

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ADJUDICACIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE DERECHOS DE USO DE LOS RECURSOS DE NUMERACIÓN DE TARIFAS ESPECIALES, GEOGRÁFICA Y MÓVIL

SNC/DTSA/045/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 18 de octubre 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.- Resolución de 23 de julio de 2015, por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por Vodafone España, S.A. contra Jazz Telecom, S.A.U. (CFT/DTSA/1439/14)

Con fechas 3 de diciembre de 2013 y 23 de enero de 2014, tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) dos escritos de Vodafone España, S.A., Sociedad Unipersonal (en adelante, Vodafone) mediante los que comunicó la suspensión en interconexión de 280 números asignados a Jazz Telecom, S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante, Jazztel -actualmente, Orange Espagne, S.A.

Sociedad Unipersonal¹), en virtud del procedimiento aprobado por la Resolución de 5 de septiembre de 2013² (en adelante, procedimiento común para la suspensión de interconexión), por el tráfico irregular cursado hacia la citada numeración en el periodo comprendido entre septiembre de 2013 y agosto de 2014 (folios 412 a 452 del expediente administrativo con núm. CFT/D TSA/1439/14).

Con fecha 26 de agosto de 2014, Vodafone aportó más numeraciones suspendidas durante el año 2014, constando un total de 791 numeraciones móviles y fijas suspendidas en interconexión asignadas a Jazztel (desde septiembre de 2013 hasta agosto de 2014) (folios 707 a 713).

Con fecha 23 de julio de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió (folios 963 a 1012) el procedimiento en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Vodafone España, S.A. tendrá derecho a reclamar a Jazz Telecom, S.A. aquellos pagos en interconexión cuyo origen sean tráficos irregulares hacia las 791 numeraciones suspendidas (adjuntadas en el anexo II) siempre que Vodafone haya sufrido impagos de sus usuarios y demuestre tales impagos y su denuncia o persecución en la vía correspondiente.

SEGUNDO.- Dar traslado de la presente resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a los efectos de la posible infracción tipificada en el artículo 77.34 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

TERCERO.- La Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual elevará a esta Sala una propuesta de acuerdo de incoación de procedimiento sancionador contra Jazz Telecom, S.A., por una conducta tipificada en el artículo 77.19) de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración”.

¹ Con fecha 26 de febrero de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito por el que se comunica la fusión por absorción de Jazztel por parte de Orange, adjuntando para ello, la escritura pública notarial de 8 de febrero de 2016, con número de protocolo 417, debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

Mediante Resolución de 31 de marzo de 2016 –exp. RO/D TSA/193/16/CANCELACIÓN JAZZTEL-esta Comisión procedió a la extinción de la condición de operador de la entidad Jazztel y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores, y a la inscripción de Orange, por ampliación de la actividad, como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

² Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 5 de septiembre de 2013, por la que se aprueba un procedimiento común para la suspensión de la interconexión de numeraciones por tráfico irregular (expediente RO 2013/290).

SEGUNDO.- Resolución de 23 de julio de 2015, por la que pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por Orange Espagne, S.A.U. contra Jazztel (CFT/D TSA/1112/14)

Con fechas 11 y 17 de marzo de 2014, tuvieron entrada en el registro de la CNMC dos escritos de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) mediante los que comunicó la suspensión en interconexión de 28 números de tarificación especial –902-, en virtud del procedimiento común para la suspensión de interconexión, por el tráfico irregular cursado hacia la citada numeración cuya asignataria era Jazztel desde orígenes que pertenecían a operadores extranjeros que se encontraban en España en el periodo comprendido entre enero de 2013 y marzo de 2014 (folios 25 a 59 del expediente administrativo CFT/D TSA/1112/14).

Con fecha 28 de mayo de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange en el que denunció la elevada cantidad de numeraciones 902 implicadas en los tráficos irregulares y asignadas a Jazztel. Concretamente, Orange señaló que durante el periodo de enero a mayo de 2014 comunicó a esta Comisión 146 numeraciones suspendidas³ (folios 71 a 80).

Asimismo, el 10 de septiembre de 2014 tuvo entrada escrito de Orange mediante el que solicitó la inclusión de 153 numeraciones implicadas en el tráfico irregular procedente de clientes extranjeros en roaming sobre la red de Orange y dirigido a numeración 902 y relativo al periodo de junio a septiembre de 2014 (folios 187 a 194).

Con fecha 23 de julio de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió (folios 343 a 376):

“PRIMERO.- Reconocer el derecho de Orange Espagne, S.A. a que le sean devueltos por parte de Jazz Telecom, S.A. aquellos pagos efectuados en interconexión cuyo origen sean tráficos irregulares hacia las 306 numeraciones suspendidas (adjuntadas en el anexo II) siempre que Orange Espagne, S.A. acredite fehacientemente que ha sufrido impagos de los operadores extranjeros, para aquellas llamadas originadas en roaming, o de sus usuarios, para las llamadas nacionales, relacionados con los tráficos irregulares cursados a las numeraciones suspendidas.

SEGUNDO.- La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual elevará a esta Sala una propuesta de acuerdo de incoación de procedimiento sancionador contra Jazz Telecom, S.A., por una conducta tipificada en el artículo 77.19) de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración.

³ Se incluye, dentro de los 146 números suspendidos, la numeración comunicada a esta Comisión con fechas 11 y 17 de marzo de 2014.

TERCERO.- *Dar traslado de la presente resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a los efectos oportunos”.*

TERCERO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

El 29 de octubre de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Jazztel (folios 1 a 15 del expediente administrativo sancionador), por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, por no haber llevado a cabo el control del uso de la numeración que le correspondía en virtud del artículo 59.c) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de mercados, acceso y numeración), con el fin de evitar comportamientos irregulares reiterados. Concretamente, el citado acuerdo señalaba que:

“De todo lo anterior se infiere que Jazztel tras haber sido advertido de la existencia de una proporción muy elevada de tráficos irregulares por Orange y Vodafone, no tomó medidas para evitar esos tráficos lo que pone de manifiesto una clara falta de diligencia en su actuación con respecto al control de la numeración asignada y como tal es el responsable del control de su numeración, tal como establece el artículo 59.c) del Reglamento de mercados, acceso y numeración, sobre las condiciones generales impuestas para la utilización de los recursos públicos de numeración”.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a Jazztel el 2 de noviembre de 2015 (folio 20). Asimismo, el 3 de noviembre de 2015 se notificó el precitado acuerdo a la instructora (folio 16), según acuse de recibo (folio 17).

Del citado acuerdo también se dio traslado a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) con fecha 6 de noviembre de 2015, según acuse de recibo (folios 22 y 23).

CUARTO.- Incorporación de documentos

Con fecha 4 de noviembre de 2015, la instructora comunicó a Jazztel la incorporación de cierta documentación al presente procedimiento sancionador, concretamente (folios 24 a 1022): los expedientes relativos al conflicto de interconexión planteado por Vodafone contra Jazztel (CFT/DTSA/1439/14) y al conflicto de interconexión interpuesto por Orange contra Jazztel (CFT/DTSA/1112/14).

El citado escrito fue debidamente notificado a Jazztel con fecha 5 de noviembre de 2015, según acuse de recibo (folio 1023).

QUINTO.- Escrito de Jazztel de 2 de diciembre de 2015

Con fecha 2 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Jazztel (folios 1024 a 1035) efectuando las siguientes alegaciones - de forma resumida-:

“Jazztel considera que ha actuado en todo momento con la diligencia que le corresponde en función de la normativa aplicable de los contratos que tiene suscritos con sus clientes mayoristas y que por tanto su conducta en ningún caso acreditativa de un incumplimiento a su obligación de mantener la numeración bajo su control.

Lo que en ningún caso se puede exigir de Jazztel, es que hubiese adoptado que “otras medidas” para evitar el “tráfico irregular”, entre otras cosas porque ¿cómo se puede controlar un comportamiento o conducta sin conocerla? (...). Por tanto, desde la perspectiva antes expuesta, Jazztel ve en la exigencia de una responsabilidad administrativa con base en los hechos puestos de manifiesto en el Acuerdo de incoación, una clara transgresión al principio de tipicidad.

Orange y Vodafone han querido señalar a Jazztel como responsable de la generación de tráficos irregulares, pero desde luego no existe una relación causal entre la prestación del servicio mayorista por parte de Jazztel y la originación de éste tipo de tráficos.

(...) tanto Vodafone como Orange han querido imputar un incumplimiento normativo a Jazztel con la finalidad de poder recuperar los costes que pueden haber tenido en interconexión debido al uso imprevisto que sus usuarios han hecho de sus planes tarifarios”.

SEXTO.- Requerimiento efectuado a Jazztel

A la vista de las alegaciones formuladas por Jazztel el 2 de diciembre de 2015, la instructora requirió el 13 de enero de 2016 a la operadora ciertas aclaraciones y la aportación de documentación (folios 1036 a 1038). Concretamente, se solicitó:

“1.- Indique las medidas que adoptó como asignatario y responsable del control de la numeración suspendida por Vodafone España, S.A. y Orange Espagne, S.A. en el periodo comprendido entre los años 2013 y 2014, y anexada a las Resoluciones de los expedientes CFT/DTSA/1439/14 y CFT/DTSA/1112/14 y aporte la correspondiente prueba documental.

2.- En su escrito de alegaciones de 2 de diciembre de 2015 afirma que “restringió el otorgamiento de numeraciones adicionales a los clientes mayoristas” como consecuencia de las suspensiones de la numeraciones. Al

respecto, aporte documentación acreditativa del citado extremo indicando el número, la entidad afectada, y si la misma se encuentra afectada por el expediente CFT/D TSA/1439/14 o CFT/D TSA/1112/14.

3.- Facilite los ingresos obtenidos durante el mes previo respecto de cada una de las numeraciones suspendidas y señalada en el anexo II de la Resolución del expediente CFT/D TSA/1439/14. Aporte prueba documental que apoye dichos ingresos.

4.- Respecto de los ingresos obtenidos por Vodafone, señale qué importe fue traslado a los clientes mayoristas, y el importe que finalmente obtuvo Jazztel.

5.- Facilite los ingresos obtenidos durante el mes previo respecto de cada una de las numeraciones suspendidas y señalada en el anexo II de la Resolución del expediente CFT/D TSA/1112/14. Aporte prueba documental que apoye dichos ingresos.

6.- Respecto de los ingresos obtenidos por Orange, señale qué importe fue traslado a los clientes mayoristas, y el importe que finalmente obtuvo Jazztel.

7.- Facilite los costes asumidos en relación a los ingresos obtenidos el mes previo de cada una de las numeraciones suspendidas y señalada en el anexo II de la Resolución del expediente CFT/D TSA/1439/14. Acredítese dicho extremo a través de documentación.

8.- Facilite los costes asumidos en relación a los ingresos obtenidos el mes previo de cada una de las numeraciones suspendidas y señalada en el anexo II de la Resolución del expediente CFT/D TSA/1112/14. Acredítese dicho extremo a través de documentación.

9.- En los contratos suscritos con sus clientes mayoristas y facilitados en el seno de los expedientes CFT/D TSA/1439/14 y CFT/D TSA/1112/14 se describen los distintos servicios que les prestan a los clientes mayoristas, (servicio de tránsito nacional, servicio de tránsito internacional, servicios de acceso a red móvil, servicios de terminación...). Al respecto, describa los servicios que presta o prestaba a los citados clientes.

10.- Facilite los ingresos obtenidos durante el periodo correspondiente a los años 2013 y 2014 en relación a cada una de las actividades o líneas de negocio prestadas. Asimismo, señale los costes derivados por la prestación de cada una de las actividades prestadas y relativo al mismo periodo señalado”.

El citado acuerdo fue debidamente notificado a Jazztel, con fecha 15 de enero de 2016, según el acuse de recibo que obra en el expediente (folio 1040).

El escrito de contestación al requerimiento anterior por Jazztel tuvo entrada en el registro de esta CNMC el 27 de enero de 2016 (folios 1041 a 1050).

SEPTIMO.- Escrito dando traslado de cierta documentación a Orange

La instructora del presente expediente procedió con fecha 1 de julio de 2016 a comunicar a Orange la continuidad del presente procedimiento sancionador SNC/D TSA/045/15, como entidad absorbente de Jazztel, habiéndola sucedido en consecuencia de forma universal en la totalidad del patrimonio, derechos y obligaciones (folios 1243 a 1270).

A través del citado escrito se le dio traslado del acuerdo dictado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 29 de octubre de 2015 e índice de la documentación obrante en el presente expediente. Asimismo, se le comunicó la incorporación de la documentación obrante en el expediente RO/D TSA/193/16 CANCELACIÓN/JAZZTEL⁴ (folios 1051 a 1226 del expediente administrativo RO/D TSA/193/16).

Por último, mediante el citado escrito se comunicaron a Orange los derechos que le asisten en virtud de la normativa vigente, concretamente los contemplados en los artículos 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), y 3 y 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, (en adelante, Procedimiento del Procedimiento Sancionador), dándole un plazo de quince días para formular alegaciones.

El citado escrito fue notificado a Orange según acuse de recibo, el 7 de julio de 2016 (folio 1272).

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 1 de julio de 2016, se declaró la confidencialidad de determinados datos y documentos contenidos en los escritos de 2 de diciembre de 2015 y 27 de enero de 2016 presentados por Jazztel (folios 1273 a 1275).

El citado escrito fue notificado debidamente a Orange el 4 de julio de 2016, según acuse de recibo (folio 1277).

NOVENO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 2 de agosto de 2016 la instructora del procedimiento dictó la propuesta de resolución, en la que se proponía:

⁴ Resolución por la que se procede a la extinción de la condición de operador de la entidad Jazz Telecom, S.A., y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores, y a la inscripción de la entidad Orange Espagne, S.A., por ampliación de la actividad, como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Vid también nota al pie 1.

PRIMERO.- Que se declare responsable directo a Orange Espagne, S.A.U. Sociedad Unipersonal de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración asignada del rango de tarifas especiales, móviles y geográficas incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica, por no haber llevado a cabo el control del uso de la numeración asignada.

SEGUNDO.- Que se imponga a Orange Espagne, S.A.U. Sociedad Unipersonal una sanción por importe de ciento cincuenta mil euros (150.000 €) por la anterior conducta.

La propuesta de resolución fue notificada a Orange el 12 de agosto de 2016.

DÉCIMO.- Alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 13 de septiembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Orange (folios 1336 a 1342) en el que formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Los contratos que Jazztel mantenía con sus clientes finales, tal y como habría sido acreditado frente a esta Comisión, imposibilitan a tal empresa la adopción unilateral de cualquier retención de las cantidades debidas por tráficos irregulares. Y de hecho no ha sido hasta la Resolución de los expedientes CFT/D TSA/1439/14 y CFT/D TSA/1112/14 cuando se ha reconocido el derecho de Orange y Vodafone a recuperar, mediante la acreditación del impago, las cantidades.
- Adicionalmente la comunicación de la suspensión a la CNMC, per se, no supone la constatación de que dichos tráficos son irregulares sino tal solo la presunción de que así es. Por ello, puede darse la circunstancia de que un tráfico sea inicialmente considerado como irregular y con posterioridad la CNMC concluya que no es así. Tales son algunos de los casos como los citados por la propia Jazztel en el expediente, en los que no se trata de casos de tráficos irregulares, sino meros arbitrajes de tarifas que no podrían considerarse como tal.
- En el caso de Vodafone, esta empresa acreditó un perjuicio económico derivado de impagos por parte de los clientes finales de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Aunque la Resolución de la CNMC decía que Vodafone debería acreditar la denuncia o persecución de tales impagos por la vía correspondiente, Jazztel ha procedido a cerrar el acuerdo sin exigir tal acreditación.
- Las cantidades abonadas por parte de Jazztel son superiores al beneficio

bruto que Jazztel llegó a percibir.

[CONFIDENCIAL

- Importe pagado a Vodafone: €.
- Beneficio bruto percibido por Jazztel: €

FIN CONFIDENCIAL]

Es decir, finalmente la única perjudicada económicamente por este tipo de tráficos ha sido Jazztel.

- Jazztel es una entidad ya extinta jurídicamente y que si bien se entiende que pudiera darse la transmisión de la responsabilidad sobre la práctica sancionada a Orange, debe entenderse que dicha transmisión debe ir ligada a los efectos que la comisión de tal práctica hubiera podido suponer para Orange.

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

Por medio de escrito de fecha 15 de septiembre de 2016 (folio 1343), la instructora 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.

DUODÉCIMO.- 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 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 1344).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Jazztel no adoptó los medios de control necesarios para evitar la continuación de tráficos irregulares a través de su numeración, habiéndose producido la suspensión en interconexión de 1.097 números asignados a Jazztel, por tráfico irregular, durante el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2013 y 2 septiembre de 2014

I.- El tráfico irregular generado desde las redes de Orange y Vodafone hacia la numeración de Jazztel:

Durante el periodo comprendido entre los meses de septiembre de 2013 y septiembre de 2014⁵ los operadores de red Orange y Vodafone suspendieron en interconexión 1.097 números correspondientes a rangos de numeración de tarifas especiales, móvil y geográfica, asignados a Jazztel, en virtud del procedimiento común para la suspensión de interconexión, contemplado en la Resolución de la CMT de 5 de septiembre de 2013 –procedimiento aplicable en aquel momento que permitía a los operadores de acceso suspender la interoperabilidad desde sus redes/usuarios hacia determinadas numeraciones si concurrían los criterios regulados por la CMT en aquel procedimiento-.

Jazztel se encontraba interconectado directamente con Orange para las llamadas cursadas hacia sus numeraciones con el código 902. La citada relación se regía por el Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) suscrito con fecha 1 de noviembre de 2011 (folios 154 al 185).

Respecto del tráfico generado desde la red de Vodafone, Jazztel también se encontraba interconectado directamente con el primero para las llamadas cursadas hacia sus numeraciones fijas y móviles. La relación jurídica entre sendos operadores se regía por el correspondiente AGI de 18 de mayo de 1999 (folios 737 a 748).

En relación a los servicios prestados a través de las numeraciones suspendidas, analizados en los expedientes de conflicto citados en los antecedentes primero y segundo de la presente propuesta de resolución, Jazztel, en sendos supuestos, ofrecía servicios de acceso desde su red y tránsito desde otras redes de acceso a sus clientes mayoristas, con el fin de que pudieran recibir llamadas en los puntos de entrega acordados. Los clientes mayoristas usaban la numeración suspendida en interconexión de Jazztel como numeración de acceso a plataformas de servicios de telefonía prestados por estas empresas -clientes de Jazztel-.

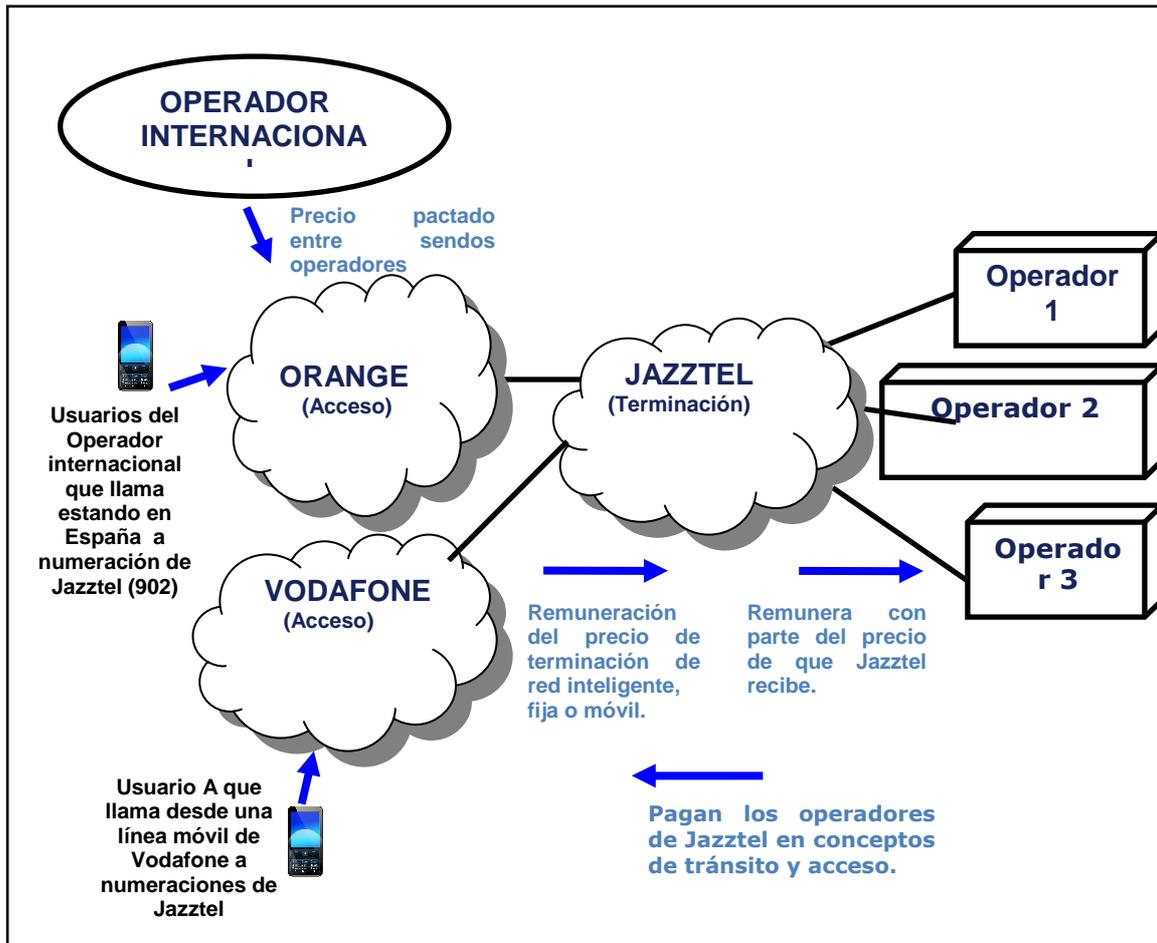
A modo de ejemplo, se utilizaba la numeración para la prestación de servicios de llamadas a través de tarjetas telefónicas o de reencaminamiento⁶ de

⁵ Las fechas corresponden a la primera comunicación de la suspensión en interconexión por parte de Orange y la última de Vodafone a esta Comisión.

⁶ Dicho servicio quedó prohibido en virtud de la Resolución de la SETSI de 27 de mayo de 2013 (publicada en BOE el 12 de junio de 2013), entrando en vigor 12 de junio de 2014.

llamadas de tráfico internacional, de conformidad con la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 4 de marzo de 2010⁷.

En el siguiente gráfico se pueden observar las relaciones de interconexión que median entre Jazztel y los operadores de red –Orange y Vodafone-:



Respecto del tráfico cursado hacia las numeraciones asignadas a Jazztel, como ya se acreditó en los conflictos tramitados –antecedentes primero y segundo de la presente propuesta de Resolución- Orange suspendió en interconexión, de conformidad con el procedimiento común para la suspensión de interconexión, 306 numeraciones del rango 902⁸ y Vodafone suspendió en interconexión 791 numeraciones móviles y fijas⁹.

⁷ Resolución de la CMT de 4 de marzo de 2010 sobre la denuncia planteada por France Telecom España S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas (DT 2009/675).

⁸ Se adjuntó como anexo II la numeración suspendida por Orange a la Resolución adoptada en el seno del Conflicto CFT/DTSA/1112/14.

⁹ Se adjuntó como anexo II la numeración suspendida por Vodafone y adjuntada a la Resolución adoptada en el seno CFT/DTSA/1439/14

Principalmente, la numeración 902 pertenecía a los subrangos **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL].

Tal como se señaló en la Resolución de 23 de julio de 2015 (folios 343 al 376), por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por Orange contra Jazztel (en adelante, CFT/DTSA/1112/14) se observó que el tráfico generado hacia dichas numeraciones, cumplía entre otras y de forma acumulada las siguientes características, de conformidad con lo dispuesto en el citado procedimiento común:

“[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL]”

Asimismo, respecto del tráfico cursado hacia las numeraciones asignadas a Jazztel, y suspendidas por Vodafone, tal como se señaló en la Resolución de 23 de julio de 2015 (folios 913 al 962), por la que se pone fin al conflicto de interconexión interpuesto por Vodafone contra Jazztel (en adelante, CFT/DTSA/1439/14), se observó que cumplía entre otras y de forma acumulada, las siguientes características, de conformidad con lo dispuesto en el citado procedimiento común:

“[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL]”

Las notificaciones de suspensión de interconexión fueron presentadas en el plazo de 24 o 48 horas indicado en el procedimiento común para la suspensión de interconexión, en el momento correspondiente a lo largo del periodo indicado y para cada una de las numeraciones suspendidas, supervisando la CMT *ex post* la concurrencia de los parámetros regulados y el cumplimiento del procedimiento común citado.

Adicional y posteriormente, el análisis efectuado en los expedientes CFT/DTSA/1112/14 y CFT/DTSA/1439/14 permitió confirmar, en virtud de las Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de 23 de julio de 2015, que el comportamiento de estos tráficos se alejaba del consumo de un usuario convencional y, en virtud del procedimiento común contemplado en la Resolución de la CMT de 5 de septiembre de 2013, los tráficos examinados tenían la consideración de tráficos irregulares, por lo que las suspensiones en interconexión que habían llevado a cabo Orange y Vodafone se ajustaban a dicho procedimiento. Asimismo, se señaló que las suspensiones en interconexión fueron correctamente notificadas en aplicación del procedimiento común para la suspensión de la interconexión¹⁰.

Al respecto, Jazztel señala en relación al tráfico irregular que los operadores suspendieron la numeración sin facilitar documentación alguna, pese a señalar que los citados parámetros eran confidenciales, y reconocer que el procedimiento común evitaba la generación de tráfico irregular.

Como consta en la documentación obrante en los expedientes de conflicto de referencia, tanto Orange como Vodafone fueron comunicando a Jazztel la numeración suspendida, sin facilitar información complementaria. Los operadores de acceso no tenían en cualquier caso que facilitar información adicional sobre los parámetros utilizados para suspender la interconexión, que eran confidenciales y eran analizados por esta Comisión. En todo caso, Jazztel no solicitó en ningún momento el acceso a las notificaciones de suspensión de interconexión frente a la CMT –para comprobar el motivo de las suspensiones o contrastar con la Administración pública el cumplimiento del procedimiento común por parte de los operadores de red-, ni denunció las citadas suspensiones, durante el periodo del año analizado en los expedientes de conflicto de referencia.

Finalmente, tampoco durante los conflictos instruidos –expedientes recogidos en los antecedentes primero y segundo de la presente propuesta-, Jazztel

¹⁰ Las comunicaciones de suspensión en interconexión obran en el expediente RO 2013/290.

justificó o reclamó la naturaleza de las actividades prestadas a través de las numeraciones controvertidas.

Respecto de tráfico irregular generado en la red de Orange, no consta conciliación ni denuncia ni queja por parte de Jazztel.

II.- El retraso de Jazztel en la adopción de las medidas de control como asignatario de la numeración suspendida

A juicio de esta instrucción, Jazztel no adoptó medidas para frenar o interrumpir los masivos tráficos irregulares hacia sus numeraciones. Según consta de las actuaciones realizadas y de los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta, principalmente de los escritos de contestación a los requerimientos formulados por la DTSA¹¹ y de los escritos de alegaciones formulados por Jazztel en el trámite de audiencia - concretamente, de 25 de abril y 4 de septiembre de 2014 y 8 de junio de 2015, en el seno del expediente CFT/DTSA/1112/14, y de 25 de abril y 4 de septiembre de 2014 y 25 de mayo de 2015, en el seno del expediente CFT/DTSA/1439/14-. Asimismo, el hecho probado resulta de los escritos de alegaciones a la incoación del expediente sancionador de 2 de diciembre de 2015 y de 27 de enero de 2016 mediante el que contesta el requerimiento formulado por la instructora de 13 de enero de 2016.

Jazztel afirma que sí adoptó medidas para evitar dichos usos de su numeración. Concretamente, se refiere a las siguientes:

a) Los contratos suscritos con sus clientes mayoristas: cláusula de retención de pagos

Una de las medidas señaladas por Jazztel es la inclusión en los contratos suscritos entre esta y los clientes mayoristas, de una cláusula que permite al primero retener pagos a sus clientes mayoristas¹², en caso de uso irregular de la numeración en uso. Concretamente, se transcribe parte de la citada cláusula contenida en uno de los contratos suscritos, aportados por Jazztel a través de sus escritos de 25 de abril y 4 de septiembre de 2014 –en el marco del CFT/DTSA/1112/14- y 25 de abril y 4 de septiembre de 2014 –en el marco del CFT/DTSA/1439/14-, que dispone:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

¹¹ Escritos de la DTSA requiriendo determinada información el 3 de abril (folios 60 a 63) y 13 de agosto de 2014 (folios 143 a 148) relativos al CFT/DTSA/1112/2014 y 4 de abril (folios 453 a 456) y 13 de agosto de 2014 (folios 622 a 667) realizados en el seno del expediente CFT/DTSA/1439/2014.

¹² Según Jazztel, sus clientes deben estar además inscritos en el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas.

[FIN CONFIDENCIAL A TERCEROS].

Por consiguiente, efectivamente se constata la inclusión de la citada cláusula de “retención” en los contratos suscritos entre Jazztel y sus clientes mayoristas, que habilitan a Jazztel a resolver el contrato o incluso trasladar al cliente las consecuencias económicas sufridas.

Sin embargo, no consta a esta Comisión que Jazztel ejerciese sus facultades con carácter general, a tenor de dichas cláusulas, hasta un momento muy posterior a la comisión de las conductas irregulares. De hecho, Jazztel alegó en el marco de los conflictos instruidos que había pagado y trasladado todas las cantidades debidas a sus clientes mayoristas y que tendría que solicitar la devolución de cantidades si la CNMC resolvía a favor de los operadores de acceso denunciante. Como se analizará posteriormente, en virtud de las citadas cláusulas, Jazztel únicamente remitió dos cartas en febrero de 2014 y las restantes en septiembre y noviembre de ese mismo año, informando únicamente en un caso de la retención de pagos aplicada (véase la letra d) infra).

b) Envío de cartas a los clientes mayoristas resolviendo los contratos de prestación de servicios mayoristas en virtud de la Resolución de la SETSI de 27 de mayo de 2013

Otras de las medidas señaladas por Jazztel en sus escritos de 25 de mayo (folios 860 a 870) y 8 de junio de 2015 (folios 258 a 266) y 27 de enero de 2016 (folios 1042 a 1050) son las cartas que remitió el día 21 de abril de 2014 a los clientes mayoristas en las que comunicaba la resolución del contrato de acceso móvil suscrito en virtud de la Resolución dictada por la SETSI en fecha 27 de mayo de 2013 e informando que a partir del 21 de mayo de 2014 Jazztel dejaría de cursar tráfico hacia las numeraciones móviles asignadas.

La SETSI dictó, en fecha 27 de mayo de 2013, una resolución por la que se modifica la atribución de los rangos de numeración para comunicaciones móviles¹³. En el apartado Primero de esta resolución, se regulan los usos que exclusivamente podrán darse a los números atribuidos al servicio de

¹³ Publicada en el BOE núm. 140, de 12 de junio de 2013.

comunicaciones móviles, entre los que no se comprenden los servicios de reencaminamiento de llamadas, motivo por el que Jazztel remitió las cartas citadas a sus clientes mayoristas, resolviendo los contratos para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución aprobada por la SETSI¹⁴.

Esto es, las cartas de Jazztel resolviendo estos contratos no tienen como origen el tráfico irregular cursado hacia esas numeraciones sino la necesidad de poner fin al servicio para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2013 citada.

c) Jazztel restringe el otorgamiento de numeraciones adicionales a los clientes mayoristas a quienes les han suspendido numeración

Jazztel, a través de su escrito de 27 de enero de 2016 (folios 1042 a 1048), señala, como medida adoptada para evitar los comportamientos irregulares con su numeración, la limitación de otorgar numeraciones adicionales a los clientes mayoristas en el supuesto de que el uso de la numeración hubiese sido objeto de suspensión en interconexión previamente. Jazztel aporta para acreditar dicho extremo un cuadro Excel sobre un muestreo de la citada reducción en las activaciones y bajas afirmadas. Se transcribe el mismo:

[INICIO DE CONFIDENCIALIDAD PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIALIDAD]

De la gráfica facilitada se deduce, efectivamente, que existe un efecto decreciente en el uso de la numeración móvil en el periodo comprendido entre marzo de 2014 y octubre de 2014 e incluso de la numeración 902. Sin embargo, y pese a observarse el citado efecto –reducción o baja de activaciones de numeración- Jazztel no aporta documentación que apoye dicho extremo –únicamente ha aportado ese cuadro en su escrito- pese a ser solicitada por la instructora el 13 de enero de 2016, al igual que no describe las causas que motivaron dicha reducción, que pudieron deberse a distintas causas, tal y como afirma Jazztel. Por ejemplo, este cuadro no viene acompañado de otras comunicaciones entre Jazztel y sus clientes en las que

¹⁴ El apartado segundo de la citada Resolución dispone que “Sin perjuicio de lo anterior, se establece un periodo de doce meses a partir de la publicación de esta resolución, para que los prestadores de servicios de comunicaciones móviles efectúen la adecuación a las condiciones de uso de los números atribuidos al servicio de comunicaciones móviles a la que se refiere el apartado Primero”. La comunicación de Jazztel se produce en dicho plazo.

se justifique dicha reducción en las activaciones de numeración por el tráfico irregular cursado anteriormente.

Por otro lado, Jazztel facilita las facturas (folio 1050) emitidas por sus clientes mayoristas como indicativo de la reducción de sus ingresos facturados en distintos meses.

De las facturas facilitadas se observa en línea general que, en efecto, descienden los importes facturados por algunos de los clientes mayoristas a medida que transcurre el año, pero hay otras facturas –en particular, las emitidas por **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL].

Por otro lado, durante el periodo de anulación de las activaciones de la numeración señalada en el cuadro Excel se aprobó por parte de la SETSI la Resolución de 27 de mayo de 2013 previamente comentada. Por consiguiente, las bajas relativas a la numeración móvil pudieron resultar de la aplicación de la citada Resolución.

d) Envío de cartas a los clientes mayoristas comunicando las medidas adoptadas por el operador de acceso

Jazztel facilita a través de sus escritos de 25 de mayo (folios 860 a 870) y 8 de junio de 2015 (folios 258 a 266) y 27 de enero de 2016 (folios 1042 a 1050) sendas cartas remitidas **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL], con fechas 18 y 20 de febrero de 2014, mediante las que comunica que el operador de acceso ha detectado tráfico irregular en el periodo comprendido entre diciembre de 2013 y enero de 2014, procediendo a suspender la interconexión de los números indicados en los anexos adjuntos, e informando que procederá a la retención del pago hasta la correspondiente resolución de la CNMC.

Por otro lado, Jazztel facilita catorce cartas remitidas a sus clientes mayoristas¹⁵ entre los días 24 y 25 de septiembre de 2014 en las que informa de la suspensión en interconexión por parte del operador de acceso por generarse tráfico irregular en los términos definidos en el procedimiento común para la suspensión de interconexión y en las que se les advertía de que dichas

¹⁵ **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL].

conductas son contrarias a las obligaciones adquiridas a través del contrato y de que cualquier perjuicio les podrá ser repercutido.

Asimismo, Jazztel aporta una serie de correos electrónicos remitidos a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL] los días 26 de septiembre y 12 de noviembre de 2014 mediante los que comunica a cada uno de ellos la suspensión en interconexión llevada a cabo por Vodafone, advirtiéndole que: “*ten en cuenta que las sucesivas suspensiones de numeración constituyen motivo suficiente y válido en derecho para aplicación medidas correctivas, tales como la resolución del contrato suscrito entre ambas*”.

Por último, Jazztel remitió el 13 de noviembre de 2014 una carta a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL] comunicándole la retención de pagos como consecuencia del tráfico irregular generado hacia la numeración 902.

En definitiva, de la documentación analizada se constata que efectivamente Jazztel (i) en febrero de 2014 remitió dos cartas puntuales sobre ciertos tráficos irregulares a dos clientes **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**

[FIN CONFIDENCIAL]; (ii) las siguientes comunicaciones con sus clientes las tuvo tras iniciarse por Orange y Vodafone los procedimientos de conflicto CFT/DTSA/1112/14 y CFT/DTSA/1439/14, el 13 de agosto de 2014, y transcurrido un año desde la primera suspensión en interconexión -24 de septiembre de 2013-, cursando las citadas cartas a sus clientes mayoristas, advirtiéndole de las suspensiones en interconexión llevadas a cabo por los operadores de acceso y de la posibilidad de repercutir los perjuicios derivados de tal situación. Asimismo, se constata que Jazztel, en aplicación del contrato suscrito con **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]**, retuvo pagos en noviembre de 2014 como consecuencia del tráfico irregular generado hacia la numeración 902 –también tras iniciarse los procedimientos de conflicto-.

e) Envío de cartas a algunos clientes mayoristas no relacionadas con el presente procedimiento

Jazztel adjunta sendas cartas a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** el 21 de octubre de 2011 y **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** el 2 de septiembre de 2013, informando a cada una de ellas de las medidas de control adoptadas por otro operador de red, Telefónica de España, S.A.U. Sociedad Unipersonal (en adelante, Telefónica), ante el tráfico irregular detectado y de la retención de pagos llevada a cabo.

En relación a la carta remitida a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** se observa que fue remitida por Jazztel el 21 de octubre de 2011 y que se refiere a una reclamación efectuada por Telefónica en el seno del expediente RO 2011/785¹⁶.

En relación a la carta remitida a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** se constata que Jazztel le facilita una descripción breve del motivo del tráfico irregular y los números destino afectados y que son **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]**.

Por último, Jazztel facilita dos correos electrónicos remitidos a **[FIN CONFIDENCIAL]** los días 28 de octubre de 2013 y 7 de marzo de 2014 relativos a tráficos irregulares y retenciones de pagos efectuados por Telefónica. En el mismo se constata como Jazztel informa a su cliente que dado que Telefónica ha recibido el dinero retenido procederá a su devolución. Por consiguiente, de la información facilitada se deduce que las cartas remitidas por Jazztel no guardan relación alguna ni con la numeración suspendida en interconexión ni con los operadores de acceso que cortaron la citada numeración, no siendo objeto de análisis en el presente expediente.

f) Jazztel y Vodafone modificaron el AGI con fecha 3 de noviembre de 2014

Otra de las medidas señaladas por Jazztel es la relativa al acuerdo alcanzado para modificar el AGI suscrito por sendos operadores el 3 de noviembre de 2014, tras haber sido solicitado por Vodafone hasta en dos momentos temporales distintos, octubre y diciembre de 2013. Asimismo, Jazztel adjunta a su escrito de 4 de septiembre de 2014 un borrador de la modificación del AGI.

Concretamente, la modificación consistió en incluir una cláusula de retención mediante la cual Vodafone podría retener los pagos en interconexión a Jazztel, como operador siguiente en la cadena de interconexión, en el supuesto de generarse tráfico irregular.

Al respecto, la citada medida resulta muy positiva pues previene la generación de los numerosos casos de tráfico irregular hayan tenido origen en su red y destino a la de ese operador. No obstante, el citado Addendum fue acordado transcurrido un año desde la primera suspensión en interconexión, desplegando sus efectos a partir de la fecha de su firma.

g) Jazztel y Vodafone alcanzaron un acuerdo comercial el 21 de diciembre de 2015

¹⁶ Resolución por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal un procedimiento de suspensión de la interconexión del tráfico destinado a numeración móvil que se comporta como sumidero de tráfico telefónico (RO 2011/785).

Con fecha 21 de diciembre de 2015, Jazztel y Vodafone firmaron un acuerdo (folio 1279) en aras a mitigar los posibles efectos adversos derivados del tráfico irregular denunciado por Vodafone en el seno del expediente CFT/DTSA/1439/2014. En virtud del mismo, ambas partes acordaron, por un lado, que Jazztel efectuaría un pago por importe de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**, y Vodafone se comprometía “a colaborar aportando documentación acreditativa que pueda servir a Jazztel para que pueda repercutir los impagos en los clientes mayoristas de Jazztel derivados del expediente RO 2014/1439”.

Al respecto, y pese a resultar positivo el acuerdo adoptado entre Jazztel y Vodafone, cabe destacar que el mismo fue adoptado en cumplimiento de la Resolución dictada por la CNMC en el procedimiento CFT/DTSA/1439/14 y no durante el periodo de comisión de la infracción. Concretamente, la citada Resolución señaló:

“PRIMERO.- Vodafone España, S.A. tendrá derecho a reclamar a Jazz Telecom, S.A. aquellos pagos en interconexión cuyo origen sean tráficos irregulares hacia las 791 numeraciones suspendidas (adjuntadas en el anexo II) siempre que Vodafone haya sufrido impagos de sus usuarios y demuestre tales impagos y su denuncia o persecución en la vía correspondiente”.

Asimismo, se desconoce si el pago efectuado por Jazztel a Vodafone ha sido recuperado o trasladado a sus clientes mayoristas en virtud de sus contratos, por estar debidamente justificado y atendiendo a lo señalado por la citada Resolución. En cuyo caso dicha medida no comportaría a Jazztel perjuicio alguno –o comportaría un perjuicio parcial-.

h) Negociación fallida de modificación del AGI entre Orange y Jazztel

Con fecha 4 de septiembre de 2014 (folios 154 a 186) -CFT/DTSA/1112/2014-, en contestación al requerimiento efectuado por la DTSA el 13 de agosto de 2014, Jazztel facilita sendos borradores de modificación del AGI suscrito con Orange el 22 de diciembre de 2010. Dichos borradores incluían modificaciones tendentes a desincentivar la generación de tráfico irregular a través de ciertas medidas propuestas. Las negociaciones llevadas a cabo no culminaron en acuerdo alguno.

Al respecto, Jazztel señala que el motivo por el cual Orange se negó a modificar el citado acuerdo fue por considerar que no debía “justificar el perjuicio económico sufrido”.

Tras comprobar los citados borradores y el correo electrónico remitido por Orange a Jazztel el 15 de julio de 2014, se constata que los motivos por los que Orange estaba en desacuerdo con Jazztel eran los siguientes **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]**:

[FIN CONFIDENCIAL]

Por consiguiente, del análisis de la información y datos contenidos en los borradores de modificación de AGI aportados se constata, en contra de lo señalado por Jazztel, que los motivos de no llegar a un acuerdo respecto de la cláusula de retención de pagos fueron ciertos requisitos adicionales exigidos por Jazztel, que retrasaron la firma de acuerdo. En cualquier caso, al margen de lo anterior, la realidad es que las negociaciones no culminaron en la firma de la modificación del AGI entre las partes.

De la anterior descripción de hechos, se puede concluir que:

- En abril de 2014 Jazztel remitió las correspondientes cartas a sus clientes mayoristas resolviendo el contrato de acceso en virtud del apartado segundo de la Resolución aprobada por la SETSI el 27 de mayo de 2014, disposición de obligado cumplimiento. Esto es, estas cartas no se enviaron como consecuencia del tráfico irregular generado hacia las numeraciones móviles.
- Jazztel señala que limitó el otorgamiento de numeraciones adicionales a los clientes mayoristas en el supuesto de que el uso de la numeración hubiese sido objeto de suspensión en interconexión previamente. De la información facilitada por el mismo, se constata, respecto a la numeración móvil, que su reducción fue motivada por la aplicación de la Resolución citada de 27 de mayo de 2014. Respecto del resto de numeraciones fijas y de tarifas especiales, se desconocen las causas que motivaron su reducción, pudiéndose deber a distintas causas, tal y como señaló Jazztel, y en la medida en que dicho patrón no viene sustentado por comunicaciones al respecto –explicando las medidas dirigidas a sus clientes.
- Los contratos de acceso a la numeración móvil, geográfica y de tarifas especiales suscritos entre Jazztel y los clientes mayoristas contenían cláusulas que permitían a Jazztel trasladarles los perjuicios económicos sufridos. Jazztel, sin embargo, ejerció tardíamente sus facultades.

Como se ha analizado anteriormente, es a partir de septiembre de 2014 cuando Jazztel remitió masivamente cartas advirtiendo a todos sus

clientes mayoristas¹⁷ de la suspensión en interconexión por parte del operador de acceso por tráfico irregular de las numeraciones en uso por parte de los mismos, advirtiendo a cada uno de ellos que dicha conducta resultaba contraria a las obligaciones adquiridas a través de sus respectivos contratos y que cualquier perjuicio podrían ser repercutido. Al respecto, la citada medida se adoptó transcurrido un año desde la primera suspensión en interconexión y tras iniciarse los conflictos citados en los antecedentes de hecho, por lo que resulta tardía.

- En relación a las cartas remitidas a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** el 21 de octubre de 2011 y **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** el 2 de septiembre de 2013, se constata que ni las suspensiones en interconexión ni las numeraciones están relacionadas ni con el presente expediente ni con los conflictos CFT/DTSA/1112/14 y CFT/DTSA/1439/14.
- Jazztel y Vodafone, tras iniciar las negociaciones en octubre de 2013 para modificar el AGI dirigido a incluir una cláusula de retención, alcanzaron el correspondiente acuerdo el 3 de noviembre de 2014. Por consiguiente, pese a ser una medida positiva, el acuerdo no se alcanzó hasta transcurrido un año desde la primera suspensión en interconexión y tras iniciarse el conflicto CFT/DTSA/1439/14 el 13 de agosto de 2014.
- Por el contrario, Jazztel y Orange no llegaron a un acuerdo tendente a incluir una cláusula que permitiría al segundo retener las cantidades devengadas de los tráficos irregulares.
- Por último, Jazztel alega que alcanzó un acuerdo comercial con Vodafone el 21 de diciembre de 2015 mediante el cual Vodafone recibiría **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** por el tráfico irregular generado y analizado en el citado procedimiento de conflicto, mientras que Vodafone debería colaborar aportando la documentación acreditativa que pueda servir a Jazztel para que pudiera repercutir los impagos en los clientes mayoristas de Jazztel derivados del expediente RO 2014/1439. Al respecto, esta medida resulta del cumplimiento de la Resolución adoptada en el procedimiento de conflicto, no siendo por consiguiente una medida adoptada para evitar la comisión de la presente infracción.

¹⁷ En febrero de 2014 Jazztel remitió dos cartas que posteriormente reiteró en septiembre de 2014 a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** **[FIN CONFIDENCIAL]** comunicando el tráfico irregular generado en el periodo comprendido entre diciembre de 2013 y enero de 2014, e informando de que procederá la retención del pago hasta la correspondiente resolución de la CNMC.

En virtud de todo lo anterior, se confirma que Jazztel no puso en marcha las medidas oportunas para interrumpir la generación de tráfico irregular hacia sus numeraciones.

SEGUNDO.- Absorción de Jazztel por parte de Orange

Jazztel se ha extinguido tras haber sido absorbida por Orange. La absorción se formalizó en la escritura pública de fecha 8 de febrero de 2016 y fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Madrid¹⁸.

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 32/2003¹⁹, 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.

Entre las funciones que la LGTel de 2003 otorgaba a la CMT, el artículo 48.4 b) se refiere a la de “asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine”. Asimismo, “la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados”.

Por otra parte, los artículos 48.4.j) y 50.7 de la LGTel de 2003, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuían a la CNMC “el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel de 2003 establecía la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su

¹⁸ Véase la nota al pie 1.

¹⁹ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado a la anterior Ley 32/2003.

actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

En la actualidad, está vigente, desde el día 11 de mayo de 2014, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), que derogó la LGTel de 2003.

Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de la LGTel de 2014 la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Por su parte, el artículo 84 de la LGTel de 2014 establece que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, toda vez que no se ha atribuido expresamente en la CNMC en el apartado 2 de dicho precepto.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo por la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta acreditada en el Hecho Probado Único y resolver sobre la falta de control de la numeración asignada a Jazztel, de conformidad con el artículo 53.w) de la LGTel de 2003, que tipificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados. Esta infracción se mantiene en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014 que tipifica como infracción grave “[el] incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”²⁰.

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).

²⁰ La LGTel de 2014 sustituye el término “asignación” de la LGTel de 2003 por “otorgamiento de derechos de uso” (vid artículos 19.7 y 20.4 de la LGTel de 2014 y su antigua redacción en los artículos 16.7 y 17.4 de la LGTel de 2003).

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 Jazztel, y Orange como sucesora, han incumplido las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración asignada del rango de tarifas especiales, móviles y geográficas incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica. El incumplimiento habría consistido en no haber llevado a cabo el control del uso de la numeración asignada para evitar su utilización con fines fraudulentos y supondría la comisión de una infracción prevista en la LGTel susceptible de sanción.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

Tal y como se señala en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador en el apartado “Valoración de los hechos”, se indicaron los siguientes motivos para incoar el procedimiento sancionador:

“De todo lo anterior se infiere que Jazztel tras haber sido advertido de la existencia de una proporción muy elevada de tráficos irregulares por Orange y Vodafone, no tomó medidas para evitar dichos tráficos, que se han mantenido durante un periodo de tiempo considerable [el subrayado es nuestro]”.

En virtud de lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si de la actuación realizada por Jazztel en los meses de septiembre de 2013 a septiembre de 2014 puede inferirse que ha existido un incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y asignación de numeración.

Como se ha señalado en el Hecho probado único, ha quedado acreditado que durante el periodo comprendido entre septiembre de 2013 y septiembre de 2014 Orange y Vodafone suspendieron en interconexión 1.097 números

asignados a Jazztel correspondientes a los rangos de tarificación especial, móvil y geográfica sin que Jazztel pusiese en marcha medidas suficientes para que dichos tráficos irregulares cesasen o para controlar la numeración asignada.

En concreto, de los hechos probados se concluye que Jazztel adoptó algunas medidas pero de forma tardía, la más clara –rescisión de los contratos- se acordó en aplicación de la Resolución dictada por la SETSI en mayo de 2013 y no por el tráfico irregular generado. Por otro lado, las cartas remitidas por Jazztel a sus clientes lo fueron de forma más intensa –salvo dos comunicaciones esporádicas de septiembre de 2014- a partir de septiembre de 2014. Finalmente, la medida adoptada por Jazztel de suscribir un acuerdo comercial con Vodafone el 21 de diciembre de 2015, tendente a mitigar los posibles efectos adversos derivados del tráfico irregular denunciado por Vodafone, se adopta en cumplimiento de la Resolución dictada en el expediente CFT/DTSA/1439/2014.

Los artículos 16.1 de la LGTel de 2003 y 19 de la LGTel de 2014 establecen que para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números, direcciones y nombres que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo.

Sobre el uso que deberá darse a cada número asignado a un operador, el artículo 17 de la LGTel de 2003, y su equivalente artículo 20 de la LGTel de 2014, establecen que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo los que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

El Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, establecen las condiciones generales de uso de los recursos asignados. Su artículo 38 indica que:

“Los recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones:

b) Deberán permanecer bajo el control del operador titular de la asignación”.

Por su parte, el artículo 59 del Reglamento citado establece:

“La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:

(...)

c) Los recursos asignados deberán permanecer bajo el control del titular de la asignación. No obstante, este, previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud (...)."

Las condiciones que han de respetarse no se refieren únicamente al uso de los números previsto en los planes, sino a lo establecido en la normativa en vigor que se concreta fundamentalmente en las condiciones establecidas en el Reglamento de mercados, acceso y numeración y en las normas específicas para ciertos tipos de numeración, como ocurre con la numeración de tarificación adicional. De esta manera, el control de la numeración asignada incluye el del tráfico cursado a través de ella.

En consecuencia, la conducta llevada a cabo por Jazztel supone un incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 38 y 59 del Reglamento de mercados, acceso y numeración. Jazztel, como asignatario, es el responsable del control de su numeración, tal como establecen dichos preceptos. En el caso analizado, se ha puesto de manifiesto una clara falta de diligencia en la actuación de Jazztel con respecto al control de la numeración asignada, pues 1.097 números correspondientes a rangos de numeración de tarifas especiales, móvil y geográfica, asignados a Jazztel, fueron objeto de interrupciones de interconexión durante un periodo de un año, de forma sucesiva, desde las redes de acceso de dos operadores distintos, sin que Jazztel pusiese en marcha ninguna medida para que dichos tráficos irregulares cesasen.

Debe señalarse que no se sanciona a Jazztel por el tráfico irregular cursado, pues no ha quedado acreditado que sea directamente la entidad que genere el tráfico dirigido a la numeración suspendida, además de que no se trata de una competencia de esta Comisión, de conformidad con la normativa sectorial aplicable.

Sin embargo, Jazztel sí es responsable, entre otros extremos, de controlar el uso de la numeración asignada por la CNMC y por tanto, de cumplir con las condiciones en las que se le asignó dicha numeración, y de los hechos acreditados se constata que éste no ha controlado efectivamente la numeración, tal como se ha señalado en el hecho probado único.

Dicha conducta resulta contraria a lo dispuesto en la LGTel y en el Reglamento de mercados, acceso y numeración, lo que resulta en una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la LGTel, que se concreta durante el periodo que media entre septiembre de 2013 y septiembre de 2014, fecha de la última suspensión de la interconexión notificada a esta Comisión.

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que “[s]erán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”. No obstante, de conformidad con los

artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC, las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

En este sentido, el artículo 77.19 de la LGTel de 2014 tipifica como grave –y no como muy grave- “el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”, por lo que procede aplicar esta norma por ser más favorable a la entidad imputada en este procedimiento, y porque parte de la misma conducta se llevó a cabo estando en vigor la LGTel de 2014.

En consecuencia, cabe concluir que Jazztel ha incurrido en una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de la numeración asignada –móvil, fija y de tarifas especiales- por no haber llevado las medidas de control del uso de la citada numeración que le corresponde, en virtud de lo dispuesto en los artículos 38 y 59 del Reglamento de mercados, acceso y numeración, tendentes a evitar los comportamientos irregulares reiterados durante el periodo comprendido entre septiembre de 2013 y septiembre de 2014.

CUARTO.- Alegaciones de Orange en relación con los hechos probados

En relación con los hechos probados, Orange, en su condición de sucesora de Jazztel, en su escrito de 22 de julio de 2016 (folios 1278 y 1279) formuló determinadas alegaciones.

En primer lugar, la imputada señala que los contratos suscritos en su momento por Jazztel con sus clientes finales imposibilitaban a tal empresa a adoptar unilateralmente cualquier retención de las cantidades debidas por tráficos irregulares.

En concreto, señala:

“Jazztel acreditó suficientemente, que en los contratos suscritos con sus clientes mayoristas había previsto una cláusula de resolución contractual o retención de pagos que resulta de aplicación cuando exista fraude o ilicitud del servicio ofrecido a través de la numeración asignada o bien que se lleve a cabo una retención por parte del operador de acceso.

Como consecuencia de la existencia de esta cláusula en los contratos suscritos entre Jazztel y sus clientes mayoristas, desde Vodafone y Orange solicitaron a Jazztel que procediera a la retención de pagos como consecuencia de los supuestos tráficos irregulares, Jazztel solicitó que se acreditase de cualquier modo, la existencia de la ilicitud /fraude del servicio (...)”.

Esta alegación no puede tenerse en consideración pues ello no se considera cierto. Anteriormente se ha transcrito el contenido de una de las cláusulas de estos contratos- y de las alegaciones formuladas en todos los escritos presentados tanto en el seno del presente expediente -2 de diciembre de 2015 y 27 de enero de 2016- como en los conflictos incorporados (CFT/DTSA/1112/14 y CFT/DTSA/1439/14), de las cuáles se desprende que Jazztel señala como una de las medidas de control impuesta a los clientes mayoristas la posibilidad de retener las cantidades.

A mayor abundamiento, Jazztel adjunta a su escrito de alegaciones de 25 de mayo de 2015 sendas cartas remitidas a sus clientes mayoristas en las que advierte de la posibilidad de repercutir o retener o incluso resolver el correspondiente contrato.

En segundo lugar, Orange señala que Jazztel carecía de toda información que le permitiera por sí mismo concluir el carácter irregular de dichos tráficos, pues Jazztel desconocía los parámetros que llevaban a determinar que dichos tráficos podían tener la consideración de irregulares.

A la luz de la información facilitada por los operadores e incorporada al presente expediente se deduce que tanto Orange como Vodafone remitieron sendas comunicaciones informando a Jazztel de la numeración suspendida, sin facilitar información complementaria. En cualquier caso, los operadores de acceso, entre los que se encontraba Orange, no tenían que facilitar información adicional sobre los parámetros, que eran confidenciales y eran analizados por esta Comisión.

Asimismo, como se ha señalado anteriormente, en ningún momento Jazztel solicitó información detallada sobre dichas suspensiones en interconexión.

En igual sentido que lo anterior, no consta denuncia o reclamación por parte de Jazztel de los tráficos irregulares objeto de análisis en sendos conflictos, (CFT/DTSA/1112/14 y CFT/DTSA/1439/14). Por tanto, este argumento ha de ser rechazado pues Jazztel tuvo la oportunidad de conocer el tráfico irregular, solicitándolo a la Comisión y posteriormente a través de la tramitación de los correspondientes expedientes o incluso dicha información pudo ser facilitada por la propia Orange.

Relacionado con las anteriores alegaciones Orange señala que *“la comunicación de la suspensión a la CNMC, per se, no supone la constatación de que dichos tráficos son irregulares sino tal solo la presunción de que así es. (...). Por ello puede darse que un tráfico inicialmente considerado como irregular, con posterioridad la CNMC concluya que no es así. Tales son algunos de los casos como los citados por la propia Jazztel en el expediente, en los que no se trata de casos de tráficos irregulares, sino meros arbitrajes de tarifas que no podrían considerarse como tal”*.

En primer lugar, hay que diferenciar (i) el acto llevado a cabo por el operador de acceso, de suspensión en interconexión de la numeración en virtud de la Resolución de 5 de septiembre de 2013, que definía el concepto “tráfico irregular” y recogía los requisitos que debía cumplir para llevar a cabo la citada suspensión, debiendo recordarse que el operador de acceso (en este caso, la propia Orange y Vodafone) responde de los actos adoptados en virtud de esta facultad, (ii) y la posterior supervisión de la CMT.

Así, la CMT y, después, la CNMC, ejercían un control respecto de la comunicación de la suspensión previamente efectuada por el operador de acceso. En este sentido es procedente recordar la sentencia de la Audiencia Nacional (núm. recurso 704/2006) de 5 de noviembre de 2009, que señala que: *“el corte del servicio no es un acto de la Administración, sino de una actuación privada sometida a derecho administrativo en algunos aspectos, es decir, en aquellos regulados cuyo olvido permite imponer una sanción administrativa o declarar la ilegalidad desde el punto de vista jurídico público.”*

Por consiguiente, existe un control administrativo, pero este se articula como control posterior sobre el operador que lleva a efecto el corte del número y no como una fiscalización administrativa previa al corte.

Por tanto, el operador responde de la suspensión en interconexión que efectúe debiendo ajustarse a lo contemplado en la Resolución, presumiéndose que la misma es ajustada a derecho, salvo que un tercero probara lo contrario.

La imputada señala que algunos de *“los supuestos no se tratan de tráficos irregulares sino meros arbitrajes de tarifas”*. Al respecto, sorprende que Orange formule la citada alegación cuando es este operador el que suspendió en interconexión 306 números del rango de tarifas especiales, en virtud del procedimiento común para la suspensión de la interconexión y es responsable de los cortes en interconexión que efectuó. A tal efecto, podría iniciarse el correspondiente procedimiento sancionador en caso de que este organismo verifique que Orange incumplió lo establecido en la citada Resolución.

Esto es, para defender la actitud de Jazztel, Orange, operador que suspendió las numeraciones e interpuso uno de los conflictos que motivaron la apertura del presente procedimiento sancionador, arroja dudas sobre su propia actuación de suspensión de la interconexión en aquel momento.

Atendiendo a la documentación obrante en el presente expediente, tal como se ha indicado en párrafos anteriores, la numeración resultó suspendida de conformidad con la Resolución de 5 de septiembre de 2013, y por consiguiente el hecho de que pudieran existir arbitrajes tarifarios con posterioridad no resulta contrario a la existencia de tráficos irregulares.

Por consiguiente, por los motivos indicados, deben desestimarse las alegaciones formuladas por Orange.

QUINTO.- Culpabilidad 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 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.”

En el presente caso, el tipo infractor aplicable no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia que consiste en la falta de adopción de las

medidas de control sobre su numeración para impedir la producción de tráfico fraudulento.

Por consiguiente, en atención a la normativa y jurisprudencia citada y aplicable al presente supuesto, se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Jazztel –transmitida a Orange- a la luz de los actos de instrucción y del hecho probado único así como de los hechos que configuran el tipo infractor de los que trae causa el presente procedimiento sancionador.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como han señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error invencible (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas del Hecho Probado.

SEXTO.- Sucesión en la personalidad del infractor

Como se ha expuesto, durante la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionador, la personalidad jurídica de la entidad originariamente infractora -Jazztel- ha quedado extinguida en virtud de la fusión por absorción de Orange.

Esta modificación estructural conlleva que Orange haya adquirido por sucesión universal el patrimonio de la empresa adquirida, asumiendo sus derechos y obligaciones, incluida la responsabilidad administrativa por los incumplimientos expuestos y las obligaciones consistentes en el posible pago de una sanción impuesta por la comisión de una infracción administrativa por parte de la empresa adquirida-.

Orange señala, en su escrito de alegaciones de 22 de julio de 2016 (folios 1278 y 1279), que *“Jazztel es una entidad ya extinta jurídicamente y que si bien se entiende que pudiera darse la transmisión de la responsabilidad sobre la práctica sancionada a Orange, debe entenderse que dicha transmisión debe ir ligada a los efectos que la comisión de tal práctica hubiera podido suponer para Orange”*.

La citada alegación debe desestimarse en la medida en que una infracción administrativa no se valora en función de los efectos producidos a la empresa

absorbente de la entidad que en su día cometió la infracción. Procede atender entre otros al fundamento recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014) al entender que:

“En el supuesto de autos está claro que la adquisición por parte del grupo Rhenus de la empresa IHG Logistics no supone por sí mismo ninguna modulación en los principios de culpabilidad y responsabilidad por parte de ésta respecto de la conducta sancionada, de la que sigue siendo responsable en la medida en que constituye la misma unidad económica y empresarial que antes de su adquisición. A ello no obsta el cambio de denominación, la reorganización interna o incluso el cambio de forma jurídica, modificaciones derivadas del cambio de titularidad pero que no afectan a su responsabilidad como tal empresa por la conducta desarrollada hasta ese momento”.

La cuestión también ha sido objeto de estudio por la jurisprudencia europea, que coincide, en señalar la transmisión de la responsabilidad tras la comisión de la infracción por una entidad extinguida por cambios estructurales.

El TJUE parte de la idea de que, al aplicar las normas comunitarias sobre el procedimiento sancionador en materia de competencia (aunque el razonamiento es extensivo a otros procedimientos sancionadores) ha de tenerse en cuenta que los sujetos son las empresas, concepto que no ha de confundirse con el de personalidad jurídica propio del derecho de sociedades. Así, en su sentencia de fecha 17 de diciembre de 1991 (asunto T-/6/89), se razona que la sanción a la empresa sucesora es necesaria para impedir que la empresa pueda evitar responder por la infracción:

“Sin embargo, cuando entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa en cuestión debe responder de la misma, la persona responsable de la explotación de la empresa ha cesado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer tiempo, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción para, en un segundo tiempo, identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto, con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación de la misma en el momento en que se cometió la infracción”.

En el caso que nos ocupa, Orange ha absorbido la totalidad de la actividad de Jazztel, y por lo tanto de sus elementos materiales y humanos, hasta ese momento su competidora en los mercados de comunicaciones electrónicas.

De igual manera, la STJUE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06) citada por el Tribunal Supremo en la sentencia precitada, coincide en este parecer y considera que los supuestos de sucesión jurídica de una empresa no suponen la disolución de la responsabilidad administrativa si existe identidad entre ambas entidades desde un punto de vista material o económico:

“40. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo...”

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59)”

Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, en similares términos el TJUE señala, en su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 (asunto C-343/13), que la sociedad absorbente debe responder por las infracciones de la absorbida incluso después de la absorción porque en caso contrario se vería desprotegido el interés del Estado miembro que sancionó la conducta:

“32. Por tanto, procede considerar que entre los terceros, cuyos intereses pretende proteger la Directiva, figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de «acreedores» o de «portadores de otros títulos», sino que pueden calificarse de ese modo tras dicha fusión en razón de situaciones nacidas antes de ésta, como la comisión de infracciones al Derecho del trabajo constatadas mediante resolución sólo después de la citada fusión. Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa.

33 En esas circunstancias, procede señalar, como plantearon los Gobiernos portugués y húngaro y la Comisión, que, si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados.

34 Esa conclusión no queda en entredicho por la alegación de MCH de que la transmisión de la responsabilidad por infracciones de una sociedad absorbida mediante una fusión es contraria a los intereses de los acreedores y de los accionistas de la sociedad absorbente, ya que éstos no están en condiciones de evaluar las consecuencias económicas y patrimoniales de dicha fusión. En efecto, por un lado, en virtud del artículo 13, apartado 2, de la Directiva 78/855, esos

acreedores deben tener derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación económica de las sociedades que se fusionen lo hacen necesario, en su caso acudiendo ante la autoridad administrativa o judicial competente para obtener dichas garantías. Por otro lado, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad”.

SEPTIMO.- Cuantificación de la sanción aplicable

6.1.- Límites legales de la sanción

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 no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica consiste en el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de la numeración asignada a Jazztel –tipo contenido en el artículo 77.19 de la LGTel-. De conformidad con el artículo 79.1.c) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de numeración, mientras sea competencia de la CNMC, (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o (ii) dos millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

6.2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes para graduar la sanción anteriormente citada, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC, según el cual, *“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 contexto, debe señalarse que la jurisprudencia ha señalado que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²¹.

²¹ Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 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 (RJ 1990, 7558), 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 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

A los efectos de individualizar la sanción, en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción. A este respecto, Jazztel facilita, a través de su escrito de 27 de enero de 2016 (folios 1042 a 1048), un cuadro resumen de los datos correspondientes a los ingresos y costes percibidos o asumidos exclusivamente por el tráfico cursado al mes previo a la suspensión de la interconexión. A continuación se reproduce la tabla contenida:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

En relación con esta información, Orange señala en su escrito de alegaciones de 22 de julio de 2016 que Vodafone ***[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]***:

[FIN CONFIDENCIAL]

Es decir, finalmente la única perjudicada económicamente por este tipo de tráficos ha sido Jazztel.

Queda por tanto acreditada la ausencia alguna de perjuicios causados a terceros”.

Sin embargo, del análisis de los datos contenidos en el cuadro 1 se concluye que los mismos se refieren tanto a los ingresos como a los gastos correspondientes al mes previo a producirse cada una de las suspensiones en interconexión de la numeración afectada, pero no a la totalidad del periodo

acumulado por el tráfico irregular generado durante el periodo de la comisión de la presente infracción. Esto es, si el tráfico irregular hacia un determinado número hubiera sido suspendido –por ejemplo-, el día 20 de marzo de 2014, la información anterior aportada por Jazztel sólo contemplaría el tráfico irregular del mes de febrero, pero no el relativo al mes de marzo o incluso el tráfico de enero, si hubiera tráficos irregulares anteriores.

Por ello, no puede darse a la información aportada, por incompleta, la calificación de beneficio directo obtenido por Jazztel en la comisión de la infracción. Tampoco es concluyente la naturaleza de las cantidades declaradas como costes, pues tal declaración no viene acompañada de ningún soporte documental.

De forma adicional, no puede calcularse el beneficio indirecto obtenido por la comisión de la infracción, consistente por ejemplo en el ahorro de los costes necesarios para evitar las conductas analizadas u otros beneficios inmateriales.

Al hilo de las consideraciones de Orange, cuestión distinta es que Jazztel, al satisfacer a Vodafone parte del importe correspondiente al tráfico irregular generado desde la red de éste último haya obrado de buena fe –pero no puede dejar de reiterarse que con tal actuación Jazztel estaba dando cumplimiento a una resolución administrativa de esta Comisión-.

En relación a la afirmación efectuada por Orange relativa a la ausencia de perjuicios causados a terceros, ha de recordarse, en primer lugar, que el tráfico irregular causó perjuicios a los usuarios que exceden del posible perjuicio económico. Asimismo, los operadores de acceso han denunciado en reiteradas ocasiones las inversiones que tienen que hacer para controlar el tráfico irregular y poderlo suspender a tiempo. Por último, el daño o perjuicio se produce en el momento en que se comete la infracción, a través de la vulneración del bien jurídico protegido por el tipo que corresponda, que en el presente caso es el debido cumplimiento de las condiciones de uso de la numeración que establece la normativa, y ello en aras a proteger los recursos públicos de numeración (que son un bien público escaso), a los operadores que actúan en el mismo ámbito y a los usuarios de los citados servicios –con independencia del acuerdo económico al que hayan llegado los operadores.

Por todo ello, procede señalar que al no resultar posible determinar el beneficio bruto para el infractor, la sanción máxima que se podría imponer a la entidad asciende a dos millones de euros, de manera que para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción no existirá límite alguno debido a la inexistencia de beneficio bruto para el infractor.

En aras a respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se tiene en cuenta a continuación la situación económica de la entidad imputada, a partir de los ingresos y gastos derivados de la prestación de

servicios mayoristas de acceso devengados durante el periodo de la comisión de la infracción –entre septiembre de 2013 y septiembre de 2014- y declarados por el mismo en el presente expediente.

Concretamente, Jazztel facilita, a través del mismo escrito comentado anteriormente, de 27 de enero de 2016 (folios 1042 a 1048), los ingresos y costes devengados durante el periodo comprendido entre enero de 2013 y diciembre de 2014, correspondientes a la prestación de servicios mayoristas de acceso hacia la numeración 901, 902, geográfica y móvil. A continuación se reproduce la tabla contenida en el citado escrito:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL]

Sin embargo, las cantidades señaladas se refieren a los servicios de acceso prestados hacia toda la numeración 901 (no afectada por el presente procedimiento) y al tráfico cursado (irregular o no) hacia toda la numeración 902, móvil y geográfica asignada a Jazztel, lo que significa que los ingresos y costes anteriores, y el beneficio resultante, no se refieren exclusivamente al tráfico irregular, sino a toda la actividad prestada a través de la citada numeración. En cualquier caso, dicha información puede tenerse en consideración como reflejo de la situación económica de Jazztel en el periodo analizado.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el pago efectuado por Jazztel a Vodafone con fecha 21 diciembre de 2015 cuyo importe ascendía a ***[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS [FIN CONFIDENCIAL]*** pues dicha cantidad se refiere al tráfico irregular denunciado por Vodafone en el seno del expediente CFT/DTSA/1439/2014 –anexado como documento número 2 al escrito citado de 27 de enero de 2016-, y no consta que haya sido descontada del cuadro anterior y esta cantidad hubiera reducido los efectos económicos del tráfico irregular generado. En cualquier caso, como se señalaba anteriormente, Jazztel podría haber reclamado a sus clientes mayoristas la cantidad satisfecha a Vodafone o parte de dicha cantidad, pues la misma deviene de impagos de

usuarios de Vodafone, y tal como se señaló en la Resolución por la que se puso fin al conflicto mencionado, se solicitaba a Vodafone la justificación de dichos impagos minoristas para que Jazztel pudiera solicitar la devolución de pagos a sus clientes, por lo que perjuicio para Jazztel se estima que será menor que la cantidad sufragada a Vodafone.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de las sanciones y de la situación económica de Jazztel, se tendrá en cuenta para individualizar la sanción, que:

- El límite máximo de la sanción que se puede imponer a Orange es de 2.000.000 €, al no haberse podido determinar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.
- La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, aunque el artículo 131.2 de la LRJPAC establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta.
- La infracción se ha cometido a título de culpa.
- Se considera la concurrencia de un criterio atenuante de graduación de la sanción: el cese de la actividad infractora con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción se ha de tener en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos y costes.
- Según la información que obra en el expediente y que ha sido aportada por Jazztel en su escrito de contestación al requerimiento formulado por la instructora de 27 de enero de 2016, los ingresos recibidos por Jazztel por el tráfico cursado de septiembre de 2013 a septiembre de 2014 ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**. Respecto de los gastos asumidos durante el citado periodo ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**. Asimismo, consta el pago efectuado por Jazztel a Vodafone el 21 de diciembre de 2015 relativo al tráfico irregular analizado por importe de **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, se estima que no todos los ingresos obtenidos y gastos asumidos se pueden considerar como un beneficio derivado de la comisión de la infracción ya que existen ingresos y gastos que han sido obtenidos por la prestación de la actividad de forma ajustada a derecho.

En atención a las anteriores consideraciones, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014, se considera que procede imponer una sanción de ciento cincuenta mil (150.000 €) euros.

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 a Orange Espagne, S.A.U., como sucesora de Jazz Telecom, S.A. Sociedad Unipersonal, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por incumplir las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración asignada del rango de tarifas especiales, móviles y geográficas incluidos en el Plan Nacional de Numeración Telefónica, al no haber llevado a cabo el control del uso de la numeración asignada para evitar su utilización con fines fraudulentos.

SEGUNDO.- Imponer a Orange Espagne, S.A.U. Sociedad Unipersonal, una sanción por importe de **ciento cincuenta mil euros (150.000 €)** por la anterior conducta.

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.