la inscripción en el Registro de Operadores. Concretamente, se ha analizado si Smartgroup estaba prestando un servicio de comunicaciones electrónicas sin haber cumplido con su obligación de comunicar previamente al Registro de Operadores de esta Comisión el inicio de su actividad.

Asimismo, en materia de numeración, se investiga la posible infracción por parte de Smartgroup de la normativa en dicha materia, consistente en la falta de autorización de esta Comisión para la subasignación en favor de esta

¹⁰ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado a la anterior Ley 32/2003.

operadora de la numeración previamente asignada a TME, según establece el artículo 49 del Reglamento de Numeración¹¹.

De forma adicional, se ha analizado el posible incumplimiento por parte de Smartgroup de los procesos establecidos en las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil¹², para la tramitación de los cambios de operador con conservación de la numeración, solicitados por sus clientes finales.

Dichas presuntas infracciones se habrían cometido estando vigentes la LGTel de 2003 y, posteriormente, la LGTel de 2014. Por lo tanto, habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC¹³, que establece el principio de aplicar la disposición vigente en el momento de la infracción. Por otra parte, los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC recogen una excepción a este principio general al señalar que: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

1.1 Competencia en relación con la infracción en materia de comunicación al Registro de Operadores de la modificación de los datos inscritos.

En primer lugar, sobre la infracción en materia de inscripción registral y modificación de los datos inscritos, la misma consistiría en la falta de notificación por parte de Smartgroup -previo al inicio de su actividad de reventa del servicio telefónico móvil- para su inscripción en el Registro de Operadores, que gestiona esta Comisión, de conformidad con lo que disponía el artículo 48.4.l) de la citada LGTel de 2003.

El artículo 8 de la LGTel de 2003 señala que la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en dicha ley y su normativa de desarrollo. Dicha normativa, y en especial los artículos 5 a 12 del Reglamento de Prestación de Servicios, imponen a los operadores el deber de comunicar la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores.

El incumplimiento de esta obligación formal se tipificaba en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003 como infracción administrativa grave consistente en *“El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*,

¹¹ Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

¹² Resolución de la CMT por la que se aprueba la Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de cambio de operador, de 7 de julio de 2011.

¹³ “[s]erán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”.

correspondiendo su competencia sancionadora también a la CNMC-artículos 48.4.j) y 58 del mismo texto legal.

La LGTel de 2014 mantiene la obligación de que los operadores se sujeten a las condiciones previstas en la ley y en su normativa de desarrollo, en especial el Reglamento de Prestación de Servicios, para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por lo tanto, se mantiene la obligación de notificar el cambio en los datos inscritos en el Registro de Operadores.

Al igual que en el marco jurídico anterior, el artículo 77.17 de la LGTel tipifica como infracción administrativa grave *“La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*. De conformidad con el artículo 84.1 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Minetur.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el MINETUR no asuma la competencia efectiva de la gestión del Registro de Operadores y la competencia sancionadora en este ámbito, estas facultades se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

1.2. Competencia en relación con la infracción en materia de numeración

En segundo lugar, la infracción en materia de numeración consistiría en la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil mediante el uso de numeración previamente asignada a TME, sin la correspondiente subasignación a su favor.

Concretamente, en la letra t) del artículo 53 de la LGTel de 2003 se establece como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo para realizar tales actividades.

La LGTel de 2003 establece, en su artículo 58, que la competencia sancionadora corresponderá *“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en el párrafo q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados”*.

Es decir, la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil sin tener la correspondiente autorización administrativa de subasignación

supondría una infracción muy grave de acuerdo con la LGTel de 2003, correspondiendo la competencia sancionadora a la CNMC.

Por otro lado, de conformidad con la LGTel de 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve “[La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 61 y 6.2”.

Además de contemplarse dicha infracción como leve (ya no como muy grave), la LGTel de 2014 señala en su artículo 84.2 que la competencia sancionadora corresponderá a la CNMC, en el ámbito material de su actuación, “cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12,15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

Por tanto, esta infracción (la contemplada en el artículo 78.8) no se encuentra dentro de las infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión. De acuerdo con el artículo 84.1 de la LGTel de 2014, la competencia sancionadora corresponderá “Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados”.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el MINETUR no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo por la CNMC.

1.3 Competencia en relación con la infracción en materia de portabilidad

En tercer lugar, la presunta infracción en materia de portabilidad consistiría en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Concretamente, TME y los revendedores habrían utilizado un procedimiento para gestionar la portabilidad de los clientes de los revendedores diferente del establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Dicho procedimiento supone que la solicitud de portabilidad ha de presentarse por los clientes de los revendedores directamente ante el operador receptor y el operador donante ha de garantizar la portabilidad de sus usuarios finales.

De acuerdo con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 constituye una infracción muy grave “el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.

La competencia sancionadora de este tipo infractor correspondería a la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LGTel de 2003.

La nueva LGTel de 2014 contempla como infracción muy grave en el artículo 76.12 “[e]l incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.

Según la nueva LGTel de 2014, en su artículo 84.2 citado anteriormente, la competencia sancionadora sobre este tipo de infracción continúa recayendo sobre la CNMC.

1.4.- Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC, así como por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del EOCNMC.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Smartgroup ha incumplido sus obligaciones. En concreto, la de comunicar al registro de operadores el inicio de su actividad, la utilización de numeración subasignada para la prestación de sus servicios sin la preceptiva autorización administrativa y el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

Este procedimiento sancionador se inició contra Smartgroup ante la posible comisión de 3 infracciones administrativas: (i) Una infracción muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel de 2003 consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación al artículo 6.2, en materia de inscripción registral; (ii) una infracción tipificada en el artículo 78.8 de la LGTel 2014, que califica como infracción leve explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración; y (iii) una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, concretamente por incumplir las Especificaciones Técnicas de Portabilidad, aprobadas por Resolución de la CMT de julio de 2011.

En virtud de lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si Smartgroup podría haber incurrido en un incumplimiento de las obligaciones de notificación al registro de operadores, de un incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, así como de las Resoluciones de la CMT que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (EETT).

3.1. Sobre la infracción de Smartgroup consistente en no comunicar su nueva actividad a la CNMC, para la modificación de su inscripción como OMV Prestador de Servicios en el Registro de Operadores

Como se ha analizado en el Hecho probado primero, ha resultado acreditado que la entidad Smartgroup ha estado prestando, desde el mes de septiembre de 2011 hasta el 5 de noviembre de 2015, el servicio de comunicaciones electrónicas móviles como OMV-PS, al dedicarse a la reventa a usuarios finales del servicio telefónico móvil disponible al público prestado por TME sin haber realizado la notificación previa de inicio de la actividad al Registro de Operadores.

Como prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al público en general, la CNMC inscribe en la actualidad dos tipos de OMV: los OMV PS “prestadores de servicio” y los OMV “completos”¹⁴:

¹⁴ Existen otros tipos de figuras –como el Agregador o Enabler-. Esta clasificación general pretende ilustrar únicamente las formas más comunes de comercialización del STDP móvil que

- Los OMV PS: son entidades que revenden el servicio que soportan en sus redes los operadores móviles con red de acceso y/o concesión de radiofrecuencias. Los operadores revendedores son los encargados de facturar los servicios a sus clientes así como de ofrecer los servicios de atención al cliente (ej. a través de call centers) pero no necesitan disponer de equipamientos de red propios, ya que sus servicios se sustentan en los equipos de red del operador móvil cuyos servicios revende, con el que ha de llegar a un acuerdo de acceso.
- Los OMV completos: son entidades que prestan el servicio telefónico móvil disponible al público pero que no disponen de derechos de uso del espectro radioeléctrico. Esta limitación provoca que deban utilizar, para prestar su servicio, los elementos relacionados con el acceso radio del operador móvil con red y licencia de uso del espectro radioeléctrico (antenas, BTS, BSC, MSC/VLR, SGSN, etc), con el que ha de llegar a un acuerdo de acceso. No obstante, a diferencia de los OMV PS, los OMV completos disponen de elementos de red no relacionados directamente con el acceso radio (GMSC, RI, HLR, SMSC, MMSC, GGSN, etc), los cuales forman parte de la red troncal de los operadores de red móvil.

En lo relativo a la figura del revendedor u OMV PS, la CMT y CNMC han señalado en varias ocasiones que la reventa de los servicios de comunicaciones electrónicas implica la actuación del revendedor como cliente mayorista respecto de un operador (operador de red) y como suministrador minorista respecto a un tercero (usuario final). El revendedor es responsable de la prestación del servicio ante los usuarios y de las actividades conexas como la facturación, la atención al cliente, etc. y oferta y contrata a sus potenciales clientes en nombre propio, estableciendo sus propias condiciones y precios¹⁵.

En este sentido, el contrato suscrito entre TME y Smartgroup para la *“venta de productos y de prestación de servicios a revendedores móviles de la información para su reventa”* tenía por objeto permitir a la segunda entidad revender a terceros –en nombre propio- el servicio telefónico móvil provisionado por TME. En otras palabras, en virtud del acuerdo entre Smartgroup y TME, dicha entidad actuaba como cliente mayorista de TME, para poder ofrecer en el mercado minorista los servicios objeto de dicho contrato.

hay en el mercado –al margen de otros tipos de comercialización del servicio por los que su prestador no asume una responsabilidad como operador de comunicaciones electrónicas-

¹⁵ Sirva, entre otras, la determinación de OMV PS que se estableció en la Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a la consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) (RO 2005/759) o en la Resolución del procedimiento sancionador incoado contra la entidad 20020Tel Europa, S.L. por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (RO 2013/344).

Dicha actividad de reventa se considera un servicio de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, Smartgroup lo ha estado prestando como revendedora del servicio telefónico móvil de TME sin comunicarlo previamente a esta Comisión en los términos expuestos en el artículo 12 en relación con el artículo 5.5.d), ambos del Reglamento de Prestación de Servicios, para que se procediera a la modificación de los datos inscrito en Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que gestiona actualmente esta Comisión. De ello se concluye que no ha cumplido con su obligación de comunicar esas modificaciones en lo que se refiere a su actividad como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas

El tipo de infracción del artículo 54.p) de la LGTel de 2003, actualmente derogada, dispone que se considera infracción grave *“El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”.*

Dicha infracción se mantiene como grave y con una redacción similar en el artículo 77.17 de la LGTel actual, que tipifica como infracción administrativa grave *“la negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”.*

El artículo 128.1 de la LRJPAC señala que *“Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”.*

La infracción analizada se comete al comenzarse a realizar la actividad – el 26 de septiembre de 2011- distinta a la que originó su inscripción en el Registro de Operadores como operador de servicios de comunicaciones electrónicas sin realizarse la notificación a la CMT,¹⁶. Por lo tanto, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003 concretada, en el presente caso, en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de *“operador móvil virtual prestador de servicio”*, sin haber realizado la notificación fehaciente a este organismo prevista en el artículo 12.2 del Reglamento de Prestación de servicios en relación con el artículo 8.1 de la LGTel de 2003. Ello verifica el requisito de tipicidad conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

La propuesta de resolución tipificaba la conducta como una infracción del artículo 53.p) de la LGTel de 2003, que dispone que constituye una infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, en relación con el artículo 6. 2 de la misma ley, al considerar

¹⁶ El artículo 79.1.c) de la LGTel de 2014 permite imponer multa de hasta 2 millones de euros, mientras que el artículo 56.1.c) de la LGTel de 2003, aplicable respecto a las infracciones tipificadas en el artículo 54.pt), permite imponer multa de hasta 500.000 euros.

que Smartgroup había prestado el servicio de reventa del servicio telefónico móvil sin comunicarlo previamente a esta Comisión.

Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso y las alegaciones de Smartgroup, se considera más adecuado tipificar su conducta bajo el artículo 54.p) de la LGTel de 2003, que comporta menor gravedad. En caso contrario, y sin perjuicio de las consideraciones sobre la cuantificación de la multa a imponer, se colocaría en idéntica situación al operador que, infringiendo los requisitos esenciales establecidos por la Ley para iniciar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, no realizara la notificación previa a su inicio, que al que ya estuviese inscrito como operador de servicios de comunicaciones electrónicas para determinados servicios e iniciara la prestación de una modalidad sin comunicarlo previamente para adaptar la inscripción a su nueva situación. El desvalor de ambas conductas es diferente, pues mientras que en el primer caso se trata de la infracción del requisito para el acceso a la actividad como operador de redes o servicios de comunicaciones electrónica y se hurtaría a las administraciones de la herramienta básica de control de su actividad (el Registro de Operadores). En el segundo supuesto el operador constaría inscrito, pero los datos de su inscripción no corresponderían a la realidad mientras no se notificase su modificación o ampliación. La actualización de los datos inscritos no es un requisito previo para el inicio de la actividad, sino una mera condición para su ejercicio.

3.3. Infracción por la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico móvil sin la previa solicitud de autorización de subasignación de la numeración de TME a su favor

El artículo 48 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por el Reglamento de Numeración dispone que tienen derecho a obtener recursos públicos de numeración del plan nacional de numeración telefónica los operadores de redes telefónicas públicas y del servicio telefónico disponible al público, en la medida en que lo necesiten para permitir su efectiva prestación.

Asimismo, el artículo 49 del citado Reglamento dispone que los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas pero no se encuentren en condiciones de obtener la asignación de recursos públicos de numeración, pueden utilizar las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, previa autorización de la Comisión.

La subasignación de numeración regulada en nuestra normativa sectorial (artículo 49 del Reglamento de Numeración) tiene por objeto permitir a los operadores dedicados a la reventa de servicios de telefonía el uso de numeración, al no tener reconocido el derecho a ser asignatarios de este tipo de recursos públicos en virtud del artículo 48 del citado Reglamento. Con este

mecanismo, los operadores revendedores de servicios de comunicaciones electrónicas (fijas o móviles), pueden disponer de recursos de numeración con los que poder dar de alta las líneas de nuevos clientes para ofrecerles servicios de comunicaciones electrónicas en nombre propio a partir de las condiciones mayoristas acordadas con un operador, explotador de red o prestador de servicios, que disponga de numeración asignada por esta Comisión.

De esta forma, la normativa sectorial configura un derecho a obtener numeración por los operadores en el caso en que sea necesaria para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, derecho que comporta la obligación de solicitar la autorización a esta Comisión para dicha utilización.

En el Hecho probado segundo se ha podido acreditar que, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta la actualidad, Smartgroup ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil que requieren de numeración, sin la correspondiente subasignación por parte de TME a dicha entidad, previa solicitud de autorización a la CNMC.

Por la comisión de dicha conducta, Smartgroup estaría incurriendo en un incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, al estar utilizando numeración pública sin haber obtenido la correspondiente autorización por parte de esta Comisión –o, anteriormente, la CMT-.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios¹⁷ señala que los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan en régimen de libre competencia, sin más limitaciones que las establecidas en la LGTel y su normativa de desarrollo. Entre tales limitaciones –que se configuran como requisitos para comenzar a prestar la actividad-, se encuentra (i) la necesidad de llevar a cabo una notificación a este organismo y cumplir una serie de requisitos (establecidos en el citado artículo 4 y siguientes) y (ii) disponer de los títulos necesarios para explotar derechos de uso del dominio público radioeléctrico, ocupación del dominio público o de la propiedad privada y recursos de numeración, direccionamiento o denominación, en virtud del apartado 4 del mismo artículo del Reglamento, que se remite a lo dispuesto en la normativa específica aplicable a dichos recursos públicos.

Pues bien, el artículo 53.t) de la LGTel de 2003 tipifica como infracción administrativa muy grave *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo”*.

¹⁷ Aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Es decir, la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas sin disponer de la correspondiente autorización de la CNMC para la subasignación de la numeración utilizada para su prestación, conllevaría una infracción muy grave de acuerdo con la LGTel de 2003.

Sin embargo, de conformidad con la LGTel de 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve “[l]a explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2” –esto es, se tipifica como infracción leve el incumplimiento de los requisitos exigibles, con la excepción de los establecidos en los artículos 6.1 y 6.2, entre los que se encuentra la exigencia de notificación previamente al inicio de la actividad-.

Según la información de que dispone esta Comisión, la conducta imputada a Smartgroup se ha venido realizando el día 26 de septiembre de 2011 hasta la actualidad, de modo que se concluye que Smartgroup ha incurrido en una infracción administrativa y procede aplicar la actual LGTel de 2014 al resultar más favorable para Smartgroup, en virtud del artículo 128.2 de la LRJPAC. En conclusión, Smartgroup ha incurrido en la comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 78.8 de la LGTel de 2014.

3.4. Infracción por el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT, de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011

De los antecedentes expuestos se ha podido concluir que, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta la actualidad, Smartgroup ha estado prestando sus servicios de reventa del servicio telefónico móvil sin seguir los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, para tramitar el cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales.

Ha de partirse de que todos los procedimientos administrativos definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas mediante Resoluciones de la CMT de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, son de directa aplicación, tanto a los operadores móviles de red como a los OMV, ya sean completos o prestadores de servicio.

Así se contempla en dichas Especificaciones. Concretamente, cuando el operador de red ha llegado a un acuerdo de acceso con un revendedor, ambos han de participar en el proceso de portabilidad, tanto para el caso de que un usuario desee portarse al revendedor (actuando éste como operador receptor¹⁸) como para el que el usuario desee irse a otro operador (actuando

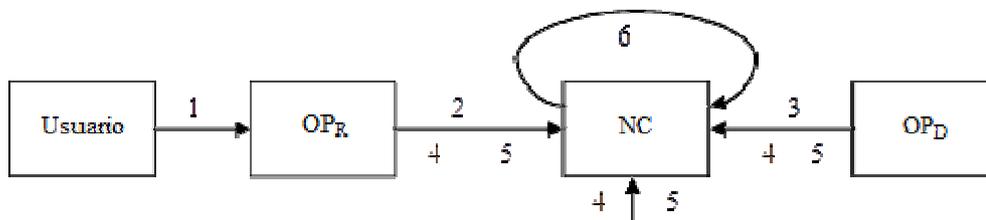
¹⁸ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador receptor el “el operador elegido por un abonado para la prestación del servicio telefónico móvil disponible

éste como operador donante¹⁹). El revendedor tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad, correspondiendo al operador de red su ejecución técnica (apartado 5.1 de las Especificaciones de 2009 y 2011).

Es decir, el operador de red es el encargado de encaminar las llamadas a nivel técnico, sin perjuicio de que la responsabilidad de asegurar el ejercicio del derecho a la portabilidad por parte del abonado corresponde al prestador del servicio (en el presente caso a los operadores reventa). En otras palabras, el revendedor tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad de los usuarios, correspondiendo al operador de red la ejecución técnica de la misma.

Así pues, en el caso de que el cliente de un OMV PS (revendedor) quisiera cambiarse de operador, debería poder solicitar directamente la portabilidad al operador receptor. En este caso el operador donante es el revendedor u OMV PS.

Según el apartado 5.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil de 2009 y 2011, los abonados, tanto de prepago como de postpago, deben iniciar el proceso de portabilidad mediante una solicitud de portabilidad al operador receptor. Así se contempla igualmente en el apartado 7.2.1.2, según el cual “*el usuario formaliza una solicitud de alta de portabilidad con el operador receptor*”, tal y como se describe a través del siguiente diagrama:



- 1.El usuario solicita el alta de portabilidad con el operador receptor.
- 2.Una vez recibida la solicitud de portabilidad por el operador receptor, éste, en el mismo ½ día hábil en el que se formaliza la solicitud de alta de portabilidad por parte del abonado se conecta al nodo central y realiza la grabación de la citada solicitud.
- 3.Dentro del medio día hábil siguiente al medio día hábil en que el operador

al público en modalidad de contrato o prepago o similar, el cual garantizará al abonado la conservación de su numeración telefónica”.

¹⁹ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador donante el “operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad”.

receptor ha procedido a la grabación de la solicitud de alta, el operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de alta de portabilidad, registrando dicha decisión en el nodo central, de modo que quede accesible al resto de operadores y entidades. Así, el operador donante podría rechazar la solicitud en el caso de falta de correspondencia entre la numeración y el abonado identificado por su NIF/ NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF.

En el caso de que transcurrido dicho período el donante no hubiera realizado la confirmación/rechazo de la solicitud, el nodo central rechazará la solicitud, indicando como causa de la misma la falta de respuesta en tiempo del operador donante.

4. Lectura de la confirmación/rechazo de la solicitud por el operador receptor.
5. Lectura del fichero de movimientos no cancelables por todos los operadores de red, al objeto de poder ejecutar las tareas para asegurar el encaminamiento de las llamadas.
6. Cambio de estado de la solicitud a “portada” en el nodo central al comienzo del medio día hábil siguiente a la ventana de cambio.

Según el apartado 4 de las dos Especificaciones Técnicas citadas, referente a las definiciones, el operador donante es el “operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad”. En consecuencia, Smartgroup debería ser la operadora donante al dedicarse a la reventa de los servicios de comunicaciones móviles de TME.

Asimismo, si un usuario de un OMV PS, como Smartgroup, quisiera cambiarse de operador, el apartado 7.2.1.2 de dichas Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil de 2009 y 2011 determina que el operador donante (el OMV PS) debe validar los datos del usuario que se cambia de operador con el objeto de confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad. Según lo señalado en el Hecho probado tercero este proceso lo realiza TME y no Smartgroup.

En consecuencia, el procedimiento utilizado por Smartgroup, descrito en el Hecho probado tercero, es contrario al establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil citadas, en la medida en que no puede garantizar el derecho a la conservación de la numeración como operador donante.

Pues bien, tanto el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 como el artículo 76.12 de la LGTel actual, califican como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión.

Siendo la LGTel de 2014 la norma vigente actualmente, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, concretada, en el presente caso, en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de *“operador móvil virtual prestador de servicio”*, sin cumplir las Resoluciones que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

CUARTO. Culpabilidad y responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJAP y PAC, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

De esta manera, puede concluirse que en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable. 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 la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no al hecho de vulnerar la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 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.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe. [el subrayado es nuestro].

En el presente caso, los tipos infractores aplicables no exigen la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente, respectivamente, en la falta de notificación al Registro de Operadores del inicio de la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil para la modificación de los datos inscritos, la prestación de servicios sin tener subasignada numeración por parte de TME, previa solicitud de autorización a la CNMC, y el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad de Móvil.

Por lo que se refiere a la falta de notificación al Registro de Operadores de su actividad como OMV PS, Smartgroup ha manifestado que estimó que no era necesario notificar en virtud del contrato de integrador TIC con TME como suministrador minorista respecto de terceros. Sin embargo, en cuanto tuvo conocimiento en la incoación del presente procedimiento sancionador de que la actividad que venía prestando Smartgroup era la de revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas, en concreto como OMV PS, Smartgroup notificó a esta Comisión su actividad formalmente el 5 de noviembre de 2015.

No obstante lo anterior, no puede dejar de imputarse a Smartgroup la infracción, en la medida en que, como operador inscrito para reventa del STDP fijo y teniendo en cuenta la solicitud que presentó en su día, debió conocer la norma aplicable y notificar la ampliación de los servicios inscritos para su actualización en el Registro de Operadores y, en consecuencia, tener la consideración de sujeto pasivo de la TGO correspondiente al servicio de telefonía móvil no notificado, que no le ha sido liquidada durante estos años.

No obstante lo anterior, no se ha observado que, por parte de Smartgroup hubiera una voluntad intencionada de no presentar la notificación de ampliación de los servicios, por lo que se imputa la infracción a título de negligencia.

Con respecto a la solicitud por parte de Smartgroup de autorización para la subasignación de numeración, la operadora ha indicado igualmente que entendía que no era necesario. Como se ha acreditado en el Hecho probado segundo, esta operadora tramitó altas nuevas, pero no se percibe la existencia de dolo en su actuación, que ha llevado a cabo según el contrato firmado con TME, sobre la base de los números que TME le proporcionaba.

Por último, en cuanto al incumplimiento de las Resoluciones de fechas de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprobaron las Especificaciones Técnicas de portabilidad móvil, Smartgroup, como OMV PS que gestiona líneas de clientes con numeración, ha de cumplir con lo dispuesto en las EETT de portabilidad móvil para garantizar el derecho de los usuarios a

portarse de operador conservando su numeración. Sin embargo, se considera aplicable a esta infracción el mismo razonamiento contemplado en el párrafo anterior, por lo que procede imputar la infracción a título de negligencia.

QUINTO.- Cuantificación de las sanciones aplicables

5.1.- Límites legales de las sanciones

La LGTel de 2014 establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, las conductas antijurídicas consisten en (i) la falta de comunicación de la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores; (ii) en la prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por parte de TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC y (iii) en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

- (i) Falta de comunicación de la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores

De conformidad con el artículo 56.1.c) de la LGTel de 2003, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa grave del artículo 54 p) de la LGTel de 2003 es la siguiente:

c) Por la comisión de infracciones graves 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 500.000 euros.

Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.

- (ii) Prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC

Por otro lado, la sanción que corresponde por la infracción administrativa leve del artículo 78.8 de la LGTel de 2014 es la prevista en el artículo 79.1 d) de la misma Ley:

“Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros”.

➤ (iii) Incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil

Por la infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014 la sanción que corresponde es la contemplada en el artículo 79.1 a):

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta 20 millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

5.2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales de cuantificación

A partir del límite legal máximo, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014:

- 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.

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

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJAP y PAC señala que:

“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.”

Finalmente, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJAP y PAC, según el cual:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”

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

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁰. Al respecto cabe citar la Sentencia del

²⁰ 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

Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

5.3.- Aplicación al presente caso de los criterios legales de graduación

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación anteriormente transcritos, tanto en la LGTel de 2014 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren criterios de graduación que haya que tener en cuenta para determinar la sanción.

5.3.1.- El cese de la actividad infractora tras la incoación del procedimiento sancionador

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede apreciar, con respecto a la primera infracción imputada, el cese de la actividad infractora durante la tramitación del expediente sancionador.

Como se ha expuesto en el Hecho Probado primero, el día 24 de noviembre de 2015 y, por tanto, durante la tramitación del procedimiento, la CNMC inscribió en el Registro de Operadores, por ampliación de actividad, a la entidad Smartgroup como OMV PS, tras la notificación hecha por esta entidad el día 5 de noviembre de 2015.

Este criterio no es aplicable en la ponderación de las otras dos infracciones imputadas a Smartgroup, en la medida en que no se solicitó autorización de subasignación ni se está cumpliendo con los procesos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, regularizando en su totalidad su actividad como OMV PS.

5.3.2.- La escasa repercusión social de la infracción cometida

Para la infracción consistente en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, procede tener en cuenta la escasa o nula repercusión social, como criterio que ha de minorar la sanción a imponer a Smartgroup.

Así, no se ha tenido constancia de quejas o reclamaciones de usuarios como consecuencia del comportamiento descrito de Smartgroup. Además, el número de líneas totales pertenecientes a Smartgroup, según escrito de TME aportado en el seno del expediente sancionador incoado por la CNMC contra ésta (SNC/DTSA/017/15) es de **[CONFIDENCIAL]**.

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

Esta atenuante no es aplicable en las otras dos infracciones imputadas a Smartgroup, consistentes en la falta de notificación al Registro de Operadores de su intención de presentar el servicio de reventa del STDP móvil y de prestar este servicio sin contar con la autorización de esta Comisión para hacer uso de numeración subasignada por parte de TME, ya que el bien jurídico lesionado por la comisión de estas infracciones es el de no cumplir los requisitos establecidos por la normativa y evitar así la supervisión de las actividades y del uso y el control de los recursos públicos de numeración por esta Comisión.

5.3.3.- La situación económica del infractor

De forma adicional, como indican tanto la LGTel de 2003 como la LGTel de 2014, se tendrá en cuenta en la imposición de la sanción la situación económica del infractor, derivada –entre otros aspectos- de sus ingresos obtenidos por todas las actividades llevadas a cabo por la empresa imputada.

En este sentido, según Smartgroup, ésta obtuvo ingresos brutos de explotación como revendedor de TME por valor de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros desde los años 2011 a 2015, respectivamente.

La comisión de la infracción consistente en la no comunicación previa del inicio o ampliación de la actividad a esta Comisión no le ha causado a Smartgroup un beneficio económico directo, al ser dicha notificación fehaciente un acto gratuito para los operadores, al igual que la obtención de autorización para utilizar la numeración subasignada de TME. No obstante, dicha infracción sí le ha supuesto un ahorro en cuanto que no pagó la TGO por esta actividad, tasa que tendrá que pagar.

Por otra parte, tampoco se ha demostrado que el incumplimiento de las Resoluciones que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil haya conllevado un beneficio económico directo para Smartgroup. En realidad, no ha podido determinarse el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones por el incumplimiento analizado, beneficio que es complejo de cuantificar, porque no se conoce el ahorro obtenido por no llevar a cabo las gestiones que como operador donante le correspondían a Smartgroup y no pagar los costes al Nodo Central –sin embargo, es posible que dichas gestiones se hayan pagado a través de los importes de los precios contenidos en el contrato con TME-.

Por tanto, de conformidad con el artículo 79.1 a) de la LGTel, y teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por estas infracciones, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en dos millones de euros, cincuenta mil euros y veinte millones de euros, dependiendo del tipo de infracción.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos, se considera que procede imponer a Smartgroup las siguientes sanciones:

- Respecto a la infracción grave tipificada en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003, una sanción económica de ochocientos 800 euros por no haber comunicado el inicio de una nueva actividad como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas para el que ya se encontraba inscrito, es decir, el inicio de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de *“operador móvil virtual prestador de servicio”*.
- Respecto a la infracción leve tipificada en el artículo 78.8 de la LGTel de 2014, se propone imponer una sanción económica de dos mil -2.000- euros por la prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC.
- Respecto a la infracción muy grave contemplada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, se propone imponer una sanción económica de diez mil -10.000- euros por el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

Además de lo anterior, el infractor está obligado al pago de la Tasa General de Operadores (TGO) que habría de haber satisfecho conforme al Anexo I de la LGTel de 2003 y 2014 en el supuesto de haber realizado la comunicación previa al Registro de Operadores al amparo de lo previsto en el artículo 6.2 de la LGTel de 2014 (y en el mismo artículo de la antes vigente LGTel de 2003), conforme al artículo 71.2.d) y el Anexo de la misma LGTel de 2014 y el artículo 17.b) del Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 54.p) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir las condiciones exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación con su deber

de comunicar las modificaciones que se produzcan respecto de los datos inscritos en el Registro de Operadores, desde el día 26 de septiembre de 2011 hasta el 5 de noviembre de 2015.

SEGUNDO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. una sanción económica de **ochocientos euros (800 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L., de la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el momento actual.

CUARTO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. una sanción económica de **dos mil euros (2.000 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Tercero.

QUINTO.- Declarar responsable directo a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L., de la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011, desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el momento actual.

SEXTO.- Imponer a Smartgroup Soluciones Integrales, S.L. una sanción económica de **diez mil euros (10.000 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.