RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE ATRIBUCIÓN DE DETERMINADA NUMERACIÓN MÓVIL

SNC/DTSA/104/17/NUMERACIÓN DIALOGA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
D.ª María Fernández Pérez

Consejeros
D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala
D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 6 de junio de 2018

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.- Expediente CFT/DTSA/028/16

Con fecha 29 de agosto de 2016 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recibió un escrito de Orange Espagne, S.A.U. (Orange) (folio 16) en el que solicitaba la autorización de este organismo para cesar en la prestación de los servicios de acceso a red móvil que tenía contratados con Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera) y Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga)[1], en virtud de sendos acuerdos que Jazz Telecom,

[1] Para la mejor comprensión de los hechos, es relevante indicar que Opera y Dialoga comparten el mismo representante legal y forman parte del mismo grupo empresarial (Dialoga Group), según los datos que constan en esta Comisión.

S.A. (Jazztel)[2] firmó con estas operadoras de red fija[3], el 14 de marzo y el 22 de junio de 2011, respectivamente. El motivo de la solicitud presentada era el supuesto incumplimiento de Opera y Dialoga de lo establecido en los contratos.

En concreto, Orange alegaba que estas dos operadoras estaban haciendo un uso indebido de la numeración móvil que Jazztel les cedió en virtud de dichos contratos, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI –actualmente la SESIAD[4]), de 27 mayo de 2013, por la que se modificó la atribución de rangos de numeraciones móviles. (folios 17 a 20). Como posteriormente se analizará, en dicha Resolución de la SETSI se estableció una lista cerrada de servicios que pueden emplear numeración móvil, prohibiendo el empleo de la misma para otros fines distintos a su aplicación a través de los accesos móviles u otros servicios asociados a redes públicas de comunicaciones móviles.

Este procedimiento (folios 16 a 234) finalizó mediante la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 24 de enero de 2017, por la que se declara concluso el procedimiento por desistimiento de Orange, al llegar a un acuerdo con Opera y Dialoga, el 2 de diciembre de 2016, sobre la resolución del contrato a fecha 31 de marzo de 2017 (diferida) -para garantizar la migración del servicio- y, por tanto, la devolución de la numeración móvil entregada a estas operadoras (folios 215 a 222).

SEGUNDO.- Periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/001/17

A la vista de la información recabada a través de los actos de instrucción realizados en el marco del procedimiento CFT/DTSA/028/17, se puso de manifiesto el posible uso indebido por parte de Opera y Dialoga de la numeración móvil entregada por Jazztel -actualmente Orange- en el año 2011, en calidad de operador asignatario y responsable del control y uso de dicha numeración móvil asignada. Por ello, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2017, la DTSA comunicó a dichas operadoras el inicio del periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/01/17, al objeto de investigar los hechos puestos de manifiesto hasta el momento (folios 235 a 238).

En el marco de este expediente y en cumplimiento de la Orden de inspección de fecha 10 de enero de 2017 (folios 248 a 250), entre los días 12 y 17 del mismo mes y año, se realizaron actuaciones inspectoras sobre determinada numeración móvil de Orange declarada en uso por las operadoras Dialoga y

[2] Jazztel fue extinguida y absorbida el 8 de febrero de 2016 por Orange quedando ésta última subrogada de forma automática en todos los derechos y obligaciones de aquel operador (Jazztel).
[3] Si bien tanto Opera como Dialoga se encuentran inscritos en el Registro de Operadores como operadores móviles virtuales (OMV) completos desde los años 2005 y 2007, respectivamente, a esta Comisión no le consta que estos operadores en la práctica presten servicios de comunicaciones móviles a los usuarios finales.
[4] Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital

Opera, al objeto de conocer el servicio prestado a través de la numeración, así como el operador proveedor del mismo al usuario final. Con fecha 7 de febrero de 2017 se levantó Acta de Inspección (folios 273 a 362).

Asimismo, se realizaron otras actuaciones previas al objeto de determinar y conocer los hechos puestos de manifiesto en la citada Acta de Inspección por los operadores en el expediente CFT/DTSA/028/16 (folios 251 a 272 y 369 a 571).

TERCERO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

En fecha 6 de julio de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó acuerdo, por el que se incoó el presente procedimiento sancionador contra Dialoga por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos de numeración incluidos en los planes nacionales de numeración[5]. Este acuerdo dio lugar asimismo al archivo del periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/001/17 y fue notificado a la interesada el 10 de julio de 2017 (folios 1 a 15).

Transcurrido el mes otorgado en el referido acuerdo de incoación para la presentación de alegaciones al inicio del procedimiento, Dialoga no presentó a esta Comisión escrito alguno efectuando alegaciones al respecto.

CUARTO.- Incorporación de pantallazo de la página web de Fonvirtual

El 6 de septiembre de 2017 se consultó la página web de Fonvirtual[6] y se decidió incorporar a este expediente los pantallazos de su enlace referente a preguntas frecuentes *"¿qué es Fonvirtual?"*, ya que el mismo publicitaba el uso del rango de numeración móvil 640, actualmente asignado casi en su totalidad a Orange -tras su fusión con Jazztel[7]-, para la prestación de sus servicios de centralita virtual (folios 609 a 610).

[5] Ese mismo día, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar otros dos procedimientos sancionadores a los operadores Opera y Orange por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, consistente en infringir las condiciones determinantes de (i) las atribuciones o (ii) del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes nacionales de numeración telefónica, respectivamente.

[6] Fonvirtual.com es la marca comercial de la empresa Globomail Spain, S.L., que algunos usuarios de la numeración inspeccionada de Orange identificaron como aquella que les prestaba los servicios de desvío de llamadas a otras líneas fijas y móviles, mediante el uso de un número móvil que actuaba como un número virtual (Ver Hecho Probado Único).

[7] A excepción del bloque 6404 (ver expedientes NUM/DTSA/3050/16 y NUM/DTSA/3214/16)

QUINTO.- Requerimiento de información a Globomail Spain, S.L.

Mediante escrito de la instructora de este expediente de 14 de septiembre de 2017, se solicitó a la empresa Globomail Spain, S.L. (Globomail) que colaborara en la aportación de determinada información relativa a cierta numeración móvil del rango 640 sobre la que publicitaba hacer uso para la prestación de los servicios ofrecidos vía web mediante su marca Fonvirtual.com y que supuestamente estaba siendo utilizada por Dialoga. Asimismo, se le solicitó a esta empresa que aportara los posibles acuerdos que mantuvo o mantenía con esta operadora o con otras distintas (folios 606 a 608)

Mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2017 Globomail contestó al requerimiento de información manifestando su no utilización de la numeración móvil referente al referido rango y de los servicios indicados en el requerimiento, ni la existencia de acuerdos con ninguna de las operadoras indicadas (folios 620 a 622).

SEXTO.- Requerimiento de información a Dialoga

El 20 de septiembre de 2017 se realizó un requerimiento de información a Dialoga relativo a la numeración móvil de Orange en uso, así como sobre los ingresos obtenidos y los costes soportados como consecuencia de los servicios contratados a Orange, durante el tiempo comprendido entre marzo de 2015 y abril de 2017 (folios 614 a 616).

Pasado el plazo de 10 días hábiles otorgado para presentar la información solicitada Dialoga no respondió al referido requerimiento de información.

SÉPTIMO.- Incorporación al expediente del nuevo pantallazo de la página web de Fonvirtual

A la vista de la información aportada por Globomail en su escrito de 2 de octubre de 2017, el 5 de octubre de 2017 se volvió a consultar la página web de Fonvirtual, para comprobar si se seguía haciendo referencia al rango de numeración 640 en su enlace de preguntas frecuentes “¿qué es Fonvirtual?” (folios 648 a 649).

OCTAVO.- Incorporación de documentación al expediente SNC/DTSA/102/17 al presente procedimiento

El 24 de octubre de 2017 se incorporó en el expediente el escrito de contestación a un requerimiento de información de Orange formulado en el marco del expediente SNC/DTSA/102/17, de 10 de octubre de 2017, así como de la documentación adjunta al citado escrito que hacía referencia a Dialoga (folios 632 a 646). En concreto, se incorporó la copia de una carta enviada en principio por Dialoga a la SETSI, -aunque no consta firmada por el representante legal de Dialoga ni tampoco tiene sello de entrada en la SETSI-,

de 16 de junio de 2014, en la que le consultaba "*si el servicio de segunda línea de número móvil de abonado con servicios de buzón de voz, prestado por Dialoga a clientes finales bajo la numeración para comunicaciones móviles, es acorde con la mencionada Resolución de 27 de mayo de 2013".*

La incorporación de dicha documentación fue notificada por medios electrónicos a Dialoga el día 3 de noviembre de 2017 sin que haya presentado alegaciones al respecto (folios 658 a 660).

NOVENO.- Solicitud de información a la SESIAD

Mediante escrito de 23 de octubre de 2017, notificado por correo postal el 31 de octubre de 2017, se solicitó a la SESIAD que confirmara si la SETSI recibió la supuesta citada consulta de Dialoga de fecha 16 de junio de 2014 y si había procedido a contestarla, y que comunicase el contenido de dicha contestación (folios 623 a 626).

A fecha de esta resolución no se ha recibido en esta Comisión una contestación de la SESIAD a la citada solicitud de información.

DÉCIMO.- Reiteración del requerimiento de información de 20 de septiembre de 2017 y petición de información adicional

El 7 de noviembre de 2017 se requirió a Dialoga que aportara toda la información no presentada que había sido solicitada en el requerimiento de fecha 20 de septiembre de 2017 así como otra información adicional (folios 661 a 666).

Mediante escrito de 1 de diciembre de 2017, Dialoga presentó la información solicitada en el segundo requerimiento de información, pero sin aportar la documentación acreditativa de los datos aportados (folios 670 a 680).

UNDÉCIMO. - Nuevo requerimiento de información

El 4 de diciembre de 2017 se requirió a Dialoga para que aportara nueva información relativa (i) al número de clientes finales que fueron titulares de la numeración móvil de Orange; (ii) a los ingresos recibidos a través de la facturación de los servicios prestados a dichos clientes; (iii) a los contratos minoristas firmados con los clientes y las facturas giradas a éstos; así como (iv) a sus cuentas de resultados del último ejercicio presentado y depositado en el Registro Mercantil (folios 681 a 686).

Mediante escrito de 26 de diciembre de 2017 Dialoga presentó la información solicitada (folios 690 a 742).

DUODÉCIMO. - Declaración de confidencialidad

El 10 de enero de 2018 se declaró la confidencialidad de la documentación y los datos susceptibles de tal declaración, aportados por Dialoga en sus escritos de 1 y 26 de diciembre de 2017 (folios 743 a 746).

DÉCIMOTERCERO. - Incorporación de documentación y comunicación a Dialoga

El 29 de enero de 2018 se incorporó al expediente un escrito de Dialoga, de 26 de diciembre de 2017, por el que daba contestación a un requerimiento de información, realizado el 5 de diciembre de 2017, debido a que contiene información de interés para la comprobación de los supuestos hechos imputados a Dialoga. (750 a 754)

La incorporación de dicha documentación fue comunicada a Dialoga el mismo 29 de enero de 2018 (folios 755 a 757).

DÉCIMOCUARTO. - Propuesta de resolución

Con fecha 26 de marzo de 2018 la instructora del procedimiento dictó la propuesta de resolución (folios 758 a 829), en la que se proponía:

> ***"PRIMERO. -*** *Que se declare responsable directa a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.*
>
> ***SEGUNDO. -*** *Que se imponga a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., una sanción por importe de setenta y seis mil euros (76.000 €)."*

La propuesta de resolución fue notificada a Dialoga el 5 de abril de 2018 (folios 830 a 832).

DÉCIMOQUINTO. - Alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 4 de mayo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Dialoga (folios 775 a 793) en el que formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Que constan contradicciones en el Acta de Inspección y que falta rigor en la concreción de los hechos
- Que la numeración móvil de Orange se ha utilizado para pruebas internas, no para explotación comercial.
- Ausencia de dolo en la conducta infractora puesto que, previo a la incoación del procedimiento sancionador, acordó con Orange la rescisión de contrato suscrito en 2011.

- Falta de proporcionalidad de la sanción propuesta al no tener en cuenta la ausencia de beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. Asimismo, que la sanción propuesta es arbitraria a la vista de otras resoluciones recaídas en procedimientos sancionadores similares.
- Que la CNMC no es competente para conocer y resolver este expediente puesto que la competencia le corresponde al MINETAD.

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

Por medio de escrito de fecha 10 de mayo de 2018, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 863).

DÉCIMOSÉPTIMO. - 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, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar sin observaciones el presente procedimiento (folio 864).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO. - Uso indebido de numeración

En virtud de las actuaciones realizadas durante la instrucción del expediente CFT/DTSA/028/16, iniciado a partir de ladenuncia interpuesta por Orange frente a este organismo, así como de las actuaciones inspectoras realizadas en el marco del expediente IFP/DTSA/001/17 y de la información recabada durante la instrucción del presente expediente, se considera probado que, entre el 22 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2017, Dialoga estuvo utilizando, al menos, 144 numeraciones móviles asignadas a Orange y entregadas a dicha operadora en el marco de un contrato para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles.

La anterior afirmación se funda sobre las siguientes consideraciones:

i) Dialoga no ha utilizado la numeración móvil entregada para proveer servicios de comunicaciones móviles, según se desprende de las relaciones contractuales entre Orange y Dialoga

El 22 de junio de 2011 Dialoga firmó con Jazztel, este último en calidad de operador móvil virtual (OMV), un acuerdo denominado de prestación de servicios de acceso a red móvil[8] con la consiguiente entrega de determinada numeración móvil -que podría ampliarse sucesivamente según se fuera comprometiendo su uso-. En dichos contratos se establecía un pacto de remuneración variable por volumen de tráfico terminado (euros por minuto) en dichas numeraciones móviles entregadas, sin especificar qué servicios prestaría esta empresa a los clientes finales a través de dicha numeración móvil.

A este respecto, Orange manifestó, en su escrito de 23 de septiembre de 2016, presentado en el expediente de conflicto citado anteriormente, que en modo alguno el contrato firmado con Dialoga preveía que tal empresa pudiera emplear las numeraciones cedidas para dar servicio a sus clientes finales (folios 57-61).

De la lectura del contrato con Dialoga se desprende que el servicio que Jazztel y Orange le prestaron a esta operadora era el de tránsito, dado que en el citado acuerdo se determinó que Jazztel entregaría el tráfico que se originase desde cualquier red de acceso en el punto de interconexión definido por la operadora.

En cuanto a la numeración móvil entregada a Dialoga, de la adenda del citado contrato de interconexión se desprende que Jazztel le cedió a Dialoga tan solo 10 números móviles (640008310-640008319)[9].

No obstante lo dispuesto en el contrato, Dialoga ha estado alegando, desde la instrucción del expediente CFT/DTSA/028/16, que han sido diecinueve (19) numeraciones móviles, correspondientes a los bloques 6405913XX-6405914XX, las que ha tenido activas, a pesar de que tal y como Orange alegó en el seno del citado conflicto dichos bloques de numeración fueron entregados a Opera en el marco del otro contrato de acceso a red móvil, de 14 de marzo de 2011, citado anteriormente (ver Antecedente de hecho primero).

En relación con lo anterior, cabe adelantar que, de estas declaraciones y de las diversas pruebas recabadas que constan en el expediente, los <u>bloques y la cantidad de numeración móvil entregada por Orange a Dialoga no coinciden con la que ha sido utilizada en la práctica por esta operadora, ni con la</u>

[8] Como se analiza más adelante, el servicio que prestaba Jazztel y, posteriormente, Orange, a Opera y Dialoga era en realidad el de tránsito, no el de acceso mayorista móvil.
[9] El bloque 0 del rango de numeración móvil 640 fue asignado a Jazztel el 5 de diciembre de 2011 (DT 2011/1322)

comunicada a este organismo, por lo que para la determinación de la numeración utilizada por Dialoga se atenderá a los tráficos terminados en su red, según consta en los registros aportados por Orange.

Finalmente, cabe aclarar que Dialoga no ha actuado nunca en el mercado como OMV completo[10]. Ello es así porque, tal y como la propia Dialoga alega en su escrito de 20 de diciembre de 2016 y 28 de abril de 2017, no ha firmado nunca un acuerdo con un operador de red de acceso móvil para poder prestar servicios al público como OMV (ver nota al pie 8 anterior, el acuerdo firmado con Jazztel en 2011 en realidad no era de acceso mayorista a red móvil sino de tránsito, tal y como se analiza más adelante) (folios 157-167 y 529-549).

Por tanto, los servicios prestados por Dialoga a sus clientes finales -que se analizan a continuación-, mediante el servicio mayorista prestado por Jazztel y Orange, sucesivamente, fueron facilitados a través de sus accesos fijos[11], tal y como la propia operadora confirma en su citado escrito de 28 de abril de 2017[12].

En consecuencia, resulta acreditado que Dialoga no ha utilizado el servicio mayorista contratado inicialmente a Jazztel, y posteriormente a Orange, así como la numeración móvil que le fue entregada para proveer servicios de comunicaciones móviles.

ii) Los servicios efectivamente prestados por Dialoga utilizando las numeraciones móviles de Orange

Sobre este punto es relevante indicar que Dialoga ha dado información contradictoria a este organismo a través de sus diferentes escritos de contestación a los requerimientos de información enviados durante la instrucción de los expedientes CFT/DTSA/028/16 y el conocimiento de la IFP/DTSA/001/17. Ello se señala porque, mientras que en su escrito de 7 de octubre de 2016 esta operadora informó de que *"con la referida numeración móvil (…)"* prestaba a sus clientes "*un servicio de segunda línea móvil, a la cual se efectúan desvíos de llamadas producidas desde origen móvil"* (folios 62 a 80), en su escritos de 20 de diciembre de 2016, 23 de enero (folios 259 a 266), 12 y 28 de abril de 2017, Dialoga manifestó que *"las llamadas encaminadas a través de la numeración de Orange se emplearon exclusivamente con finalidad de pruebas desde que fuesen enrutadas por Orange en 2011"*, sin que se haya producido una *"explotación comercial"* por su parte, ya fuera directa o indirectamente a través de terceros.

[10] Según consta en el Registro de Operadores que gestiona esta Comisión, Dialoga está inscrita como OMV competo desde el año 2007.
[11] Según le consta a esta Comisión, a través del ejercicio de sus funciones (ej. de inscripción en el Registro de operadores, estadísticas o de resolución de conflictos), esta operadora si presta servicios de telefonía fija disponibles al público (tanto en acceso directo como indirecto).
[12] "*las llamadas se enrutaban a Dialoga a través de la interconexión fija TDM implementada entre las redes de Orange y Dialoga*".

En concreto, en su escrito de 23 de enero de 2017, Dialoga alegó que utilizaba dicha numeración móvil para probar desde redes móviles la configuración de los servicios de valor añadido, que presta a través de numeración de tarificación adicional, como la gestión de colas de llamadas en espera con música o el diseño de servicios de locución.

A continuación, se expondrán las pruebas obtenidas sobre el uso de la numeración móvil de Orange utilizada en la práctica por dichas operadoras, así como los servicios prestados a los clientes a través de ellas.

a) Grabaciones aportadas por Orange

Orange, junto a su escrito de 23 de septiembre de 2016, aportó siete (7) grabaciones de llamadas realizadas como usuaria, posiblemente efectuadas en febrero de ese año[13], sobre numeraciones móviles entregadas por Orange a Opera en virtud de su contrato[14] (folios 57-61). De estas grabaciones se comprueba que seis (6) de estas numeraciones móviles eran usadas por usuarios finales empresariales, para ofrecer servicios de atención al cliente, mientras que la restante numeración (1) parecía ser usada por un particular.

b) Acta de inspección de 7 de febrero de 2017

Los datos extraídos de las grabaciones aportadas por Orange, sobre los servicios prestados a través de las numeraciones móviles entregadas a Opera, coinciden con los obtenidos posteriormente de las actuaciones de inspección desarrolladas durante los días 12 y 17 de enero de 2017 en la sede de la CNMC (folios 261 a 271). Tales actuaciones consistieron en realizar llamadas a diversos números escogidos de varias muestras aleatorias, obtenidas teniendo en cuenta la información proporcionada por Opera y Dialoga a este organismo sobre la numeración móvil de Orange que declararon tener cedidas y en uso efectivo (249 del bloque 640011000-640011999 y 19 de los bloques 6405913XX-6405914XX, respectivamente)[15].

Tal como se señala en el acta de inspección:

[13] Según consta en las propiedades de todos los archivos audio M4V aportados por Orange, la última fecha de su modificación fue el 24 de febrero de 2016.

[14] **[CONFIDENCIAL].** Sobre esta última numeración cabe recordar que, según Dialoga ha alegado a esta Comisión, la numeración móvil perteneciente al bloque 6405914XX fue usada por ella, sin embargo, este hecho será desacreditado más adelante, a través del análisis de los datos sobre los tráficos terminados en su red-, de donde se colige que los números que han estado activos en la red de Dialoga han sido, al menos dos de estas numeraciones móviles del bloque 640011XXX-.

[15] Como se viene indicando, esta información sobre la numeración en uso efectivo por cada una de estas operadoras no coincide (i) con la entregada en virtud de sus contratos, (ii) con los datos obtenidos de estas actuaciones inspectoras a través de los clientes finales de dichas numeraciones móviles, (iii) ni con los tráficos recibidos en sus redes, tal y como veremos en el siguiente punto.

*"**B.3 Datos agregados**.*

A partir de los datos anteriores se obtienen los resultados que a continuación se exponen.

Como ya se ha señalado en el apartado 1, relativo al objeto de la inspección, se seleccionaron 291 números móviles, correspondiendo 19 a Dialoga -ya que este es el total de números cedidos por Orange a esta operadora- y 272 a Opera-estos últimos números fueron obtenidos mediante un muestreo aleatorio del total de 1000 números móviles cedidos por Orange a Opera-, todo ello de acuerdo con la información aportada por los citados tres operadores en el marco del expediente CFT/DTSA/028/16, según se recoge en el Anexo I. De las 19 numeraciones de Dialoga y del citado muestreo aleatorio realizado sobre las 1000 numeraciones de Opera se obtuvieron los siguientes listados de numeraciones inspeccionadas:

1. Listado de 19 numeraciones móviles declaradas en uso por Dialoga.
2. Listado de 112 numeraciones móviles de las 249 declaradas en uso por Opera.
3. Listado de 160 numeraciones móviles de las 751 presuntamente sin uso cedidas a Opera.

1. Con respecto a las diecinueve (19) numeraciones declaradas en uso por Dialoga se ha comprobado que en ocho (8) numeraciones móviles no hay conexión o no existen, de conformidad con la locución que saltaba tras la llamada. Sin embargo, las restantes once (11) numeraciones móviles si se encuentran activas o en uso.

De estas once (11) numeraciones móviles en uso únicamente dos (2) usuarios (uno empresarial y otro autónomo) han informado de que su operador es Dialoga, que les ofrece servicios de desvío de llamadas a través de la numeración inspeccionada, y que el número móvil funciona como un número virtual para recibir llamadas de clientes o para ofrecer servicios de centralita.

En los restantes nueve (9) números móviles inspeccionados no se obtuvo respuesta a la llamada porque: (i) el número comunicaba, (ii) en caso de responder a la llamada el interlocutor no contestó al cuestionario, bien porque no se encontraba el titular o porque la persona que gestionaba la línea no conocía los detalles de las gestiones realizadas o no deseaba contestar, y (iii) la llamada era atendida por una locución grabada sin interlocución humana o por un buzón de voz.

2. Con respecto a las ciento doce (112) numeraciones móviles declaradas en uso por Opera (de entre el total de las doscientas cuarenta y nueve -249- declaradas) *se ha comprobado que en sesenta (60) numeraciones móviles no hay conexión o no existen, de conformidad con la locución que saltaba tras la llamada. Las restantes cincuenta y dos (52) numeraciones móviles están activas o en uso.*

De estas cincuenta y dos (52) numeraciones móviles en uso, únicamente tres (3) usuarios afirman conocer la empresa que les presta servicio a través de la numeración inspeccionada (Incotel, Fonvirtual y Dialoga, respectivamente) y el servicio que les presta (el número móvil inspeccionado funciona como un número

virtual, a través del cual le proporciona un servicio de desvío de llamadas desde su número de teléfono particular contratado a otro operador de telecomunicaciones o hacia una centralita).

(…)

En los restantes cuarenta y siete (47) números inspeccionados, no se obtuvo respuesta a la llamada porque: (i) el número comunicaba, (ii) en caso de responder a la llamada el interlocutor no contestó al cuestionario, bien porque no se encontraba el titular o la persona que gestionaba la línea, bien porque no conocía los detalles de las gestiones realizadas o no deseaba contestar, y (iii) la llamada era atendida por una locución grabada sin interlocución humana o por un buzón de voz.

3. Finalmente, con respecto a las ciento sesenta (160) numeraciones móviles declaradas sin uso por Opera se ha comprobado que en ciento cincuenta y siete (157) numeraciones móviles no hay conexión o no existen, de conformidad con la locución que saltaba tras la llamada, mientras que tres (3) números móviles inspeccionados están activos o en uso. De estas tres (3) numeraciones únicamente un (1) usuario (empresarial) afirma conocer a la empresa que les presta servicio (Fonvirtual) y el servicio prestado (desvío de llamadas desde su número personal al número móvil inspeccionado, que funciona como un número virtual para atender llamadas).

En las otras dos (2) numeraciones móviles en uso: (i) el interlocutor no contestó porque no era la persona que gestionaba la línea y no conocía los detalles de las gestiones realizadas, y (ii) el interlocutor pudo dar datos erróneos sobre el operador que le presta el servicio a través de la numeración inspeccionada.

(…)

C.- Conclusiones finales sobre las numeraciones inspeccionadas activas o en uso

Finalmente, de la anterior información relativa a las numeraciones inspeccionadas que se han constatado que se encuentran activas o en uso, esto es, sesenta y seis (66) numeraciones en total (once -11- de Dialoga y cincuenta y cinco -55- de Opera), se extraen las siguientes conclusiones finales derivadas de los datos obtenidos de las actuaciones inspectoras relacionadas con:

1. Los servicios ofrecidos a los usuarios finales a través de estas numeraciones móviles inspeccionadas:

- *En siete (7) de las once (11) numeraciones móviles activas o en uso de Dialoga el usuario final es una empresa y tiene asociado el número a un servicio de centralita, de atención al cliente o de gestión de averías.*

-En treinta y seis (33)[16] de las cincuenta y cinco (55) numeraciones móviles activas o en uso de Opera el usuario final es una empresa o autónomo y tiene asociado el número a un servicio de centralita, de atención al cliente o de gestión de incidencias".

En consecuencia, de las pruebas expuestas hasta el momento se demuestra que, con independencia del operador que terminara el tráfico en dichas numeraciones móviles inspeccionadas (que se analiza a continuación) o que supuestamente firmara el contrato con el cliente final -sobre lo que no ha sido posible obtener pruebas previa petición a dichas operadoras-, Dialoga utilizó parte de la numeración móvil entregadas por Jazztel a Opera, en virtud de lo dispuesto en su contrato, para prestar servicios a clientes finales de desvío de llamadas, de atención a clientes, de gestión de averías o de centralita. Es decir, los números se utilizaban para servicios no vinculados al uso de una tarjeta SIM y que no llevan implícita la condición de movilidad.

c) Otra información que confirma los servicios prestados por Dialoga sobre la numeración móvil de Orange

Según consta en esta Comisión, tanto el 8 de julio de 2011, es decir, un mes después de firmar con Jazztel la adenda al contrato de interconexión para la prestación de servicios (junio de 2011), como el 12 de marzo de 2012 Dialoga solicitó a la anterior Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT): (i) la subasignación de numeración móvil de Jazztel (100.000 números); (ii) un código NRN, para comenzar a prestar servicios como OMV, garantizando la portabilidad numérica, consistentes en el desvío de llamadas con destinos internacionales, y de segunda línea móvil[17]; y (iii) la asignación directa de numeración móvil para la prestación del "servicio telefónico móvil sin red de acceso propia", aportando para ello el contrato de junio de 2011 suscrito con Jazztel, por el que le cedía los números 640008310-640008319 para la entrega de las llamadas en sus puntos de interconexión fijos[18].

Con respecto al servicio de segunda línea móvil, que Dialoga comunicó tener intenciones de prestar, cabe resaltar cómo este operador describía el mismo de la siguiente forma:

"El servicio de segundas líneas móviles descrito en el expediente RO 2009/1536 consiste en la adjudicación a un usuario de un segundo número móvil. Se denomina virtual porque no existe ninguna tarjeta SIM asociada, sino que está vinculado al otro número principal del abonado.

Cuando un usuario quiere usar su número secundario para efectuar una llamada, en vez de llamar al destino directamente, primero llama a su número

[16] Se ha detectado una errata de forma en el Acta de Inspección de 7 de febrero de 2017, sobre el número y la letra, siendo 33 y no 36 las numeraciones móviles donde se pudo comprobar la existencia de un usuario final, de conformidad con el Anexo III.
[17] DT 2011/1672
[18] DT 2012/481

secundario (desde el terminal con la SIM del número principal) y, a continuación, marca los dígitos del número de destino deseado. De este modo, la llamada primero llegaría a DIALOGA (cobro del precio mayorista de terminación móvil) y seguidamente sería desviada al destino indicado (pago del precio mayorista de terminación en función de si el destino es fijo o móvil)".

Como se ha podido comprobar de las actuaciones inspectoras, este tipo de servicio descrito por Dialoga en el año 2011, de segunda línea móvil, ha sido también explicado por algunos usuarios que respondieron a las preguntas formuladas por las inspectoras, en enero de 2017.

En relación con la solicitud de Dialoga de asignación y subasignación de numeración, los servicios de la CMT requirieron a Dialoga, en el marco de los dos expedientes citados, la subsanación de sus solicitudes de numeración mediante la aportación de determinada información, como el acuerdo de acceso mayorista a la red móvil de Jazztel para prestar servicios móviles tradicionales comercializados mediante tarjetas SIM, entre otros. Sin embargo, Dialoga nunca llegó a presentar dicha información, por lo que se archivaron ambas solicitudes por considerar desistida a la empresa de las mismas. De forma que la CMT no autorizó en su momento la asignación y subasignación de numeración móvil a favor de Dialoga.

A este respecto, es de interés recordar que, tal y como ha alegado la propia Dialoga, nunca ha suscrito un acuerdo de acceso a red móvil con alguno de los operadores de red existentes en España para la prestación de servicios minoristas como OMV.

En consecuencia, de todas las pruebas expuestas sobre los servicios prestados por Dialoga a través de la numeración móvil de Orange, ha quedado acreditado que, con independencia del operador que terminara el tráfico en dichas numeraciones móviles inspeccionadas (que se analiza a continuación) o que supuestamente firmara el contrato con el cliente final -sobre lo que no ha sido posible obtener pruebas previa petición a dicha operadora-, al menos parte de las numeraciones móviles entregadas por Jazztel a Dialoga fueron utilizadas para suministrar servicios a clientes finales (personas físicas y empresas) de desvío de llamadas, de atención a clientes, de gestión de averías o de centralita. Esto es, estas numeraciones fueron utilizadas para la prestación de servicios no vinculados al uso de una tarjeta SIM y que no llevan implícita la condición de movilidad.

iii) Sobre la numeración móvil de Orange utilizada por Dialoga para la prestación de los servicios minoristas indicados

Orange ha aportado a esta Comisión, previa su solicitud, los tráficos cursados a las numeraciones móviles entregadas a Opera y Dialoga entre octubre de 2016 y marzo de 2017 (folios 202 y 505 a 507). De los Excel aportados se han extraído los siguientes datos:

a) Por una parte, las diecinueve (19) numeraciones móviles de los **bloques 6405913XX-6405914XX**, que Dialoga manifestó tener en uso, han sido utilizadas en su totalidad por Opera, tal y como Orange manifestó en su escrito de 7 de octubre de 2016. Así, Orange indicó que con posterioridad a la entrega del bloque (640011000-640011999) se le cedieron estos dos bloques adicionales. Además, han existido otras cuatro (4) numeraciones de estos bloques de numeración, no declaradas en uso por Dialoga, que también han sido usadas por Opera (**[CONFIDENCIAL]**).

Por otra parte, de las 249 numeraciones móviles correspondientes al **bloque 640011000-640011999** que Opera alegó tener en uso, más de la mitad (128) han sido usadas por Dialoga, mientras que Opera solo ha usado quince (15), el resto de numeración móvil (106) parece que no ha recibido tráfico durante los 6 meses analizados.

De estos datos sobre el tráfico cursado, se comprueba que hay numeraciones móviles a las que se llamó durante las actuaciones inspectoras, y no se obtuvo conexión, pero sí tonos como si el número estuviera ocupado (y la línea comunicara), o incluso locuciones de Orange informando de que la numeración no existía, que han estado en uso por estas operadoras[19].

Es más, también se observa que hay otras dieciocho (18) numeraciones móviles de este mismo bloque no declaradas en uso por Opera, sobre las que dieciséis (16) Dialoga ha estado terminando tráfico y sobre dos (2) Opera.

Estos hechos han sido también probados mediante las citadas actuaciones inspectoras realizadas en enero de 2017, en las que se ha comprobado que en tres (3) de estas dieciocho (18) numeraciones móviles[20] había servicio, y mediante las grabaciones aportadas por Orange en septiembre de 2016, de las que se ha descubierto que, al menos, hubo otras dos (2) numeraciones móviles adicionales del rango 640011000-640011999[21] que estuvieron activas en febrero de 2017, aunque se desconoce quién fue el operador que terminó el tráfico cursado hacia ellas.

Estos datos expuestos demuestran, que la numeración móvil en uso ha variado según los meses, pero que, al menos, Opera ha estado haciendo uso de 40 números pertenecientes (i) 17 al bloque 640011000-640011999 y (ii) 23 al bloque 6405913XX–6405914XX, **mientras que Dialoga ha estado usando 144** (128+16) **números móviles, todos**

[19] Sirva de ejemplo: **[CONFIDENCIAL]**
[20] **[CONFIDENCIAL]**
[21] **[CONFIDENCIAL]**

pertenecientes al bloque 640011000- 640011999 entregado a Opera (ver listados Excel del Anexo I).

Por otra parte, no se han obtenido pruebas de que se haya hecho uso de los diez (10) números móviles pertenecientes al bloque 640008310-640008319, que Orange entregó a Dialoga, según constaba en su contrato.

b) En términos de tráfico recibido en las numeraciones móviles usadas por ambas operadoras se extrae que éste ha sido muy irregular, según la numeración, ya que algunas numeraciones han podido llegar a recibir una media de más de 140 llamadas al mes (ej. el número **[CONFIDENCIAL]** gestionado por Dialoga), mientras que otras numeraciones tan solo han recibido 1 llamada al mes de poca duración (segundos).

Además, aunque Opera ha cursado tráfico hacia menos numeraciones móviles que Dialoga, éstas en media recibieron mayor tráfico durante el periodo analizado en términos de minutos. Este dato se ha podido cotejar también a través de los volúmenes de minutos recibidos en las numeraciones móviles entre marzo de 2015 y julio de 2016, aportados tanto por Dialoga como por Opera en sus escritos de 26 de diciembre de 2017.

Por otra parte, no se han obtenido pruebas de que se haya hecho uso de los diez (10) números móviles pertenecientes al bloque 640008310-640008319, que Orange entregó a Dialoga, según constaba en su contrato.

c) Por último, cabe apuntar que las llamadas recibidas en las numeraciones móviles activas en la red de Dialoga tenían orígenes móviles y fijos, procedentes de redes distintas a las de estas operadoras.

Estos datos prueban que, efectivamente, Dialoga aportó a esta Comisión datos erróneos sobre la numeración móvil de Orange de la que ha estado haciendo uso y sobre la base de la cual se realizaron las actuaciones inspectoras.

En su escrito de 10 de octubre de 2017, Orange informa, sin aportar ningún documento o dato acreditativo, que el total de numeración móvil entregada en 2011, que estuvo activa hasta el 31 de marzo de 2017 por dicha operadora, fue de quinientas cuatro (504) -494 del bloque 640011XXX y 10 del bloque 64000831X-.

A este respecto, cabe tener en cuenta que éstos datos no han podido ser contrastados a través de las actuaciones de instrucción expuestas y difieren de los comunicados por Dialoga a esta Comisión. Por tanto, dichos datos sobre el total de numeración móvil que ha tenido activa esta operadora desde el año

2011 se tomarán en cuenta exclusivamente para confirmar que, sin perjuicio de los datos acreditados en el presente hecho probado, ha habido más numeraciones móviles de Orange en uso por parte de Opera desde que le fueran entregadas en el año 2011 que las incluidas en los ficheros Excel de tráfico recibido entre octubre de 2016 y marzo de 2017. Esto ha sido confirmado por la propia Orange.

En conclusión, se ha podido acreditar que de entre las mil doscientas diez (1210) numeraciones pertenecientes al bloque 640011000-640011999 de Orange y entregadas a Opera en el año 2011, al menos 144 (128+16) han estado activas por Dialoga para la prestación de los servicios determinados en el punto ii) anterior, según Orange, habiendo existido más numeraciones móviles en uso por parte de esta operadora.

Por otra parte, en su escrito de 26 de diciembre de 2017, Dialoga aporta una tabla con los volúmenes de minutos recibidos en numeraciones móviles y fijas entre marzo de 2015 y julio de 2016. También insiste en que, el muy reducido volumen de llamadas recibidas en la numeración móvil (entre un 3% y un 10 % sobre el tráfico total recibido en su red), evidencian que el tráfico enrutado era correspondiente a llamadas de pruebas.

A este respecto, cabe tener en cuenta que la citada cantidad de numeración móvil utilizada por Dialoga ha estado recibiendo tráfico tanto con origen fijo como móvil, lo que permite rechazar que la misma fuera utilizada para realizar pruebas internas, para asegurarse que las llamadas cursadas con origen móvil no redujeran la calidad de los servicios adicionales, que Dialoga presta a través de numeración de tarificación adicional, ya que para ello no hubiera necesitado el uso de tanta numeración móvil ni tampoco que pactara con Jazztel su ampliación, según fuera comprometiendo su uso, ni una remuneración variable por volumen de tráfico terminado, tal y como consta en su contrato (ver punto 1 del presente hecho probado).

Es más, de las pruebas expuestas se advierte que, a través de esta numeración móvil de Jazztel, Dialoga prestaba directamente a los clientes finales servicios similares a los indicados, en un principio, por estas operadora[22] (como los de desvío de llamadas a otras numeraciones personales -número virtual, -de atención a clientes, de gestión de averías o de centralita).

En este sentido, según los datos examinados, el volumen de los tráficos cursados, en general, a través de dichas numeraciones móviles, encaja con el tipo de servicios mencionados puesto que éstos suelen ser llamadas de corta duración, especialmente si es para generar solo un desvío de llamadas en terminación, en comparación con los servicios tradicionales de telefonía fija y móvil, así como variables en cantidad, dependiendo del tamaño de la empresa y del volumen de su actividad, extremo que también se demostró a través de

[22] Escritos de 7 de octubre de 2016 presentados en el marco del expediente CFT/DTSA/028/16.

las actuaciones inspectoras en donde se conoció que los usuarios finales eran autónomos, pequeñas empresas de servicios o empresas con diversas sedes a nivel nacional.

Además, cabe tener en cuenta que el propio representante legal del Grupo Dialoga manifestó a Orange, cuando ésta le comunicó su intención de rescindir los acuerdos firmados en 2011, a través de un correo intercambiado el 18 de mayo de 2016, que "*no podemos firmar ningún acuerdo de resolución en tanto en cuanto no tengamos firmado previamente un marco que nos permita dar servicio a nuestros clientes".* Ello permite confirmar también que la citada numeración móvil de Orange no se estaba utilizando por Dialoga para realizar pruebas internas sino para prestar servicios a sus clientes.

Por último, se confirma que la mayoría de las numeraciones móviles entregadas a Opera han estado activas en la red de Dialoga, por lo que ésta ha sido intercambiada entre las dos operadoras pertenecientes al mismo grupo empresarial (Dialoga y Opera). Es más, tal y como algunos usuarios finales manifestaron durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras, la citada numeración móvil ha sido comercializada por otras empresas del grupo, como Dialoga e Incotel[23], que tiene relación societaria con la primera, o por Globomail (Fonvirtual).

Con respecto a ésta última empresa, se ha podido corroborar a través de su propia página web -apartado de Preguntas Frecuentes (FAQs)- (pantallazos obtenidos los días 3 de marzo, 6 de septiembre y de 5 de octubre de 2017) que, al menos hasta el 6 de septiembre de 2017, existen indicios de que esta empresa estuvo publicitando el uso del rango de numeración 640[24], para la prestación de sus servicios de desvío de llamadas a números virtuales a través de los operadores con los que trabaja (folios 369-371 y 648-651).

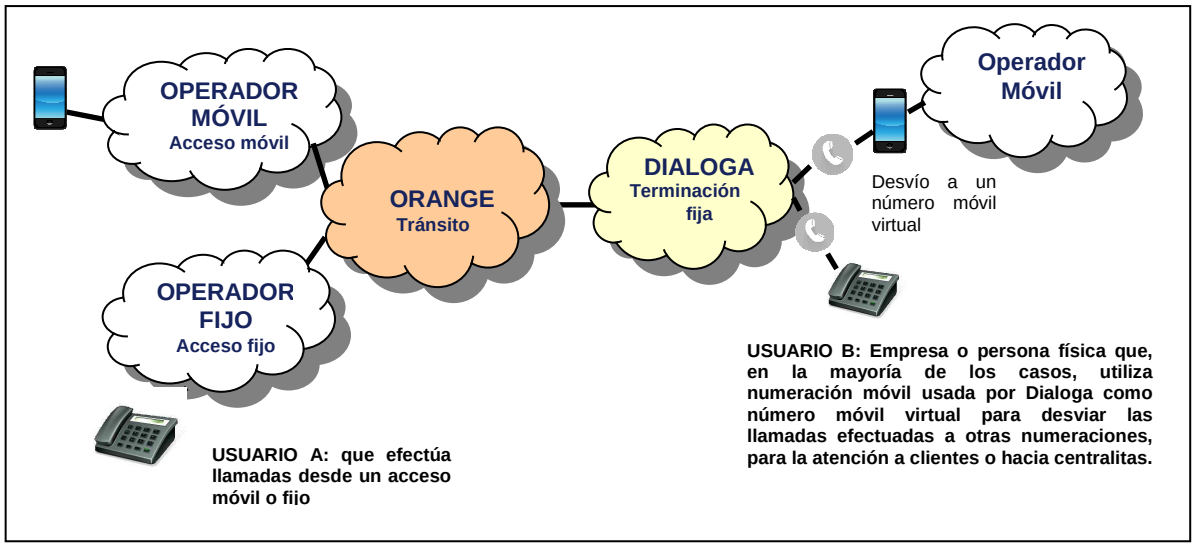
Tras solicitarle a esta empresa información sobre el uso de dicho rango de numeración móvil y de los operadores de comunicaciones con los que trabajaba, mediante escrito de 2 de octubre de 2017 esta empresa negó haber usado la citada numeración, así como la prestación de los servicios publicados en su web (folios 620-622). El 5 de octubre de 2017 se constató que en la página web de Fonvirtual ya no aparecía la referencia al uso del rango de numeración móvil 640. Por tanto, no ha sido posible probar si, a dicha fecha, seguía prestando sus servicios a través de dicha numeración móvil.

Atendiendo a todos los datos acreditados, los servicios prestados tanto en el ámbito mayorista como minorista, así como las relaciones comerciales que han

[23] Podría ser INCOTEL INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A. o INCOTEL SERVICIOS AVANZADOS, S.L. Ambas empresas constan inscritas como operadoras en el Registro de esta Comisión, siendo su representante legal el mismo que el de Opera y Dialoga.

[24] Rango de numeración cuyos 9 bloques de 100.000 números se encuentran asignados prácticamente en su totalidad a Orange, tras su fusión con Jazztel, salvo el bloque 4 que pertenece a MASMÓVIL IBERCOM, S.A. (NUM/DTSA/3050/16 y NUM/DTSA/3214/16).

existido entre Orange y Dialoga, podrían quedar representados gráficamente de la siguiente manera, aunque, como se acaba de apuntar, han existido otras empresas intermediarias que han podido estar comercializando a nivel minorista servicios a través de la numeración móvil de Orange entregada a Opera:



iv) Sobre el fin del uso de la numeración móvil cedida a Dialoga

Como se comprobó en el marco del expediente CFT/DTSA/028/17, el 2 de diciembre de 2016, Orange llegó a un acuerdo con Dialoga sobre la resolución del contrato firmado en 2011 a fecha 31 de marzo de 2017 (diferida) -para garantizar la migración del servicio prestado a sus clientes, tal y como manifestó previamente a través de dos correos de 18 de mayo y 2 de junio de 2016[25] - y, por tanto, la devolución de la numeración móvil asignada a esta operadora. Este hecho ha sido acreditado por Orange a través de la copia de un email que envió al representante del Grupo Dialoga el 31 de marzo de 2017, comunicándole la baja de las numeraciones móviles relacionadas con los acuerdos firmados en 2011 con Opera y Dialoga (folios 504).

Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el citado acuerdo de resolución del contrato y de la posterior confirmación de Orange, se considera acreditado que, <u>a fecha 31 de marzo de 2017 Dialoga cesó en el uso de la numeración móvil cedida por Jazztel en el año 2011.</u>

A la vista de las anteriores consideraciones se ha podido concluir este hecho probado determinando que, desde el 14 de marzo de 2011 hasta el 31 de marzo de 2017, Dialoga estuvo utilizando, como mínimo, 144 numeraciones móviles del rango 640 (640011000 a 640011999) asignado a Jazztel, para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles.

[25] Estos correos se analizan con más detalle en el Fundamento Jurídico Material Tercero.

En concreto, los servicios minoristas prestados por esta operadora -directamente o través de terceras empresas- mediante la citada numeración móvil, sin el uso de tarjetas SIM y a través de sus puntos de terminación fijos, han consistido en el desvío de llamadas a otras numeraciones, la atención de clientes, la gestión de averías y de centralita.

Además, las citadas numeraciones móviles que fueron entregadas a Opera, según los contratos suscritos con Jazztel, han sido utilizadas en su mayor parte por Dialoga. De hecho, como ya se ha indicado, algunas de las citadas numeraciones móviles fueron incluso comercializadas por otras empresas del grupo, como Dialoga e Incotel, o por Globomail (Fonvirtual), aunque se desconoce quién fue, en la práctica, la operadora que realizó dicha cesión de la numeración a terceros.

A los anteriores antecedentes y hecho probado le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Objeto del procedimiento sancionador

El acuerdo de incoación del presente expediente de 6 de julio de 2017 determinó que *"existen suficientes indicios que permiten concluir que, desde el 13 de junio de 2014 -fecha de entrada en vigor de la Resolución de 27 de mayo de 2013- hasta el 31 de marzo de 2017 -fecha en la que, al parecer se ha cesado en el uso de la mencionada numeración por operadores distintos a Orange-, Dialoga ha podido incurrir en un incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos públicos de numeración incluidos en los planes de numeración, tipificado como infracción grave en el artículo 77.19 de la vigente LGTel"*.

Por tanto, el objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Dialoga ha incumplido las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos de numeración móviles asignados a Orange, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), lo que supondría la comisión de una infracción prevista en la LGTel, que sería susceptible de sanción.

SEGUNDO. - Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir en el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en el artículo 6.5 de la LCNMC, que señala que le corresponde *"realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003*[26]*, de 3 de*

[26] Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

noviembre, y su normativa de desarrollo"; y en el artículo 29.1 de la LCNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto por la normativa sectorial de aplicación en cada caso, y en éste, en relación con los artículos 48.4., letras b) y j), y 50.7 de la LGTel de 2003.

En la actualidad, está vigente, desde el día 11 de mayo de 2014, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), que derogó la LGTel de 2003. Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de esta Ley, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo -MINETUR- (actualmente, el MINETAD[27]). Y el artículo 84 de la LGTel establece que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la SETSI (SESIAD), dado que no se ha atribuido expresamente esta competencia a la CNMC en el apartado 2 de dicho precepto. No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el MINETAD no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

Por lo tanto, en aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta acreditada en el Hecho Probado Único y resolver sobre el presunto incumplimiento por parte de Dialoga de las condiciones determinantes de las atribuciones de los recursos de numeración móviles, de conformidad con el artículo 77.19 de la LGTel 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"*.

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 y atendiendo a lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

Respecto de la legislación aplicable, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC, la LGTel,

[27] Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital

conforme a la Disposición Adicional Primera de la LPAC, y por la LRJSP en lo no previsto en las normas anteriores.

TERCERO. - Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

El artículo 26 de la LRJSP establece que *"Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. (…)"*. En aplicación de este precepto, la LGTel de 2014 es la normativa aplicable al ser la vigente en el momento de producirse los hechos.

El artículo 77.19 de la LGTel establece 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".*

En relación con lo anterior, el aartículo 19 de la LGTel establece –al igual que lo hacía el derogado artículo 16.1 de la LGTel de 2003- que para la prestación efectiva de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números, direcciones y nombres necesarios, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales correspondientes y en sus disposiciones de desarrollo. Y sobre el uso que deberá darse a cada número asignado a un operador, el artículo 20 de la LGTel, y su equivalente en la LGTel de 2003 (artículo 17), establecen que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo los que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Por su parte, el apartado 2.3 del Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT), previsto en el Reglamento de Mercados, establece en su apartado 2.3 que "*los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan*".

Asimismo, el artículo 30 del citado Reglamento sobre las *"Obligaciones de las partes",* incluido en su Título IV dedicado a "*Numeración, direccionamiento y denominación"*, también dispone, con carácter general, que *"Los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas estarán obligados a poner en práctica las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones que adopten el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre numeración, direccionamiento y denominación. En particular, los operadores estarán obligados a realizar, en los sistemas que exploten, las modificaciones necesarias para tratar y encaminar las comunicaciones de forma eficiente cuando el Ministerio de Industria, Turismo y*

Comercio adopte decisiones que impliquen alteraciones en los planes de numeración, direccionamiento o denominación, y cuando se realicen asignaciones, atribuciones o adjudicaciones de dichos recursos públicos. El coste que ello conlleve será sufragado por cada operador".

Y el artículo 31 del Reglamento de Mercados, relativo al *"Tratamiento de las llamadas telefónicas"*, establece también con carácter general a todos los operadores, sean o no asignatarios de derechos de uso de numeración, la obligación de que "*Las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional serán cursadas por los operadores en los términos que se especifiquen en el Plan nacional de numeración telefónica o en sus disposiciones de desarrollo, respetando, en particular, la posible indicación sobre precios y contenidos que, de acuerdo con los citados términos y disposiciones, esté incluida en los números o, en su caso, en los nombres correspondientes".*

Estas dos obligaciones se encuentran actualmente recogidas también en el artículo 19, apartados 6 y 9 de la LGTel:

> *"6. Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios que permitan efectuar y recibir llamadas a números del plan nacional de numeración telefónica deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional y, cuando permitan llamadas internacionales, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio del derecho del usuario de desconexión de determinados servicios.*
>
> *(…)*
>
> *9. Todos los operadores y, en su caso, los fabricantes y los comerciantes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones que se adopten por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de numeración, direccionamiento y denominación".*

Por lo que respecta a la numeración móvil, en el apartado 7 del PNNT se definen los "rangos de numeración para servicios de comunicaciones móviles". En concreto, actualmente el PNNT atribuye a estos servicios los códigos «6 y 71, 72, 73 y 74[28]». El12 de junio de 2013 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Resolución de 27 de mayo de 2013 de la SETSI, por la que se modificó la atribución de los rangos de numeración para comunicaciones móviles y que, por tanto, desarrolló el PNNT[29] a este respecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Mercados.

[28] Desde octubre de 2011. Ver: http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/Numeracion/Documents/Guia_Numeracion.pdf
[29] https://www.boe.es/boe/dias/2013/06/12/pdfs/BOE-A-2013-6312.pdf

En la Exposición de motivos de dicha Resolución se dispuso que, entre una serie de usos dados a la numeración móvil no destinados a proveer servicios de comunicaciones móviles a los usuarios finales, *"de manera aislada, los números atribuidos a servicios de comunicaciones móviles también se están utilizando para finalidades que desvirtúan el uso previsto para esta numeración, ya que no llevan implícita la condición de movilidad ni se proporcionan a través de puntos de terminación móviles, y que, por lo tanto, no pueden ser consideradas como un servicio de comunicaciones móviles. Entre otras cabe citar el uso de numeración móvil para el acceso a centralitas conectadas a redes de telefonía fija o para el acceso a servicios de llamadas internacionales*".

Con el fin de realizar una eficiente atribución de los recursos de numeración móvil, en su artículo 1, esta Resolución detalló expresamente las condiciones de uso de los números atribuidos al servicio de comunicaciones móviles, indicando en su primer apartado el listado de servicios para los que podrían ser utilizados los recursos de numeración móvil:

"a) La provisión del servicio telefónico disponible al público a través de redes públicas de comunicaciones móviles.
b) La provisión de servicios asociados a redes públicas de comunicaciones móviles como son, entre otros, la prestación de servicios de atención a clientes, la prestación de servicios de red privada virtual soportados sobre redes de comunicaciones móviles, o su empleo en facilidades del tipo multilínea o multidispositivo.
c) La provisión de servicios de mensajes, de acuerdo con lo establecido en la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.
d) La provisión del servicio de acceso a Internet en redes públicas de comunicaciones móviles.
e) La provisión de servicios máquina a máquina, según lo establecido en la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 12 de marzo de 2010, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de comunicaciones móviles y los servicios de comunicaciones máquina a máquina.
f) La provisión de servicios de radiobúsqueda.
g) La utilización a nivel interno por los operadores de redes públicas de comunicaciones móviles y por los prestadores del servicio telefónico disponible al público en redes públicas de comunicaciones móviles para encaminamiento de tráfico de usuarios en roaming y de usuarios desplazados, buzón de voz, desvíos de llamadas invocados por el usuario llamado o identificación de equipos de red.
h) Numeración necesaria para abastecer a la red de distribución minorista, tal como numeración para nuevos clientes, numeración en proceso de baja, o numeración de clientes inactivos".

Y en su segundo apartado, este precepto prohíbe expresamente la posibilidad de permitir otros usos distintos a los contemplados en el punto anterior.

Finalmente, el artículo 2 de la citada resolución determinó que lo dispuesto en la misma produciría efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE (el 12 de junio de 2013). No obstante, también establecía un plazo transitorio de 12 meses para que los prestadores de servicios de comunicaciones móviles efectuaran la adecuación de las condiciones de uso de la numeración móvil a lo previsto en el artículo 1. Esto es, los operadores debían adaptarse a lo dispuesto en dicha Resolución con anterioridad al 13 de junio de 2014 -no más allá de dicha fecha-.

Sobre la base de todo lo anterior, a continuación, se analiza la concurrencia del tipo infractor previsto en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014.

3.2.- Incumplimiento de las condiciones determinantes de la asignación de numeración

Como se ha señalado en el Hecho Probado Único, ha quedado acreditado que desde el 22 de junio de 2011 y hasta el 31 de marzo de 2017, Dialoga estuvo utilizando, como mínimo, 144 numeraciones móviles del rango 640 (640011000 a 640011999) asignadas a Orange, para la prestación de servicios minoristas distintos a los de comunicaciones móviles.

En concreto, los servicios para los que ha estado utilizando la numeración móvil de Orange, bien directamente o a través de terceras empresas, sin el uso de tarjetas SIM y a través de sus puntos de terminación fijos, han consistido en el desvío de llamadas a otras numeraciones, la atención de clientes, la gestión de averías y de centralita.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Resolución, de 27 de mayo de 2013, esto es, el 13 de junio de 2014, Dialoga debía haber dejado de utilizar la numeración móvil de Jazztel para la prestación de servicios como los determinados en el Hecho Probado Único, al dejar de estar permitido por la normativa sectorial prestar servicios que no implicaban movilidad, ya que no se proporcionaban a través de puntos de terminación móviles para usuarios de servicios de telefonía móvil.

Sin embargo, como se ha podido demostrar estos servicios de desvió de llamadas a otras numeraciones, de atención de clientes, de gestión de averías y de centralita se han continuado prestando hasta el 31 de marzo de 2017.

Esta conducta supone un incumplimiento de su obligación, como prestador de servicios de telefonía disponible al público, de utilizar los rangos de numeración móvil en las condiciones determinantes de su atribución establecidas en el PPNT, al haber tenido activa en su red la citada numeración móvil para usos no permitidos en el citado Plan, cursando llamadas hacia las numeraciones determinadas en el Hecho Probado Único a través de su red fija en contra de los términos especificados y sin adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones adoptadas por la SETSI, en el ámbito de sus

competencias sobre numeración, direccionamiento *y* denominación, en contra de lo dispuesto en los artículos 19.6 y 9 de la LGTel de 2014 y 30 y 31 del Reglamento de Mercados

En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que Dialoga 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 de las atribuciones de la numeración móvil asignada a Orange, al haber utilizado dicha numeración para usos distintos de los establecidos por el PNNT, al haber hecho un uso no permitido de la numeración móvil cedida por Orange en 2011, durante el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2014 y el 31 de marzo de 2017.

CUARTO. - Prescripción de parte de la conducta antijurídica imputada

El artículo 83.1 de la LGTel dispone que "*Las infracciones reguladas en esta Ley prescribirán, las muy graves, a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, al año.*

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. El plazo de prescripción volverá a correr si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. (…)".

En aplicación de dicho precepto, dado que el acuerdo de incoación del presente expediente se notificó a Dialoga el 10 de julio de 2017 y que la infracción imputada es grave, siendo su periodo de prescripción de 2 años a contar a partir de dicha fecha, se considera que **parte de los hechos imputados como conducta antijurídica han prescrito, siendo ésta susceptible de ser sancionada en el periodo no prescrito, desde el 10 de julio de 2015 hasta el 31 de marzo de 2017, de conformidad con el periodo de infracción determinado en el Hecho Probado Único.**

QUINTO. – Contestación a las alegaciones realizadas

De las alegaciones realizadas por Dialoga en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, no se aprecia ningún elemento de hecho adicional que haga cambiar el análisis realizado en la propuesta de Resolución. En sus alegaciones Dialoga reitera lo alegado en sus escritos presentados tanto en el seno de este procedimiento como en el de diligencias previas.

A continuación, se da contestación a aquellas alegaciones que no se puedan tener por contestadas en los demás fundamentos de esta Resolución:

a) En relación con las supuestas contradicciones de las que adolece el Acta de Inspección -una errata formal que se señala y se explica en la

propuesta-, así como falta de rigor en la concreción de los hechos en relación con la cantidad de numeración usada por Dialoga indebidamente, deben rechazarse estas alegaciones, principalmente, porque de la mera lectura del acta se puede apreciar de forma inequívoca la errata antes señalada. Además, las actuaciones inspectoras fueron realizadas en base a la información inexacta que aportó Dialoga sobre la numeración móvil de Orange que había tenido en uso -en cuanto a su número y al operador que usaba la numeración, Dialoga u Opera-. Por lo que para determinar la numeración móvil que estuvo usando Dialoga, al menos, entre octubre de 2016 y marzo de 2017, se tuvo que acudir a los archivos Excel de los tráficos cursados por Orange hacia la red de Dialoga. No obstante, la información obtenida de las actuaciones inspectoras sirvió para acreditar el tipo de servicios que prestaba a través de dichas numeraciones móviles.

b) En relación con el uso interno de pruebas que ha realizado Dialoga de la numeración móvil de Orange, cabe señalar que de las pruebas obtenidas de las actuaciones inspectoras, consistentes en realizar llamadas a las numeraciones móviles que supuestamente eran usadas por Dialoga (según ella misma alegó) desvirtúan esta alegación, ya que detrás de dichos números existían clientes empresariales y particulares, que usaban la numeración móvil para servicios distintos al de comunicaciones móviles (como desvío de llamadas a otras numeraciones, para la atención de clientes, resolución de averías o para una centralita).

c) Sobre la no comisión de la infracción a título de dolo, ya que el 1 de diciembre de 2016 llegó voluntariamente a un acuerdo con Orange para la rescisión del acuerdo firmado en 2011, es decir, con anterioridad a la apertura del procedimiento sancionador. Dialoga manifiesta que si se estuvo negando a dicha rescisión por un recelo propio entre competidores. No obstante, esta alegación se debe desestimar ya que ninguna decisión de negocio o estratégica de la compañía puede conllevar a una vulneración de la normativa reguladora en materia de numeración, más aún cuando dicha decisión resulta injustificada y carente de fundamentos.

Además, procede destacar que el acuerdo de rescisión se firmó durante la tramitación del inicio del expediente CFT/DTSA/028/16, que se inició por denuncia de Orange ante la negativa de Dialoga y Opera a rescindir los contratos.

d) En relación con la alegación relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción propuesta al no tenerse en cuenta la ausencia de beneficios obtenidos como consecuencia del uso de la numeración móvil de Orange ni la existencia de atenuantes como la falta de daños causados y su reparación y el cese de la actividad infractora, previamente o

durante la tramitación del expediente sancionador, Dialoga obvia que se le está imputando una infracción reiterada a lo largo de dos años y que solo puso fin a la conducta debido a que Orange interpuso un conflicto ante esta Comisión. Además, cabe tener en cuenta que algunos de los criterios de graduación de la sanción que cita como aplicables solo operan como agravantes de la sanción, como lo es el daño causado (no resulta coherente beneficiar a una empresa que comete una infracción porque su conducta no haya provocado un daño).

e) En cuanto a la arbitrariedad de la sanción que alega Dialoga a la vista de las sanciones recaídas en otros procedimientos sancionadores (SNC/DTSA/058, 059 y 61/16), cuyo importe fue menor, se debe aclarar que los expedientes que cita, a los efectos de comparar el importe de la sanción propuesta, no guardan similitud alguna con el presente procedimiento.

SEXTO. – Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador[30], actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 LRSP, establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones de los derechos de uso de los recursos de numeración ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

A este respecto, según le consta a esta Comisión de la información aportada por Orange en el marco del expediente SNC/DTSA/102/17 e incorporada al expediente del presente procedimiento los días el 13 y 17 de junio de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de la SETSI, de 27 de mayo de

[30] Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

2013, Jazztel envió sendos burofaxes al Grupo Dialoga notificándole el cese inmediato en la prestación de los servicios a través de sus numeraciones móviles y, por tanto, el corte del tráfico que se dirigiera a éstas (folio 646).

El Grupo Dialoga contestó a Jazztel informando que Dialoga había consultado a la SETSI, para que se pronunciara sobre la conformidad de los servicios que prestaba a los usuarios finales a través de las numeraciones móviles a su Resolución, como el de segunda línea de número móvil[31] con servicio de buzón de voz, y que le mantendría informado. Mientras tanto, le solicitó que no le interrumpiera los servicios prestados a través de sus numeraciones móviles, lo que así hizo Jazztel.

En acreditación de este suceso, consta incorporado a este expediente un correo electrónico aportado por Orange, de fecha 19 de junio de 2014, en el que el representante del Grupo Dialoga adjuntaba a Jazztel la supuesta carta enviada por Dialoga a la SETSI sobre la citada consulta -esta carta ni está firmada por el representante legal ni con sello de entrada en la SETSI- (folio 645).

Mediante escrito del 23 de octubre de 2017, se solicitó a la SESIAD que informara sobre si hubo contestación de la SETSI a la presunta consulta de Dialoga. Sin embargo, esta Administración no ha aportado contestación al respecto. Dialoga, por su parte, ha negado que existiera contestación de la SETSI a su consulta. A pesar de ello, esta operadora decidió continuar usando la numeración móvil de Jazztel para un uso no permitido por la Resolución de 27 de mayo de 2013, siendo consciente de ello.

Es más, tal y como consta en la documentación obrante en el expediente, en marzo de 2016, Orange, tras su fusión con Jazztel, trató, sin éxito, de rescindir los contratos con Dialoga e interpuso el conflicto (CFT/DTSA/028/16), en cuyo marco se tuvo conocimiento del uso irregular que estaba haciendo tanto Dialoga como Opera de la numeración móvil cedida en dichos contratos y de su negativa para llegar a un acuerdo para la rescisión del acuerdo y devolución de la numeración móvil, ya que alegaban tener clientes finales. Este punto ha sido acreditado mediante la presentación de las diferentes comunicaciones mantenidas entre Orange y el representante legal del Grupo Dialoga, a este respecto, durante los meses de marzo a julio de 2016 (folios 499 a 501).

Es más, el 7 de marzo de 2016, Orange conminó al representante del Grupo Dialoga para tratar, entre otros temas, la rescisión del acuerdo de acceso a red móvil firmado tanto con Dialoga como con Opera. El 19 de abril de 2016 Orange volvió a enviar al representante del Grupo Dialoga un correo electrónico en el que le traspasaba para la revisión de los dos acuerdos de resolución del servicio de acceso móvil. Tras varios correos enviados instando

[31] A través de esta segunda línea móvil (número virtual) se ofrecía al cliente el servicio de desvío de llamadas recibidas en otras numeraciones como el acreditado.

una contestación al respecto, el 18 mayo de 2016 el representante del Grupo Dialoga respondió el citado correo alegando lo siguiente:

[CONFIDENCIAL]
El 2 de junio de 2016 Orange le contestó manifestando que:

[CONFIDENCIAL].

Por último, mediante sendos burofaxes de fecha 1 de julio de 2016, Orange volvió a comunicar mediante carta al Grupo Dialoga que **[CONFIDENCIAL]**.

Es más, de los correos enviados a partir de mayo de 2016, se observa cómo Orange también le proponía cambiarle los precios que pagaba a Dialoga y Opera por terminar el tráfico como muestra de su intención de rescindir los contratos, lo que se tradujo en que a partir de julio de 2016 dicho precio pasó a ser de 0 euros, tal y como parece confirmar Dialoga en sus escritos de 1 y 26 de diciembre de 2017 cuando indica que Orange le estuvo facturando por los tráficos dirigidos a sus numeraciones móviles hasta julio de 2016.

El 29 de agosto de 2016 Orange comunicó la controversia que existía entre las tres empresas que dio lugar al expediente ya mencionado CFT/DTSA/028/16. Durante la instrucción del mismo, tal y como ya se ha determinado en el Hecho Probado Único, Dialoga acreditó que el 1 de diciembre de 2016 había alcanzado finalmente un acuerdo de resolución del contrato firmado el 14 de marzo de 2011, pero con carácter diferido a fecha 31 de marzo de 2017, para permitirle buscar en dicho plazo soluciones alternativas donde migrar sus servicios.

A la vista de lo expuesto, queda demostrada la falta de voluntad de Dialoga de poner fin al uso irregular de la numeración móvil de Orange, siendo plenamente consciente del incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2013. **Por ello se concluye que la conducta infractora cometida por Dialoga puede imputársele a título de dolo, durante el periodo comprendido entre el 10 de julio de 2015 y el 31 de marzo de 2017**, a la luz de lo acreditado en el Hecho Probado Único y la determinación de la tipicidad de la citada conducta.

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

SÉPTIMO - Sobre la sanción aplicable

7.1.- Límites de la sanción

La LGTel establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además,

fija una cuantía 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 cometida por Dialoga consiste en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los recursos de numeración móvil asignados a Orange -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 del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración, mientras sea competencia de la CNMC, (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) dos millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación señalados en el artículo 80 de la LGTel y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 29 de la LRSP.

7.2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales

En primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción. A este respecto, Dialoga ha facilitado, a través de sus escritos de 1 y 26 de diciembre de 2017, copia de las facturas giradas por Orange a su favor así como unos cuadros resúmenes de los datos correspondientes a los ingresos y los costes mensuales de interconexión y los inherentes al enrutamiento del tráfico[32] asumidos durante parte del periodo imputado como infracción (desde el mes de julio de 2015 hasta el mes de julio de 2016 -ya que a partir de julio de 2016 parece que Orange dejó de facturarle por las llamadas dirigidas a su numeración móvil-). En base a dichos datos, a continuación, se muestra una tabla con los importes resultantes obtenidos:

[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[32] Dentro de estos costes Opera imputa los costes de personal involucrado y de uso de la infraestructura implementada para cursar el tráfico.

No obstante, a falta (i) de conocer otros ingresos obtenidos por Dialoga como consecuencia de la infracción cometida, como son los de comercialización de la numeración móvil de Orange y de los servicios prestados sobre ésta a los clientes finales, (ii) de la acreditación documental de los costes supuestamente soportados por Dialoga, por los servicios de interconexión y otros inherentes al enrutamiento del tráfico, y (iii) de datos desglosados por días que permitan calcular el beneficio exacto del concreto periodo imputado por la comisión de la infracción (desde el 10 de julio de 2015 hasta el 31 de marzo de 2017), no es posible determinar que este sea el beneficio bruto negativo resultante de la comisión de la infracción.

En consecuencia, a falta de determinación exacta del beneficio bruto obtenido por el infractor, la sanción máxima que se podrá imponer a la entidad asciende a dos millones de euros, no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción.

7.3 - Criterios de graduación de la sanción y determinación de la sanción

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

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

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

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

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

> *"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*
>
> *a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

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

A los efectos del presente procedimiento se considera que concurre la continuidad y persistencia en la conducta infractora como criterio de graduación de la sanción que pueda imponerse por la comisión de la infracción imputada a Dialoga. Ello porque como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico material anterior, Dialoga, pese a tener pleno conocimiento de que estaba incumpliendo la Resolución de 27 de mayo de 2013, a partir de su entrada en vigor el 13 de junio de 2014, continuó haciendo un mal uso de la numeración móvil de Orange, negándose reiterada y manifiestamente a su cese y devolución de dicha numeración -pese a las comunicaciones enviadas por Orange con este fin a partir de marzo de 2016-, hasta que en diciembre de 2016 decidió firmar un acuerdo de cese de uso y devolución diferida de la numeración a fecha 31 de marzo de 2017, en el marco del expediente CFT/DTSA/028/16, como ya se ha analizado.

7.4 - Situación económica del infractor

En aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se ha de tener en cuenta la situación económica de la entidad imputada (artículo 80.2 de la LGTel). A tales efectos, este artículo dispone que cabría considerar el patrimonio y sus ingresos, y, en caso de que sea persona física -lo que no sucede en este supuesto-, sus cargas familiares y sus circunstancias personales.

En atención al citado artículo 80.2 de la LGTel se considerará la situación económica del infractor, en base a los datos que se desprenden del balance de situación y las pérdidas y ganancias de PYMES del ejercicio 2016, así como de los ingresos brutos de explotación y por los servicios mayoristas de interconexión y terminación fija que haya obtenido como operador ese mismo año, de conformidad con los datos aportados por la propia operadora.

En concreto, se tiene en cuenta la cifra de negocio obtenida por la prestación de sus servicios durante el ejercicio 2016. Según las cuentas anuales presentadas por Dialoga en su escrito de 26 de diciembre de 2017, el importe correspondiente a dicha cifra de negocio asciende a **[CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, según alega esta operadora en su citado escrito, los ingresos brutos de explotación ascienden a **[CONFIDENCIAL]**, de los que **[CONFIDENCIAL]** corresponden a servicios mayoristas de interconexión y terminación en red fija.

7.5 - Determinación de la sanción aplicable

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

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

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión[33].

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

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

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

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de Dialoga, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

- Se imputa a Dialoga la comisión de una infracción grave, a título de dolo.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, ya que no se dispone de todos los datos y acreditaciones documentales necesarias para su cálculo exacto. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Dialoga es de 2.000.000 de euros.
  La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse el posible beneficio bruto de dicha comisión.
- Se estima que concurre un criterio de graduación que ha de agravar la sanción a imponer, consistente en la continuidad y persistencia en la conducta infractora.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos.
  Según las cuentas anuales del ejercicio 2016, Dialoga obtuvo una cifra de negocio por la prestación de sus servicios de **[CONFIDENCIAL]**. Por otra parte, en virtud de la información facilitada por esta operadora, los ingresos brutos de explotación correspondientes al mismo ejercicio fueron de **[CONFIDENCIAL]**, son los obtenidos por los servicios de interconexión y terminación en su red fija.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta los posibles beneficios obtenidos, los ingresos recibidos por la actividad y el criterio de graduación de la sanción anteriormente señalado, se determina imponer una sanción de setenta y seis mil euros **(76.000 €).**

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados 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 a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A., de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO. - Imponer a Dialoga Servicios Interactivos, S.A., una sanción por importe de setenta y seis mil euros (76.000 €).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y 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.