RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD ORANGE ESPAGNE, S.A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

SNC/DTSA/054/19

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 9 de junio de 2020

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, 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:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Escrito de denuncia

Con fecha 3 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la Consejería de Salud de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía) mediante el cual ponía en conocimiento de la CNMC, en el marco de sus competencias de vigilancia y control del mercado que lleva a cabo dicha Administración de Consumo, una posible práctica de remuneración por parte de Orange Espagne, S.A.U., (Orange) a la entidad Samsung Electronics Iberia, S.A. (Samsung), por las llamadas generadas hacia la numeración 902 (folios 16 a 65).

Asimismo, la Junta de Andalucía acompañó a su escrito el contrato para la prestación del servicio de red inteligente formalizado entre las entidades citadas de fecha 29 de abril de 2016, junto a los recibos de facturación por la prestación de los servicios de red inteligente por parte de Orange a Samsung

correspondientes al periodo comprendido entre enero a febrero y junio a agosto de 2018.

SEGUNDO. - Acuerdo de incoación

El 8 de mayo de 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra Orange, 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 9), en el siguiente sentido:

> *"Atendiendo a la documentación referenciada, esta Sala considera que existen indicios de que Orange 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 de Mercados".*

Mediante sendos escritos de fecha 8 de mayo de 2019, se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 10 y 11) y a Orange (folios 12 a 14).

TERCERO. - Solicitud de acceso al expediente de Orange

Con fecha 14 de mayo de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange solicitando acceso al expediente (folios 66 a 70). Mediante escrito de 15 de mayo de 2019 se le dio traslado de copia de la documentación obrante en el presente expediente (folios 75). El citado acuerdo fue debidamente notificado el 16 de mayo de 2019 (folios 76 a 81).

CUARTO. - Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2019, la instructora comunicó a Orange la incorporación al procedimiento sancionador incoado de la documentación presentada por la Junta de Andalucía (folio 71). El citado escrito fue debidamente notificado el 16 de mayo de 2019 (folios 72 a 74).

QUINTO. - Escrito de alegaciones de Orange

Mediante escrito de fecha 10 de junio de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange, junto a varios anexos adjuntos, en el que formulaba alegaciones frente a la incoación del procedimiento sancionador (folios 82 a 100). En dicho escrito, el operador solicitaba la confidencialidad de determinada información.

SEXTO. - Requerimiento de información a Orange

Por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2019 la instructora requirió a Orange determinados datos relativos a la numeración 902 analizada en el expediente, así como respecto al contrato suscrito entre el operador y Samsung, objeto de denuncia (folios 101 a 103). El citado escrito fue debidamente notificado el 27 de junio de 2019 (folios 104 a 106).

Con fecha 28 de junio de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange solicitando una ampliación del plazo para dar contestación al requerimiento de información (folios 121 a 125). Dicha ampliación de plazo fue otorgada por la instructora del presente procedimiento mediante escrito de fecha 8 de julio de 2019 (folio 126) y notificada debidamente a Orange el 10 de julio de 2019 (folios 127 a 129).

Con fecha 18 de julio de 2019, Orange remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 165 a 204).

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Samsung

Mediante escrito de fecha 21 de junio de 2019, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la instructora requirió a Samsung determinados datos relativos a la numeración 902 así como respecto al contrato suscrito entre Orange y Samsung (folios 107 a 109). El citado escrito fue debidamente notificado en fecha 1 de julio de 2019 (folios 110 a 112)

Con fecha 15 de julio de 2019, Samsung remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 130 a 164).

OCTAVO.- Declaración de responsabilidad

Con fecha 27 de junio de 2019, la instructora declaró la confidencialidad para terceros del escrito de Orange de 10 de junio de 2019, así como también de los documentos anexos que acompaña al mismo (folios 113 a 117).

El citado acuerdo fue debidamente notificado el 27 de junio de 2019 (folios 118 a 120).

NOVENO.- Otros actos de instrucción

Con fecha 19 de septiembre de 2019, la instructora procedió a comprobar la página web titular de Orange, incorporando copia de su contenido al presente expediente (folios 205 a 208).

DÉCIMO.- Segunda solicitud de Orange de acceso al expediente

Con fecha 1 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange solicitando acceso al expediente (folios 209 a 213). Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2019, la instructora comunicó y facilitó a Orange el traslado del mismo (folio 214). Dicho escrito fue debidamente notificado el 10 de octubre de 2019 (folios 215 a 217).

UNDÉCIMO. - Declaración de confidencialidad

Con fecha 11 de octubre de 2019, la instructora declaró la confidencialidad para terceros del escrito de fecha 15 de julio de 2019 remitido por Samsung y el escrito remitido por Orange con fecha 18 de julio de 2019, así como también de los documentos anexos que acompañan a ambos escritos (folios 218 a 222).

El citado escrito fue debidamente notificado a Orange, según el acuse de recibo de fecha 14 de octubre de 2019, que consta en el expediente (folios 223 a 225).

DUOCÉDIMO. - Incorporación de documentación

Con fecha 14 de noviembre de 2019, la instructora comunicó a Orange la incorporación de cierta documentación al presente procedimiento sancionador, concretamente de las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil relativas a los ejercicios 2017 y 2018 (folios 226 a 419). El citado acuerdo fue debidamente notificado con fecha 15 de noviembre de 2019 (folios 420 a 421).

DÉCIMOTERCERO. - Incorporación de documentación

Con fecha 23 de enero de 2020, la instructora procedió a incorporar la información recabada tras los requerimientos efectuados por la CNMC de las declaraciones de los ingresos brutos presentados por Orange en los ejercicios 2017 a 2019 (folios 423 a 437).

DÉCIMOCUARTO. - Propuesta de resolución

Que con fecha 30 de enero de 2020 se le notificó a Orange la propuesta de resolución de 28 de enero de 2020. En ella se propone declarar responsable directa a la entidad Orange 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 (LGTel), por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los derechos de uso de los recursos de numeración, así como la imposición a dicho operador de una sanción por importe de sesenta y cinco mil euros (65.000€).

DÉCIMOQUINTO. – Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 6 de febrero de 2020, la Instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (folio 469).

DÉCIMOSEXTO. - Reconocimiento de responsabilidad y pago de la sanción

Mediante escrito presentado al Registro de esta Comisión el día 19 de febrero de 2020 (folios 470 a 476), Orange ha reconocido su responsabilidad en el marco del presente procedimiento y ha procedido al pago de la suma de treinta y nueve mil euros (39.000 €).

DÉCIMO SÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la 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 ha acordado informar el presente procedimiento.

II. HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. – Orange retribuyó por el uso de numeración 902 a Samsung en el periodo comprendido entre enero de 2017 y abril de 2019

Este hecho probado resulta de la documentación aportada junto a la denuncia de la Junta de Andalucía y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

1. <u>La relación contractual entre Orange y Samsung</u>

En el escrito de denuncia de la Junta de Andalucía de 3 de diciembre de 2018 (folios 16 a 65) se facilita el contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de abril de 2016, de “prestación de servicios telefónicos de red inteligente 90X”. **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

En consecuencia, de las cláusulas contractuales contenidas en el contrato se deduce que Orange presta el servicio de red inteligente sobre los números 902 que vienen identificados expresamente en el anexo 1 y que Samsung obtendrá una remuneración por parte de Orange por el tráfico cursado hacia la numeración 902, como más adelante se explicará detalladamente.

En su escrito de alegaciones de 10 de junio de 2019 (folios 82 a 100), Orange señala que el acuerdo de 29 de abril de 2016 se completa por más anexos, facilitados como documento núm. 1, y que afectan no solo a la numeración 902 sino a un conjunto de servicios de red inteligente 90X.

Concretamente, el documento número 1 adjunto a su escrito de alegaciones contiene una serie de contratos y adendas a través de los cuales Samsung contrata números 900 para que Orange le preste el servicio de red inteligente. En particular, aporta (i) dos "contratos de servicios 90X" de 2 de septiembre de 2016 y 30 de abril de 2019, y (ii) dos "adendas al contrato de red inteligente suscrito entre Orange y Samsung el 29 de abril de 2016" de 15 de marzo y 30 de abril de 2019 (hace referencia al anexo 1 a la propuesta de los servicios de telecomunicaciones fijas de red inteligente a Samsung, que también se adjunta).

Es cierto que, a posteriori, Orange y Samsung suscribieron distintos contratos y adendas a través de los cuales el cliente contrató varias líneas 900 -si bien los mismos fueron contratados en el año 2019, salvo uno, en el año 2016-. Por tanto, entre los años 2016 y 2018 los números contratados por Samsung consistieron en numeración 902. Y, por otro lado, además de facilitar las adendas, Orange aporta, a través de su escrito de 10 de junio de 2019, listados de las llamadas generadas hacia distintas numeraciones 900 (anexo 3) generadas entre marzo y abril de 2019.

Por tanto, de la información facilitada por Orange se deduce que, efectivamente, además del contrato de 29 de abril de 2016, existen otros adendas y contratos que se refieren a la numeración 900, y que todos ellos, salvo uno, fueron suscritos en el año 2019.

2. <u>La compartición de ingresos obtenidos por la utilización de las líneas por los usuarios</u>

La cláusula cuarta del contrato de 29 de abril de 2016 prevé **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Las citadas líneas se identifican en el anexo 1, observándose que todas ellas se refieren a numeración 902[1].

El anexo 3 describe la forma de calcular los ingresos que compartirá Orange con Samsung, concretamente, señala que los minutos acumulados en las llamadas realizadas se multiplicarán por la cifra **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL].** Por tanto, la compartición de ingresos se calcula en base a los minutos generados hacia la numeración 902.

Asimismo, la Junta de Andalucía facilitó, a través de su escrito de 3 de diciembre de 2018 (folios 16 a 65), las facturas emitidas por Samsung a Orange los meses de enero a febrero y junio a agosto de 2018, observándose que todas ellas contienen un concepto que alude a la numeración 902.

Las facturas contienen, entre otros conceptos, los que a continuación se transcriben: **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Mediante escrito de 21 de junio de 2019 la instructora requirió la descripción y aclaración de los conceptos transcritos, así como la aportación de los listados de las llamadas de las facturas (folios 101 a 103).

Por medio de un escrito de 15 de julio de 2019, Samsung aclaró que el concepto **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Tras consultarse las facturas aportadas por la Junta de Andalucía relativas a los meses de enero a febrero y junio a agosto de 2018, y el resto de las facturas emitidas de enero a diciembre de 2017, de marzo a mayo y de septiembre a diciembre de 2018, y de enero a marzo de 2019 (folios 16 a 65), se observa que todas ellas contienen los mismos conceptos, aludiendo exclusivamente a numeración 902.

Asimismo, tras analizarse los listados de llamadas facilitadas por las dos entidades contratantes[2] a través de los mismos escritos indicados, se constata que el número de minutos de tráfico generado coincide con el tráfico de minutos contenido en el concepto **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL**] y que las llamadas tarificadas se refieren tan solo a la numeración 902, y no a 900.

[1] En dicho anexo aparece un número 900, que es desconocido para ambas entidades según sus escritos de 15 y 18 de julio de 2019.
[2] Anexo 1 del escrito de Samsung de 15 de julio de 2019 (folios 130 a 164) y documento número 4 del escrito de Orange de 18 de julio de 2019 (folios 165 a 204).

Por otro lado, se observa que los seis archivos Excel denominados "SAMSUNG Sept.18, enero19, febrero19, marzo19, abril19 y mayo19" contienen el número de minutos generados en el mes correspondiente y la fórmula[3] aplicada para el cálculo de los ingresos a compartir por Orange con Samsung.

La cláusula cuarta anteriormente comentada **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Por otro lado, mediante escrito de la instructora de 21 de junio de 2019, se requirió información y aclaración en el siguiente sentido **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL] (folios 101 a 1039). Sobre dichos extremos, Orange no ha llevado a cabo ninguna aclaración, más allá de manifestar que se trataba de una bonificación.

Además, debe tenerse en cuenta lo señalado por Samsung, que afirmó que no abonó importe alguno a Orange por las llamadas recibidas; de hecho, la empresa aclara que el único coste que soporta es el derivado del desvío de las llamadas que son contestadas por el servicio de atención al cliente de Samsung que se encuentra en Rumanía.

En conclusión, se ha acreditado que Orange retribuyó a Samsung por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el periodo comprendido entre enero de 2017 y abril de 2019.

<u>En cuanto a los ingresos obtenidos por Samsung en relación con las líneas 902</u>, en su documento núm. 3 del escrito de 15 de julio de 2019 facilita los minutos generados, así como los importes satisfechos a Samsung (folios 130 a 164). La suma total de los importes facturados entre los meses de enero de 2017 a abril de 2019 asciende **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

3. <u>Sobre la numeración 902 cedida por Orange a Samsung</u>

En el contrato de 29 de abril de 2016 suscrito por ambas entidades -aportado mediante escrito de la Junta de Andalucía el 3 de diciembre de 2018 (folios 16 a 64)- se identifican 19 líneas contratadas por Samsung a través de las cuales Orange prestaría los servicios de red, y que son las siguientes:

[3] **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

Como anteriormente se anticipaba, el expositivo III declara que Samsung será el titular de los números 902 citados señalándose en **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL]; por tanto, el contrato afecta a las líneas analizadas que se portan a Orange, como operador receptor.

Samsung, mediante escrito de 15 de julio de 2019 (folios 130 a 164), en contestación al requerimiento formulado por la instructora el 21 de junio de 2019, facilita información relacionada con las citadas líneas 902 (folios 107 a 109). Respecto del número **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Dicho extremo es confirmado por Orange en su escrito de contestación de 18 de julio de 2019 (folios 168 a 204).

Tras consultarse el documento número 1 adjunto al escrito mencionado y relativo a los minutos generados hacia las citadas líneas, se observa que durante el periodo comprendido entre enero de 2017 y abril de 2019 no se cursó tráfico ni hacia la línea 900 del anexo ni al número **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL], por lo que no son objeto del presente expediente. Por tanto, los números contratados por Samsung ascendieron a 17, según la información comprobada.

En cuanto a los números **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

4. <u>Conclusiones del Hecho probado Único</u>

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

(i) El contrato suscrito entre Orange y Samsung el 29 de abril de 2016 acredita que ese operador prestó el servicio de red inteligente a través de una serie de números 902 incluidos en el anexo.

(ii) La cláusula cuarta del contrato y su anexo 3 recogen la obligación de Orange de pagar a Samsung con carácter mensual una parte de los ingresos obtenidos por la utilización de las líneas por los

usuarios. Dichos ingresos se calculan en base a los minutos acumulados en las llamadas realizadas en los números 902 y multiplicándolos por el importe fijado **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

(iii) Todas las facturas emitidas por Samsung y satisfechas por Orange contienen un concepto denominado **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Asimismo, las facturas se elaboran a partir del tráfico cursado y se observa que el mismo se genera únicamente hacia numeración 902 y no 900.

(iv) La numeración 902 afectada se identifica en el anexo 1 del contrato de prestación de servicios de red inteligente 90X, y se adjuntan al citado contrato las solicitudes de portabilidad de Samsung hacia el operador Orange -operador receptor-, limitándose a 17 los números con tráfico.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a esta Comisión "*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003*[4]*, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*", entre las que se encuentra "*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley* [LGTel]", prevista en el artículo 29 de la LCNMC.

Entre las funciones que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, otorgaba a esta Comisión se encontraba, en el artículo 48.4.b), la de *"asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine"*. Asimismo, se señalaba que *"la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados"*.

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

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

nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital[5].

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 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, dependiente del Ministerio –actualmente, Secretaria de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales-.

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 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 conocer y resolver sobre la conducta descrita en los antecedentes de hecho y el Hecho Probado Único o y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución concretamente, del uso de la numeración 902 contemplada en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)[6].

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

[5] De conformidad con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (publicado en la sección I, página 2870 del Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 2020), la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, que ejerce estas competencias, forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que sustituye al Ministerio de Economía y Empresa.

[6] Anexo del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

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.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho probado Único

1. Normativa aplicable

El presente procedimiento sancionador se inició contra Orange ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19 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 para un fin distinto al especificado en el PNNT.

El apartado 1 del 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.

En sus apartados 6 y 9, se contienen una serie de obligaciones para los operadores que presten el servicio telefónico, que vienen desarrolladas en los artículos 30 y 31 del Reglamento de Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre[7]:

"6. Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros

[7] (Art. 30) *"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".*

(Art. 31) "*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".*

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 otro lado, el artículo 20 de la LGTel establece que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo los que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Por otra parte, 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 (…)".

Así, el apartado 2.3 del PNNT establece 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*".

Concretamente, en su apéndice "Listado de las atribuciones y adjudicaciones vigentes del plan nacional de numeración telefónica", se regula el servicio prestado a través del rango 902 como un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

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, que señala que a través de la numeración 902 se prestará un servicio de pago por el llamante sin retribución para el llamado.

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

2. Análisis de la utilización de la numeración 902 efectuada por Orange

En primer lugar, de la instrucción del expediente sancionador ha quedado acreditado en el Hecho probado Único que Orange, operador inscrito para la prestación del servicio telefónico disponible al público (STDP) y del servicio de reventa del STDP fijo[8], suscribió el 29 de abril de 2016 un contrato con Samsung (folios 16 a 65), mediante el cual el operador le prestó una serie de servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, el de red inteligente a través de 17 números 902.

Atendiendo a los términos del contrato y a la naturaleza de la relación entre ambas entidades, Samsung era el abonado receptor de servicios de telecomunicaciones -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-, en la mencionada relación contractual.

Asimismo, de la información obtenida acerca de la titularidad de la numeración 902 se ha constatado como Samsung portó la numeración 902 a Orange como operador receptor de la misma.

En segundo lugar, tras la instrucción del presente procedimiento sancionador, ha quedado asimismo acreditado que, durante el periodo comprendido entre enero de 2017 y abril de 2019, Orange retribuyó a Samsung por el tráfico generado hacia la numeración 902.

El concepto de retribución es muy amplio y, en relación con el mercado de telecomunicaciones, viene contemplado en las disposiciones que regulan los servicios de tarificación adicional. Concretamente, la Orden PRE/361/2002[9] y la Orden IET/2733/2015 de tarificación adicional[10] 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

[8] Orange consta inscrito en virtud de la Resolución de 30 de septiembre de 1999 (RO 1999/1508) para la prestación del servicio telefónico fijo y explotación de una red de comunicaciones electrónicas, entre otros servicios.
[9] 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).
[10] 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.

de información, comunicación u otros. El hecho que estos servicios comporten una retribución hace que el legislador haya previsto una regulación más exigente en aras a dotar de mayor garantías o protección al usuario llamante de estos servicios, entre ellas la atribución de una numeración específica (803, 806, 807, etc.) diferente que la identifique inequívocamente de cara al usuario.

Por el contrario, la numeración 902 no es de tarificación adicional. Su utilización no debe conllevar el pago adicional de un servicio que no es de telecomunicaciones. Y el PNNT contiene una referencia concreta a la utilización de esta numeración, prohibiendo expresamente toda retribución al abonado llamado de la numeración 902, diferenciándola, por tanto, de la numeración atribuida a servicios de tarificación adicional. La retribución al llamado, junto con unos precios minoristas elevados para al abonado llamante, contribuyen a una merma en los derechos de transparencia hacia los usuarios llamantes de la numeración 902, que no gozan de las garantías o la protección establecidas en la regulación del uso de la numeración de tarificación adicional.

Así, dicha prohibición contenida en el PNNT es una medida que persigue evitar el incentivo del operador de acceso a incrementar sus precios minoristas, por la necesidad de retribuir en cadena hasta el último operador (llamado). No obstante, como ya se puso de relieve a través del análisis efectuado en el acuerdo dictado por la Sala de Supervisión Regulatoria de 3 de octubre de 2017 (INF/DTSA/422/15), *"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"*.

Sobre los descuentos, el citado Acuerdo señaló que "*esta Sala considera que, a día de hoy, no deben permitirse sistemas directos de retribución al llamado y cliente del 902. Esto es, sistemas de aplicación de descuentos en los precios pagados por los abonados que estén configurados realmente por volumen (dentro de una racionalidad económica) entran dentro de la práctica mercantil habitual, pero sistemas de retribución directa por la simple utilización de una línea 902, con independencia de su denominación y/o de la estructura del precio en los contratos, podrán ser calificados como un incumplimiento del PNNT, en función de cada caso analizado".*

Los descuentos forman parte de la práctica mercantil habitual que llevan a cabo los operadores para fidelizar o conseguir nuevos clientes, y suponen una reducción del importe a facturar configurada en muchas ocasiones sobre el volumen contratado/servicio (por ejemplo, en función de las líneas contratadas se reduce el precio de la cuota a satisfacer).

Sin embargo, en ocasiones se utilizan dichos términos –descuento o bonificación- en contravención del PNNT, pues de facto todas las circunstancias del contrato implican que haya una retribución directa al abonado llamado de la numeración 902. Por ello, es necesario analizar los contratos existentes caso a caso.

En el Hecho Probado Único ha quedado acreditado que el contrato contemplaba una retribución y que la misma aparece contenida en las facturas, que únicamente hacen referencia a numeración 902 –tal y como reflejan los listados de llamadas adjuntas-. Asimismo, se observa que en numerosos meses el volumen de tráfico por llamadas cursadas **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Asimismo, se observa que el importe facturado por Samsung a Orange proviene directamente del tráfico generado hacia la numeración 902. Además, se ha constatado que Samsung no abonó ningún importe a Orange por las llamadas recibidas en la numeración 902. Por tanto, nos encontramos ante una retribución de Orange hacia Samsung por el tráfico generado hacia la numeración 902 o una compartición de los ingresos obtenidos por Orange por la terminación, en la medida en que no se ha visto que se aplique ningún descuento sobre una cantidad a pagar por el abonado (Samsung) a la empresa de telecomunicaciones (Orange).

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Orange 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 y del otorgamiento de los recursos públicos de la numeración 902, pues retribuyó a través de la numeración 902 al abonado llamado en el periodo comprendido entre enero de 2017 y abril de 2019.

Orange, como operador prestador del STDP 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, debe respetar la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que Orange además tiene asignados los rangos 902[11], por lo que debía conocer la regulación que debía darse a dicho rango.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho

[11] Rango 902 0110, 902 01111, 902 01112 mediante resolución de la CMT de 23 de septiembre de 1999 (DT 1999/1022).

Administrativo Sancionador[12], 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 establece, en el artículo 28 del LRJSP, que "*sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.*" Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia, de tal manera que, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 del LRJSP lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado, pero éste era previsible. Por su parte, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. 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 ilícito[13].

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y del otorgamiento de derechos de uso de la 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004[14]) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

En el presente supuesto, el tipo de infracción contenido en el artículo 77.19 de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia

[12] Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.
[13] Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.
[14] RJ 2005/20.

consistente en no explotar la numeración contratada como operador de acuerdo con la norma.

En este sentido, no se ha podido demostrar que la conducta de Orange haya sido realizada con intención deliberada de incumplir la normativa.

En conclusión, se imputa a Orange la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto 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 imputado.

TERCERO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

Tal y como se ha indicado en el Antecedente Décimo quinto de la presente resolución, mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2020 (folios 470 a 476), Orange ha reconocido su responsabilidad y procedido al pago de la sanción propuesta por esta Comisión.

Concretamente en el escrito de 19 de febrero de 2020 la operadora declara lo siguiente:

> *"(..) mediante el presente acto Orange reconoce la responsabilidad de los actos descritos en la propuesta de resolución (..) y manifiesta que ha procedido al abono de la propuesta de sanción por importe de treinta y nueve mil euros (39.000€) (..). Se adjunta como Documento número 1 justificante de abono de la sanción (..)"*

Como Anexo a su escrito presenta justificante de transferencia de 39.000 Euros a esta Comisión en concepto de pago de la sanción propuesta.

De conformidad con el artículo 85, apartados 1 y 3, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, en este caso de una multa por infracción grave por importe de sesenta y cinco mil Euros (65.000 €), aplicando a dicha cifra la reducción del 20% sobre el importe de multa propuesto.

Asimismo, de acuerdo con el apartado 2 del citado artículo 85 LPAC, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta (artículo 85, apartado 3).

Las citadas reducciones aplicables son acumulables entre sí, resultando una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesto, lo que en este caso reduciría el importe a abonar a treinta y nueve mil Euros (39.000 €).

Ello ha sucedido en este supuesto, en que Orange ha reconocido su responsabilidad en los hechos probados y ha hecho efectivo el pago mediante justificante de ingreso de 39.000 € realizado el 18 de febrero de 2020 y aportado en su escrito de fecha 19 de febrero de 2020.

Al haberse reconocido expresamente la responsabilidad en la comisión de la infracción por parte de Orange y haberse realizado el ingreso del importe de la sanción propuesta (folio 473), según se indicaba en la propuesta de resolución, con la reducción acumulada del 40%, todo ello determina la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la Ley 39/2015, quedando condicionada su efectividad al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, según lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 85 de la Ley 39/2015.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Acordar la terminación del procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPCA, en los términos de la propuesta de la instructora a la que se refiere el antecedente de hecho decimocuarto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a Orange Espagne, S.A.U.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre la sanción propuesta por la instructora (65.000 €); minorándose la sanción en un 40% hasta la cuantía de 39.000 € (treinta y nueve mil euros), suma que ya ha sido abonada por Orange Espagne, S.A.U.

TERCERO.- La efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada, en todo caso, al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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.