

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD EAGERTECH 21, S.L.U. (ACTUALMENTE MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.) POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

SNC/DTSA/140/17/USO INDEBIDO 902 EAGERTECH

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 27 de septiembre 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 IFP/DTSA/422/15/DENUNCIA RETRIBUCIÓN 902

Con fecha 12 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) (folios 58 a 139 del expediente administrativo) un escrito de la Federación de Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA) por el que denunciaban a distintas empresas que ofertaban la contratación de numeración 902, proporcionando un beneficio económico a aquellas empresas que contratasen estos números. Entre las mismas empresas denunciadas se encontraba New Business Synergies, S.L. (New Business).

Con fecha 31 de julio de 2015, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (DTSA) requirió a los 74 asignatarios de la numeración 902, entre ellos Eagertech 21, S.L.U. -actualmente, Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., en adelante, Eagertech o Masvoz¹ - (folios 140 a 142).

Mediante escrito de 28 de agosto de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación de Eagertech al requerimiento formulado por la DTSA de 31 de julio de 2015 (folios 432 a 449).

A la luz de la contestación de Eagertech, la DTSA formuló un segundo requerimiento el 23 de diciembre de 2015 (folios 681 a 682 y 715 a 717). Con fecha 22 de enero de 2016 tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación de Eagertech (folios 748 a 751).

Con fecha 3 de octubre de 2017 la Sala de Supervisión Regulatoria acordó *“Declarar que existen indicios suficientes para considerar que las entidades COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A.U., EAGERTECH 21, S.L.U., MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L., TELECOMING, S.A. y DIGITAL VIRGO ESPAÑA, S.A., pueden no estar aplicando correctamente las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre y, en consecuencia, instar a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a que le eleve las propuestas de incoación de los expedientes sancionadores correspondientes”* (folios 9 a 51).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 3 de octubre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Eagertech por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración (folios 1 al 8). Concretamente, el acuerdo señalaba que:

“Atendiendo a las actuaciones practicadas en el expediente IFP/DTSA/422/15 y de conformidad con lo establecido en el Fundamento Jurídico Material Segundo.3 del Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 3 de octubre de 2017, que puso fin a dicho expediente, esta Sala considera que existen suficientes

¹ Eagertech y Masvoz formaron parte del mismo grupo empresarial hasta que se llevó a cabo la fusión por absorción por parte de Eagertech –como entidad absorbente- sobre Masvoz, según la escritura otorgada el 4 de agosto de 2017 e inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de noviembre de 2017.

En virtud de la Resolución de 6 de febrero de 2018 se procedió a la extinción de la condición de operador de la entidad MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores, y a la inscripción de la modificación de la denominación social de EAGERTECH por la de MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. (RO/DTSA/1193/17/CANCELACIÓN).

indicios de que EAGERTECH podría haber incurrido en una conducta tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, por el posible incumplimiento de las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

En este sentido, en virtud de lo previsto en el Anexo del Plan Nacional de Numeración Telefónica (anexo del Reglamento citado), el rango 902 es una numeración de pago por el abonado llamante “sin retribución para el llamado”, habiéndose contemplado distintas cláusulas relativas a una “retribución” por el tráfico generado hacia la numeración 902, en los contratos y documentación aportados por EAGERTECH en agosto de 2015.”

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al presente expediente de toda la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/422/15.

Mediante sendos escritos, de fecha 5 de octubre de 2017, se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 52 y 53) y a Eagertech (folios 54 a 57).

TERCERO.- Escrito solicitando ampliación de plazo para formular alegaciones al acuerdo de incoación de 3 de octubre de 2017 y acceso al expediente

Con fecha 30 de octubre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Eagertech solicitando ampliación de plazo para formular alegaciones al acuerdo de incoación de 3 de octubre de 2017 y acceso al expediente (folios 842 a 846).

Mediante escritos de 7 de noviembre de 2017, la instructora comunicó a Eagertech tanto la concesión del plazo de ampliación solicitada (folios 862 y 863) como el traslado del expediente (folio 867). Los citados escritos fueron debidamente notificados según los correspondientes acuses de recibo, el 8 de noviembre de 2017 (folio 866 y 870).

CUARTO.- Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 7 de noviembre de 2017, la instructora comunicó a Eagertech la incorporación de cierta documentación al presente procedimiento sancionador, concretamente (folios 847 a 858) de: escritos no confidenciales que obran en el expediente IFP/DTSA/422/15 y de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 14 de enero de 2010, que puso fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia del Instituto Nacional de Consumo relativa al supuesto uso indebido de numeración 902 con retribución al llamado (DT 2008/1586).

El citado escrito fue debidamente notificado a Eagertech con fecha 8 de noviembre de 2017 (folios 859 a 861).

QUINTO.- Requerimientos de información efectuados a New Business e Eagertech

A la vista de los escritos presentados por Eagertech en el seno del periodo de información previa INF/DTSA/422/15, la instructora requirió el 5 de diciembre de 2017 a las entidades New Business (871 a 873) e Eagertech (893 a 895) ciertas aclaraciones y la aportación de documentación.

Los citados escritos fueron debidamente notificados a New Business el 13 de diciembre de 2017, tras varios intentos negativos de notificación según los acuses de recibo que obran en el expediente (folios 879 a 885), requerimiento del que se informó a la entidad imputada el 11 de diciembre de 2017 (folio 876), y a Eagertech (896 a 898). Asimismo, se informó y dio traslado del requerimiento de información efectuado a New Business a la entidad imputada –Eagertech- el 11 de diciembre de 2017 (folio 876).

Con fecha 2 de enero de 2018, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de Eagertech contestando al citado requerimiento formulado por la instructora (folios 903 a 905).

SEXTO.- Remisión de documentación obrante en el presente procedimiento

Con fecha 5 de diciembre de 2017, la instructora procedió al traslado a Eagertech, nuevamente, de algunos documentos obrantes en el expediente incorporado núm. INF/DTSA/422/15, tras constatar un fallo en su remisión de 7 de noviembre de 2017 (folio 899).

El citado escrito fue debidamente notificado a Eagertech con fecha 11 de diciembre de 2017 (folios 900 a 902).

SÉPTIMO.- Segundo requerimiento de información efectuado a Eagertech

Con fecha 20 de febrero de 2018, la instructora requirió aclaraciones a la citada entidad y la aportación de documentación (folios 909 y 910).

El citado escrito fue debidamente notificado a Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. (anteriormente, Eagertech - en adelante, Masvoz) el 20 de febrero de 2018, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folios 911 a 913).

Con fecha 7 de marzo de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación de Masvoz (folios 914 a 918).

OCTAVO.- Solicitud de información a la Asociación de Operadores de Portabilidad de 18 de abril de 2018

Con fecha 18 de abril de 2018, la instructora solicitó información a la Asociación de Operadores de Portabilidad (AOP), relativa a las numeraciones cedidas por la entidad Eagertech a New Business (folios 919 a 922).

El citado escrito fue debidamente notificado a la AOP el 20 de abril de 2018, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folios 923 a 925).

Con fecha 24 de abril de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación al requerimiento (folios 931 a 936).

NOVENO.- Tercer requerimiento de información efectuado a Masvoz

Con fecha 23 de abril de 2018, la instructora formuló un nuevo requerimiento a Masvoz, a la vista de la documentación e información aportada anteriormente al expediente (folios 926 y 927).

El citado escrito fue debidamente notificado a Masvoz el 24 de abril de 2018, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folios 928 a 930).

Con fecha 14 de mayo de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de contestación al requerimiento (folios 938 a 943).

DÉCIMO.- Incorporación de documentación

Con fecha 5 de junio de 2018, la instructora comunicó a Masvoz la incorporación de la siguiente documentación al presente procedimiento sancionador (folios 944 a 1011): las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2015 y 2016; declaraciones de los ingresos brutos presentados por Eagertech ante la CNMC relativas a los ejercicios 2015 y 2016; Resolución del procedimiento sancionador incoado a New Business Synergies, S.L., por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de inscripción registral (SNC/DTSA/061/16); y el contrato de acceso especial a la red para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de 4 de enero de 2010 suscrito entre Masvoz e Eagertech, obrante en el expediente con número SNC/DTSA/059/16.

El citado escrito fue debidamente notificado a Masvoz con fecha 13 de junio de 2018, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folio 1050).

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 5 de junio de 2018, la instructora declaró la confidencialidad de determinados datos obrantes en los escritos de Masvoz de 7 de marzo y 14 de mayo de 2018, del escrito de contestación de la Asociación de Operadores de la Portabilidad de 24 de abril de 2018 y de los documentos incorporados al

expediente mediante escrito de la instructora de 5 de junio de 2018 (folios 1051 a 1056).

El citado escrito fue debidamente notificado a Masvoz el 13 de junio de 2018, según el acuse de recibo que consta en el expediente (folio 1059).

DUODÉCIMO.- Propuesta de resolución

Con fecha 27 de julio de 2018 la instructora del procedimiento dictó la propuesta de resolución (folios 1060 a 1093), en la que se proponía:

“Que se declare responsable directa a la entidad Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. 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.

Que se imponga a Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., una sanción por importe de veintiséis mil euros (26.000 €).”

La propuesta de resolución fue notificada a Masvoz el día 27 de julio de 2018 (folios 1120 a 1122).

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

Por medio de escrito de fecha 30 de agosto 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 1123).

DÉCIMOCUARTO.- Pago de la sanción

Con fecha 5 de septiembre de 2018, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Masvoz (folios 1124 a 1127) en el que, no estando conforme con la sanción propuesta y rechazando su responsabilidad sobre la infracción, realiza el pago de la misma reducida en un 20% en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC.

Asimismo, Masvoz aporta justificante del pago de la referida propuesta de sanción por importe de 20.800€ (folio 1128).

DÉCIMOQUINTO.- 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 91).

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO.- Eagertech retribuyó a New Business por el tráfico generado hacia numeración 902 durante el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016

De las actuaciones de instrucción del presente procedimiento sancionador se considera probado que Eagertech –ahora Masvoz- retribuyera a la entidad New Business por las llamadas efectuadas a los abonados llamados de la numeración 902 en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016. Esta afirmación se ha acreditado a través de los siguientes elementos de prueba:

1. Relación contractual entre Eagertech y New Business y la retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902

Eagertech, en su escrito de contestación de 28 de agosto de 2015 al requerimiento efectuado por la DTSA el 31 de julio de 2015 (folios 432 a 449), señaló que mantenía una relación contractual con la entidad New Business, adjuntando al mismo el contrato suscrito por ambas entidades de 13 febrero de 2009, denominado “*Contrato marco Programa de Partner*” o “*Programa Partner*”. El citado documento se compone de un expositivo, unas condiciones generales y particulares -estas últimas se firmaron el 11 de febrero de 2009-.

Eagertech consta inscrito en el Registro de operadores como persona autorizada para el servicio de reventa del servicio telefónico fijo, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 8 de octubre de 2004², y para la explotación de una red telefónica pública fija y la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, en virtud de la Resolución de la CMT de 11 de agosto de 2005³, entre otros servicios.

El expositivo primero del contrato señala que Eagertech (descrito como “+VOZ”) se encuentra habilitada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y en particular, para los servicios de red inteligente, y añade que también es un operador del servicio de red de tarificación adicional, prestando soluciones a todas aquellas compañías que

² RO 2004/1525.

³ RO 2005/1194.

deseen utilizar determinado tipo de numeración⁴. En particular, su cláusula tercera establece que Eagertech se compromete a poner en funcionamiento todos los medios necesarios para cursar el tráfico telefónico dirigido hacia los números especificados.

El contrato no contempla la numeración comercializada por New Business, si bien, mediante escrito de 28 de agosto de 2015, Eagertech facilitó un listado con 446 números del rango 902 cedidos a New Business.

[INICIO CONFIDENCIAL⁵] [FIN CONFIDENCIAL]

En su expositivo tercero, el contrato señala que New Business participará como partner de Eagertech. Sin embargo, a lo largo del contrato se observa que algunas de las condiciones generales y particulares se refieren también a las de integrador.

Dicha cuestión es aclarada por Masvoz en su escrito de 7 de marzo de 2018 (folios 914 a 918), previo requerimiento efectuado por la instructora mediante escrito de 20 de febrero de 2018, señalando que New Business contrató en la modalidad de “integrador” (folios 909 y 910).

Por tanto, New Business contrató con Eagertech desempeñando por su cuenta y riesgo la actividad económica respecto a sus clientes finales, es decir, comercializando la numeración 902 a otras entidades o usuarios.

En relación a la actividad económica desempeñada por New Business, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en el procedimiento sancionador incoado contra New Business y finalizado mediante Resolución de 26 de octubre de 2017 (SNC/DTSA/061/16)⁶, señaló, en el Hecho probado Primero, que New Business comercializó, entre el mes de noviembre de 2013 y diciembre de 2016, el servicio telefónico disponible al público de Masvoz y Eagertech sin haber notificado al Registro de operadores la intención de prestar estos servicios de comunicaciones electrónicas. Por este hecho, se declaró responsable directo a New Business por la infracción del artículo 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel). Como se acreditó en el expediente, New Business llevó a cabo esta actividad facilitándole Eagertech numeración asignada a Masvoz⁷, concretamente 36

⁴ Refiriéndose a la utilización de numeración de red inteligente, según el contrato.

⁵ La leyenda **[CONFIDENCIAL]** incluida en la presente propuesta de Resolución se refiere a la confidencialidad para terceros ajenos al presente expediente.

⁶ La Resolución fue incorporada al expediente por la instructora mediante escrito de 5 de junio de 2018.

⁷ La relación entre sendos operadores fue analizada en el procedimiento sancionador incoado a Masvoz y resuelto con fecha 25 de julio de 2017 en el que se declaró a Masvoz responsable directo 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 de la adjudicación y asignación de los recursos públicos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

números del rango 902⁸. El citado hecho se obtuvo del análisis del contrato suscrito entre Eagertech y New Business de 13 de febrero de 2009 -aportado asimismo al presente procedimiento-.

Por tanto, atendiendo al resultado del procedimiento sancionador y a la relación jurídica mantenida entre ambos operadores -Eagertech y New Business- se concluye que New Business ha actuado como revendedor del servicio telefónico a través de la numeración recibida por Eagertech (folios 944 a 1047).

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Al respecto, se observa que pese a diferenciarse dos tipos de retribución en función del volumen de minutos al mes generado, los importes a retribuir resultan idénticos, diferenciándose dichos importes según el horario en que se produzca la llamada esto es, horario normal o horario reducido -0,03 euros/minuto y 0,015 euros/minuto, respectivamente-.

En virtud de lo anterior, la instructora del procedimiento sancionador requirió, entre otra información, una aclaración sobre la citada cláusula mediante su escrito de 20 de febrero de 2018.

Al respecto, Masvoz contestó el 7 de marzo de 2018 que el detalle de las retribuciones estaba incluido en las facturas facilitadas y emitidas por New Business a Eagertech en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016 (folios 917 a 918). Tras el análisis de las facturas facilitadas se observa que estas contienen los conceptos facturados en relación con la numeración 902, entre los que aparecen la franja horaria en la que se efectúan las llamadas, diferenciándose según el origen de la llamada -internacional, móvil, fijo, etc.-, el número total de minutos por llamada generada y el precio por unidad (por minuto retribuido) que asciende **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Asimismo, las facturas también contienen una información similar relativa a la numeración de tarificación adicional que también tenía contratada New Business.

Asimismo, se observa que el importe unitario por minuto retribuido, que asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, coincide con el importe contenido en el documento denominado "Oferta económica suscrita entre Eagertech y New Business" el 15 de octubre de 2011.

Este documento, además de contener el importe por minuto mencionado, que se retribuye a New Business, contiene otro importe de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** por establecimiento de llamada, pero no se ha observado en las facturas que se pagase nada a New Business por este concepto.

⁸ De los números citados en la Resolución adoptada en el seno de expediente SNC/DTSA/061/17 se constata que solo el número 902808255 aparece en el presente expediente.

Por todo ello, el importe retribuido por minuto generado hacia la numeración 902 cedida a New Business ascendió **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, importe que aparece tanto en la oferta económica como en las facturas aportadas por Masvoz al presente procedimiento, no aplicando los importes establecidos en el contrato de 13 de febrero de 2009 (antes reproducido) ni el precio de establecimiento por llamada contenido en la oferta económica.

Concretamente, de las facturas aportadas y analizadas, se acredita que New Business facturó en el año 2015 un importe total por el tráfico generado hacia la numeración 902 que ascendió a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Masvoz, en relación a esta retribución, mediante escrito de contestación de 14 de mayo de 2018 (folios 937 a 943) al requerimiento efectuado por la instructora el 23 de abril de 2018 (folios 926 y 927), reconoce que *“la retribución por los servicios 902 es una práctica común entre todos los operadores, sin excepción, que no solo no ha supuesto un incremento del margen o negocio por esta actividad, sino todo lo contrario, nos ha supuesto una importante discriminación de beneficio, y en consecuencia, un grave perjuicio económico para Masvoz”*.

Por último, Masvoz declara que la relación jurídica mantenida con New Business desde el 13 de febrero de 2009 quedó rescindida mediante escrito remitido por Eagertech el 10 de noviembre de 2016 y con efectos 31 de diciembre de 2016, por la apertura del procedimiento sancionador a New Business -SNC/DTSA/061/16-.

Por otro lado, la instructora procedió a consultar el Boletín Oficial del Registro Mercantil constatándose que con fecha 21 de septiembre de 2017 se publicó en su página 40799 la liquidación de la entidad New Business con fecha 14 de septiembre de 2017.

2. Relación jurídica mantenida entre New Business y los abonados llamados y su retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902

Con fecha 22 de enero de 2016 –en el marco del periodo de información previa que dio origen al presente expediente sancionador- (folios 748 a 751), tras ser requerida por la DTSA el 23 de diciembre de 2015 a Eagertech la aportación de los contratos suscritos con los abonados llamados, el mismo señaló que no mantenía relación jurídica con los abonados de la numeración 902 (folios 638 a 639). No obstante, Eagertech facilitó la copia de un contrato tipo denominado “Líneas 902 Gratis contrato de línea”, el cual suscribiría New Business con sus abonados.

Dicho documento contiene distintas casillas y un “condicionado”. En primer lugar aparece la frase **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** por minuto a tarifcar al abonado.

A continuación, aparecen **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y se prevé que (ii) mensualmente New Business remitirá a sus clientes por correo electrónico los informes de minutos generados hacia la numeración 902.

A partir de esta información, mediante escrito de 5 de diciembre de 2017 la instructora procedió a requerir a New Business información relacionada con los contratos suscritos con los clientes finales de las líneas 902, los ingresos obtenidos, etc. New Business no contestó a dicho requerimiento (folios 871 a 873). No obstante, en dicha fecha, la empresa estaba siendo liquidada.

En conclusión, en atención al contrato tipo suscrito entre New Business y los contratantes de las líneas 902 aportado por Eagertech, estos percibían una remuneración por un importe de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, resultando gratuitos tanto los costes de alta como los de mantenimiento de la línea contratada. Asimismo, para que New Business facturase el importe a retribuir al cliente de la línea, este debía facilitarle el número de minutos generados hacia la numeración 902. No obstante, no se ha podido acceder al contenido de los contratos firmados por New Business con los contratantes de las líneas 902 ante la falta de contestación al requerimiento realizado por esta Comisión.

3. La numeración 902 cedida por Eagertech a New Business

Eagertech facilitó a New Business, según señala en su escrito de 28 de agosto de 2015 (folios 432 a 449), 446 números del rango 902 para su comercialización. Dichos números son listados por el operador en el citado escrito.

Consultado el Registro de numeración se constata que Eagertech, durante el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016⁹, tenía asignado el rango 737, en virtud de la Resolución del Secretario de la CMT de 25 de abril de 2008¹⁰.

Asimismo, de la consulta al citado Registro de numeración se constata que los 446 números cedidos por Eagertech constan asignados a los siguientes operadores:

- **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

⁹ En la actualidad Masvoz (antes Eagertech) tiene asignados los rangos 902 757 y 902 808 como consecuencia de la operación de fusión por absorción de Masvoz por parte de Eagertech y en virtud del expediente NUM/DTSA/3255/17 (vid. nota al pie 1).

¹⁰ DT 2008/465.

Por tanto, se comprueba de la información anterior que la numeración cedida a New Business está asignada a distintos operadores, no correspondiendo, salvo un número, al rango de numeración asignado a Eagertech –ni a los rangos que tenía Masvoz anteriormente y se han traspasado a la empresa absorbente-.

En virtud de lo anterior, la instructora procedió a requerir el 23 de abril de 2018 a la AOP información dirigida a conocer el estado de las portabilidades de la citada numeración (folios 919 a 922). Mediante escrito de 24 de abril de 2018 la AOP contestó a dicha solicitud facilitando los datos relativos a la fecha de inicio de la portabilidad -ventana de cambio-, el operador asignatario, el operador donante y el operador receptor de la portabilidad (folios 931 a 936).

De la información facilitada respecto a los 446 números cedidos por Eagertech se obtienen las siguientes conclusiones:

- Para 232 números aparece Eagertech/Masvoz como operador donante o receptor de la portabilidad en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2012 y finales de 2016 o principios del año 2017¹¹ -fecha en que se resolvió el contrato entre Eagertech y New Business-.
- El número 902808255 está asignado a Masvoz.
- Para los 213 números restantes se observa que se encuentran portados hacia otros operadores.

Respecto del número asignado a Masvoz -902808255- se constata que fue objeto de análisis en el procedimiento sancionador incoado a New Business (SNC/DTSA/061/16) junto con otras 30 numeraciones (las cuales no coinciden con las analizadas en el presente procedimiento). En el Hecho probado Primero de la Resolución de 26 de octubre de 2017, que pone fin al citado expediente sancionador, se indica que *«esta entidad reconoció expresamente haber cedido a New Business, desde enero hasta la fecha de rescisión del contrato, un total de 31 números de tarifas especiales del tipo 902 asignados a Masvoz»* [folios 944 a 1047].

Por todo ello, se constata que Eagertech no es titular de la numeración cedida a New Business, no constando tampoco ni como operador donante ni receptor de las portabilidades de la numeración de tarifas especiales señaladas. Una gran parte de la numeración ha sido portada a Masvoz y, por consiguiente, Eagertech pudo ceder la numeración a sus clientes en base a las relaciones contractuales existentes entre las dos empresas –ver la cláusula citada en la nota al pie 13-, hecho que coincide con lo constatado en el Hecho probado

¹¹ Como se comprobó en los expedientes sancionadores SNC/DTSA/059/17 y SNC/DTSA/061/17, Masvoz y Eagertech se cedían numeración para explotarla con sus empresas clientes. La cláusula décima del contrato entre estas dos empresas prevé que: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Primero de la Resolución que finaliza el procedimiento sancionador SNC/DTSA/061/17.

4. Conclusiones del Hecho probado Único

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

- (i) En virtud del contrato suscrito entre Eagertech y New Business el 13 de febrero de 2009, el primero prestó al segundo el servicio soporte del servicio telefónico de red inteligente, cediéndole 446 números del rango 902, según declaró Eagertech en su escrito de 28 de agosto de 2016.
- (ii) Según el citado contrato y las manifestaciones realizadas por Eagertech, New Business se acogió a la modalidad de “Integrador”, de las dos posibles, es decir, realizó la actividad económica por su cuenta y riesgo, no manteniendo Eagertech relación alguna con los clientes contratantes de las numeraciones cedidas a New Business.
- (iii) En virtud de la Resolución de 26 de octubre de 2017 (exp. SNC/DTSA/061/16), New Business revendía el servicio telefónico fijo en el mercado minorista, a través de las numeraciones de tarifas especiales del Grupo Masvoz (Masvoz y Eagertech) con los cuales mantenía una relación mayorista.
- (iv) En las condiciones particulares suscritas el 11 de febrero de 2009 se contemplan una serie de descuentos que Eagertech debía aplicar a New Business por el tráfico entrante generado hacia la numeración 902. De la información relativa a los descuentos se deduce que los importes resultantes son idénticos, no diferenciándose en función del volumen de tráfico generado hacia la numeración 902. Eagertech facilitó la oferta económica suscrita con New Business el 15 de octubre de 2011 y las facturas de 2015 y 2016, y se prevé una **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** generado hacia la numeración 902.
- (v) Pese a requerir información durante la instrucción a la entidad New Business, dirigida a conocer el detalle de las relaciones jurídicas con sus abonados, las retribuciones e ingresos, este no ha contestado. No obstante, Eagertech facilitó el contrato tipo que suscribiría New Business con los terceros contratantes de las líneas 902 cedidas por Eagertech. El citado documento contempla una bonificación para el contratante de la línea por un importe de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.
- (vi) Eagertech rescindió el contrato suscrito con New Business con efectos 31 de diciembre de 2016, como consecuencia de la apertura del procedimiento sancionador incoado a New Business -SNC/DTSA/061/17-

- (vii) Por otro lado, se ha podido comprobar que la entidad New Business fue liquidada 14 de septiembre de 2017, según el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 21 de diciembre de 2017.
- (viii) En cuanto a la numeración 902 cedida por Eagertech a New Business se constata que la misma no consta asignada ni portada a favor de Eagertech según la información que obra en la instrucción de este expediente. Sin embargo, de la información aportada por la AOP se constata que de los 446 números 902, 233 constan portados hacia Masvoz (entidad del mismo grupo de empresas al que pertenecía Eagertech) en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2012 hasta finales o principios del 2017, fecha en que tuvo lugar la rescisión del contrato entre los operadores Eagertech y New Business.

La numeración restante cedida a New Business -213- consta asignada o portada hacia distintos operadores.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto del procedimiento sancionador

De conformidad con el acuerdo de incoación del presente expediente, el objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Masvoz ha incumplido las condiciones de utilización del rango de numeración 902 establecidas en el Reglamento de mercados al haber retribuido al usuario final llamado por el tráfico generado hacia la numeración 902.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

La competencia de la CNMC para intervenir en el presente procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. El artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), señala que corresponde a esta Comisión “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹², de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”. Por otro lado, el artículo 29 del mismo texto legal dispone que la CNMC ejercerá la potestad sancionadora en los términos previstos, entre otras, en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones,

¹² Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

Por un lado, según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de la LGTel, 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 – actualmente, al Ministerio de Economía y Empresa¹³.

Por otro lado, el artículo 77.19 de la LGTel tipifica como infracción grave “*el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración*”. De conformidad con el artículo 84.1 de la misma ley, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el Ministerio asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y las competencias sancionadoras relacionadas, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para resolver sobre el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, concretamente, del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)¹⁴.

Por último, atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, según el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, “*para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo*”, por lo que el órgano competente para instruir el

¹³ De conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (publicado en la sección I, página 58722 del Boletín Oficial del Estado de 7 de junio de 2018), la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (ahora Secretaría de Estado para el Avance Digital, según el apartado 2 por el art. único del Real Decreto 948/2018, de 24 de julio. Ref. BOE-A-2018-10518), que ejerce estas competencias, pasa a formar parte del Ministerio de Economía y Empresa.

¹⁴ Anexo del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

Respecto de la legislación aplicable al presente procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y la precitada LRJSP.

TERCERO. - Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

El presente procedimiento sancionador se inició contra Eagertech –actualmente denominada Masvoz- ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19¹⁵ de la LGTel, que califica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, concretamente, por utilizar la numeración 902 retribuyendo al abonado llamado titular de la numeración 902 a nivel minorista, numeración 902 asignados a Colt, en contra de lo establecido en el PNNT.

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

El citado artículo es desarrollado por el Reglamento de Mercados y el PNNT. El artículo 38 del Reglamento de Mercados establece que los recursos públicos de numeración asignados deberán utilizarse de manera eficiente, con respeto a la normativa aplicable y para el fin especificado en la solicitud, salvo autorización expresa de la CNMC.

En este mismo sentido, el artículo 59 del Reglamento de Mercados establece que *“La utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:*

- a. Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo (...).”*

¹⁵ 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”*.

Asimismo, el PNNT 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”*.

Pues bien, el PNNT atribuye los códigos «N=8 y 9» a los servicios de tarifas especiales. Así, el apartado 9.1 del PNNT se refiere a estos servicios de tarifas especiales, en los que el usuario llamante afronta unas cargas mayores o menores que el coste real de los medios de telecomunicaciones empleados por los operadores. Entre ellos se incluye, en el Apéndice¹⁶, el servicio de llamadas de pago por el abonado llamante sin retribución para el llamado –prestado a través del rango 902-.

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

En virtud de la normativa citada, los operadores asignatarios de la numeración 902 deberán cumplir con las condiciones generales de la asignación de la numeración que vienen contempladas en la norma de atribución, en el presente caso, en el PNNT anexado al Reglamento de Mercados, que señala que a través de la numeración 902 se prestará un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

La normativa también impone una obligación general a los operadores prestadores del servicio telefónico cual es dar cumplimiento a los términos fijados en el PNNT respetando, en particular, la posible indicación sobre precios y contenidos.

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.- Análisis de la utilización de la numeración 902 efectuada por Eagertech

De la instrucción del expediente sancionador, como se ha señalado en el **Hecho probado Único**, ha quedado acreditado como Eagertech suscribió el 13 de febrero de 2009 un contrato con New Business a través del cual Eagertech le prestó el servicio de red inteligente sobre las numeraciones 902 que le fueron facilitadas, concretamente -446-.

Del citado contrato se constata que New Business prestó su actividad por su cuenta y riesgo y sin que Eagertech mantuviese relación jurídica con los abonados. Dicha actividad fue analizada en el seno del procedimiento

¹⁶ Listado de atribuciones y adjudicaciones vigentes del PNNT.

sancionador SNC/DTSA/061/17, que fue resuelto por la Sala de Supervisión Regulatoria el 26 de octubre de 2017. Según el hecho probado Primero de la Resolución dictada, New Business actuó como revendedor del servicio telefónico disponible al público de Eagertech a través de la numeración 902 asignada por Eagertech y Masvoz.

A su vez, New Business revendió el servicio telefónico fijo, a través de la numeración cedida por Eagertech, a sus clientes minoristas o abonados llamados, relación circunscrita en el ámbito minorista, quedando acreditado que Eagertech no mantuvo en consecuencia, relación con el cliente final o abonado llamado.

Por otro lado, durante la instrucción del presente procedimiento ha quedado acreditado que las facturas aportadas por Masvoz relativas al periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016 contienen el concepto “retribución” y por ende los importes retribuidos por el tráfico generado hacia la numeración 902 cedida a New Business.

Asimismo, del contrato tipo aportado por Eagertech se deduce que New Business retribuyó al abonado llamado.

En efecto, Eagertech participó de la retribución al abonado llamado junto con New Business. Dicha conclusión se alcanza si atendemos a que la actuación de Eagertech resultó imprescindible para que se hiciera posible la retribución llevada a cabo en el plano minorista por parte de New Business. Y ello es así pues Eagertech facilitó la numeración a New Business, no recibió cuota alguna por el alta de la línea y su mantenimiento y, al contrario, retribuyó a New Business por el tráfico cursado hacia la numeración 902.

Además Masvoz reconoció que *“es práctica habitual que los operadores se retribuyan a través de la citada numeración, lo que pudiera motivarse por el precio elevado que resultan las llamadas efectuadas a la numeración 902”*.

Sobre dicha cuestión, se puso de relieve en el expediente IFP/DTSA/422/15 que *“los precios hacia la numeración 902 son claramente más elevados que los de las llamadas efectuadas a numeración geográfica o móvil (como se ha señalado anteriormente, las llamadas a numeraciones 902 no están incluidas normalmente en las tarifas planas)” (...). “Lo relevante, en cualquier caso, es que el sistema actual fomenta la elevación de los precios a estas llamadas y que la libertad tarifaria minorista existente también ha fomentado el aumento de la retribución en cadena”*.

No obstante, lo anterior no justifica la retribución al abonado llamado de la numeración 902 pues la norma prohíbe expresamente, la retribución al abonado llamado de la numeración de tarifas especiales. Si atendemos al concepto de retribución se constata que únicamente se alude al mismo en varias disposiciones normativas relativas a los servicios de tarificación

adicional. Concretamente, en la Orden PRE/361/2002¹⁷ y la Orden IET/2733/2015 de tarificación adicional¹⁸ que definen los servicios de tarificación adicional como aquellos servicios prestados que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, lo que justifica una mayor protección al usuario llamante de dicha numeración.

Por todo ello se concluye que Eagertech como operador prestador del servicio telefónico fijo, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902 de conformidad con lo señalado en los artículos 30, 31 y 59 del Reglamento de Mercados y, por tanto, debe adecuarse a lo fijado por la norma de atribución. Concretamente, a la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Asimismo, debe tenerse en cuenta que Eagertech tenía asignado, en el momento de producirse la infracción, el rango 902 737 y, por tanto, conocía el uso que debía darse a través del rango 902 y pese a ello incumplió lo señalado en el PNNT.

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Eagertech ha incurrido en una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución, pues retribuyó a través de la numeración 902 al abonado llamado, a través de New Business en el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2016.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁹, 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 sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y*

¹⁷ Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, por la que se desarrolla, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31-7-1998, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones (Orden 361/2002).

¹⁸ Orden IET/2733/2015, de 11 de diciembre, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de tarificación adicional prestados a través de llamadas telefónicas y se establecen condiciones para su uso (Orden de tarificación adicional).

¹⁹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, 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. Es decir, el primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito²⁰.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos. En concreto, en el tipo de infracción contenido en el artículo 77.19 de la LGTel, no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no explotar la numeración contratada como operador de acuerdo con la norma.

En el presente caso, se imputa a Masvoz -anteriormente Eagertech- una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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

QUINTO.- Sobre la sanción aplicable

5.1.- 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 Masvoz –antes Eagertech- 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.

²⁰ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

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.

5.2.- 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. Sin embargo, no se ha podido²¹ cuantificar este beneficio ante la falta de datos específicos.

Ante la imposibilidad de calcular el beneficio bruto obtenido por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 2.000.000 de euros.

5.3.- 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:

²¹ Al respecto, con fecha 23 de abril de 2018, la instructora requirió a Masvoz los ingresos obtenidos por la prestación del servicio telefónico de red inteligente, así como los costes imputables a dicha actividad relativa al periodo comprendido entre los años 2015 y 2016, ambos incluidos. El operador contestó el 2 de mayo de 2018 facilitando dicha información y aclarando que *“las cifras proporcionadas en ningún caso pueden tomarse como beneficio bruto obtenido como consecuencia de una supuesta infracción”*.

Concretamente, señala que en el cálculo de los ingresos y costes asumidos en la prestación de los servicios 902 deben diferenciarse entre los directamente imputables que son asignados de manera inequívoca al tráfico cursado a través de la numeración 902 y los no directamente imputables, es decir, aquellos que están afectos a los servicios 902, si bien resulta inviable la medición directa y exacta de su afectación a estos servicios.

- “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.”*

Considerando que, como se ha indicado en el Hecho probado Único, Eagertech rescindió el contrato que tenía suscrito con New Business desde el 13 de febrero de 2009, con efectos de 31 de diciembre de 2016, por lo que dejó en dicha fecha de proporcionar numeración y de retribuir a dicha entidad, y esta última a los abonados llamados de la numeración 902, se considera que concurre el criterio del cese de la actividad infractora con anterioridad a la tramitación del procedimiento sancionador, como factor que ha de atenuar la sanción que se imponga por la comisión de la infracción imputada a Eagertech -actualmente, Masvoz-.

5.4.- Situación económica del infractor

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

Para valorar la situación económica de una empresa se pueden tener en cuenta varios parámetros. Por un lado, según la información facilitada por Eagertech en contestación a los requerimientos que se efectuaron los días 24 y 27 de febrero de 2016 y 2017 por la CNMC para la elaboración de los distintos informes anuales²², habría obtenido unos ingresos en interconexión a nivel mayorista a través de la numeración 902 de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Dicha información coincide aproximadamente con los resultados de explotación declarados por Eagertech en contestación a los requerimientos que se efectuaron los días 24 y 27 de febrero de 2016 y 2017 por la CNMC.

Por otro lado, también facilita los costes²³, diferenciándose aquellos que pueden imputarse directamente al tráfico generado hacia la numeración 902 y aquellos que no. Y entre otros, señala **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. De la documentación justificativa se observa que se incluyen conceptos relativos a la numeración de tarificación adicional.

De todo lo anterior, se deduce que los ingresos han disminuido en consonancia con el resultado neto del ejercicio. De hecho, esta conclusión también se obtiene de las copias de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil relativas a los ejercicios 2015 y 2016 e incorporadas a presente procedimiento a través del escrito de 5 de junio de 2018 (folios 944 a 1047). El beneficio obtenido en el ejercicio del año 2015 ascendió a **[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Eagertech consta inscrito en el Registro de operadores como persona autorizada para el servicio de reventa del servicio telefónico fijo, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 8 de octubre de 2004²⁴, y para la explotación de una red telefónica pública fija y la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas a terceros como el servicio telefónico sobre redes de datos en interoperabilidad con el servicio telefónico disponible al público como el transporte de tráfico telefónico entre operadores, en virtud de la Resolución de la CMT de 11 de agosto de 2005²⁵. Asimismo, también consta inscrito en virtud de la Resolución de la CMT de 9 de julio de 2007 como

²² En virtud de lo señalado en el artículo 5.1.h) de la LCNMC, este organismo tiene atribuida la función de realizar estudios e informes tanto en materia de competencia como sobre los diferentes sectores económicos, entre ellos del sector de Telecomunicaciones y el Audiovisual.

²³ (i) Periodificaciones definido como ajustes contables realizados mensualmente por parte de Eagertech para cumplir el principio contable de la correlación de ingresos y gastos adjunta para ello dos documentos denominados “anticipación retribución 902”, las licencias de reconocimiento de voz que permite ofrecer un valor añadido vinculado al servicio de atención de las llamadas 902 de los clientes, coste de terminación de llamadas recibidas en líneas 902 hacia numeraciones geográficas de los clientes, u otros costes fijos de la sociedad que según indica “están afectos en mayor o menor medida a la actividad de los 902 y que corresponden y cita a título de ejemplo “sueldos y salarios, alquileres, etc).,

²⁴ RO 2004/1525.

²⁵ RO 2005/1194.

persona autorizada para realizar la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas consistente en el almacenamiento y reenvío de mensajes cortos (SMS).

Por consiguiente, las cifras de las cuentas anuales reflejan el beneficio de la empresa en relación con todas sus actividades, además de la red inteligente, y revelan cuál es la situación económica global más reciente.

5.5 - 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 procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

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

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁶.

²⁶ 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

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.

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

- Se imputa a Masvoz la comisión de una infracción grave, a título de culpa.
- 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 Masvoz 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 atenuar la sanción a imponer, consistente en el cese de la actividad infractora con anterioridad a la tramitación del procedimiento sancionador.
- 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, de conformidad con la información proporcionada en el anterior subapartado.

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 veintiséis mil euros (26.000 €).

SEXTO.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

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

En la propuesta de resolución se aludía a la posibilidad de reducir el importe de las sanciones como consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad por el infractor y por el pago voluntario de la sanción antes de la resolución del procedimiento sancionador en los términos establecidos en el artículo 85 de la LPAC.

Al haberse realizado el ingreso del importe de la sanción propuesta antes de la resolución, pero no reconociendo la responsabilidad de Masvoz sobre la comisión de la infracción (folios 1124 y 1127), ello determina la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC y la reducción de un 20% sobre el importe de la sanción propuesta de 26.000 €.

Así, la reducción antes señalada tiene como resultado que el importe de la multa a abonar se ha reducido al importe de 20.800 €.

De conformidad con el artículo 85.2 de la LPAC, la efectividad de esta reducción de sanción estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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 Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. (anteriormente Eagertech 21, S.L.U.) responsable 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 Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L., una sanción por importe de veintiséis mil euros (26.000 €) por la anterior conducta.

TERCERO.- Aprobar la reducción sobre la sanción de 26.000 € en un 20%, por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como consecuencia de haber realizado el pago voluntario con anterioridad a dictarse la resolución, minorándose la sanción hasta la cuantía de 20.800 € (veinte mil ochocientos euros).

CUARTO. - Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

QUINTO. - Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.