

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

EXPEDIENTE REMUNERACIÓN INDEBIDA OPERA

(SNC/DTSA/078/20)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 30 de noviembre de 2021

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 (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Expediente IFP/DTSA/035/19/DENUNCIA RETRIBUCIÓN 902

Las actuaciones practicadas en el expediente IFD/DTSA/035/19 están incorporadas al presente procedimiento sancionador y se le dio traslado de las mismas a la interesada.

1.- Respecto de Opera con Telecor

En fecha 21 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la Dirección General de Consumo y Familias de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía), del día 10 del mismo mes y año, en el que pone en

conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una presunta práctica de remuneración por parte de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera) a Telecor, S.A. (Telecor) a través de la numeración 902 (folios 16 al 36).

Asimismo, la Junta de Andalucía acompañó a su escrito el contrato de prestación del servicio de red inteligente formalizado entre ambas entidades, de 20 de diciembre de 2004, y un escrito de contestación de Telecor al requerimiento de información emitido por la Junta de Andalucía.

Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2019, y a la vista del escrito de la Junta de Andalucía, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión (DTSA), solicitó determinada información a Opera y Telecor, al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador (folios 37 al 39).

El requerimiento fue puesto a disposición de Opera por medios electrónicos, transcurrido el plazo de diez días naturales la empresa no accedió al contenido de la notificación practicada, por lo que se entendió efectuado el trámite y se especificaron las circunstancias en el expediente (folios 40 a 42).

Con fecha 22 de julio de 2019, fue debidamente notificado el citado escrito a Telecor, según el acuse de recibo que obra en el expediente (folios 43 a 45). Asimismo, tras la solicitud de ampliación de plazo por parte de Telecor para cumplimentar el requerimiento, dicho plazo fue ampliado a esta empresa hasta el 12 de septiembre (folios 46 a 55).

Con fecha 9 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Opera a través del cual manifiesta que (i) el contrato con Telecor para la comercialización y promoción de servicios de telecomunicaciones entre terceros sigue en vigor, regulando el incentivo por éxito de comercialización por parte de Telecor entre clientes empresariales, (ii) no tiene constancia de que ninguna línea 902 sea atendida o publicitada por Telecor ni ha encontrado ninguna publicidad de Telecor publicando líneas 902 como forma de contacto ni tiene constancia de que Telecor disponga de un call center para atención de llamadas, y (iii) Opera no retribuye al llamado en líneas que no sean de tarificación adicional. Asimismo, facilita una copia de un comunicado presuntamente remitido por Vodafone a alguno de sus clientes, a través del cual informa que temporalmente van a ser aplicadas las condiciones económicas referidas a la retribución sobre el tráfico de las llamadas 902¹. En dicho escrito Opera no da contestación a parte del requerimiento efectuado por la DTSA el 17 de julio de

¹ Opera atribuye la autoría de dicho escrito (no contiene ni la entidad remitente, ni la fecha de expedición) a empresa ajena a la tramitación de este procedimiento, respecto de la que ya se ha tramitado y resuelto el correspondiente procedimiento sancionador por el incumplimiento de las condiciones asociadas al uso del rango 902.

2019 (folios 56 al 67) y no aporta documentación alguna de la que ha sido requerida.

Por otro lado, con fecha 12 de septiembre de 2019, Telecor contestó al requerimiento de la DTSA (folios 68 al 75), tras solicitar mediante escrito de 2 de agosto de 2019 una ampliación de plazo para su contestación (folios 46 al 51) y que fue concedida por la DTSA en la misma fecha (folios 52 al 55). Mediante este escrito, Telecor informa que (i) el contrato sigue en vigor, (ii) no puede aportar un listado de llamadas generadas dado que no existen llamadas salientes, (iii) no ha satisfecho a Opera ningún importe derivado de la prestación del servicio objeto del citado contrato, (iv) la cláusula referida es de actualización de precios conforme a la normativa vigente existente y aporta listado con la relación de facturas devengadas mensualmente a Opera.

Con fecha 14 de octubre de 2019, la DTSA reiteró a Telecor el requerimiento formulado el 12 de septiembre de 2019 (folios 97 y 98). El escrito fue debidamente notificado el 14 de octubre de 2019 (folios 99 al 101).

Con fechas 5 y 14 de noviembre de 2019, tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de contestación de Telecor (folios 169 al 356 y 384 al 389). Telecor manifiesta que *“Telecor factura a Opera la cantidad de 3 céntimos de euro por cada minuto cursado de llamadas entrantes. Las facturas se confeccionan en bloques uniendo todos los números de un usuario en concreto y, en todas ellas, su resultado es el de multiplicar cada uno de los minutos entrantes por 0,03€, iniciales y se emite una factura distinta en función del usuario final de la línea.”*

2.- Respecto de Opera con Armería Álvarez

Mediante escrito de 7 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de la Junta de Andalucía en el que pone en conocimiento una presunta remuneración por parte de Opera a Armería Álvarez, S.L. (Armería Álvarez) a través de numeración 902. Para ello, adjunta escrito de alegaciones de esta segunda empresa, copia del contrato suscrito entre ambas entidades de prestación de servicios de red inteligente 902 así como de los informes generales mensuales que contienen el logo de “Dialoga”² por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el marco de este contrato (folios 76 al 96).

Mediante escrito de 11 de noviembre de 2019, la DTSA solicitó determinada información tanto a Armería Álvarez (folios 357 al 359) como a Opera (folios 363 al 365) que fue notificada a ambas empresas el día 11 de noviembre de 2019 (folios 360 al 362 y 366 al 368, respectivamente).

² Opera y Dialoga forman parte del mismo grupo empresarial, según los datos que constan en esta Comisión. Tal y como se desprende de la propia documentación obrante en este procedimiento.

Con fecha 21 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Armería Álvarez de contestación al citado requerimiento (folios 390 al 434, manifestando que “dialoga” es el entorno de la plataforma web para la gestión de sus 902 facilitado por Opera, el contrato sigue vigente por aplicación de prórrogas tácitas, se han contratado un total de 6 números 902X, la retribución acordada inicialmente fue de 0,03€/min+ IVA y actualmente es de 0,07€/min+ IVA y se adjuntan facturas emitidas por Opera así como las liquidaciones mensuales de Dialoga.

Por otro lado, Opera no contestó al requerimiento efectuado.

3.- Respecto de Opera con Select Aviation (Aer Lingus)

Mediante escrito de 28 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un nuevo escrito de la Junta de Andalucía en el que pone en conocimiento una presunta remuneración por parte de Opera a Aer Lingus Limited Sucursal en España (Aer Lingus) a través de la numeración 902. Para ello, da traslado del escrito de alegaciones de Aer Lingus al que se acompaña (i) de la copia del contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito entre Opera y Select Aviation, S.A. (Select Aviation)³ y (ii) de los informes generales mensuales emitidos por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el marco de este contrato (folios 102 al 163).

Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2019, la DTSA solicitó determinada información tanto a Aer Lingus (folios 369 al 371) como a Opera (folios 378 al 380), al objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía hasta dicho momento y la procedencia, o no, de iniciar procedimiento sancionador. Ambos escritos fueron debidamente notificados a Opera el día 13 de noviembre de 2019 (folios 381 al 383) y a Aer Lingus el 6 de diciembre de 2019⁴ (folios 372 al 377).

Con fecha 25 de noviembre de 2019, Opera solicitó acceso a la información contenida en el expediente administrativo (folios 435 al 438), acceso otorgado mediante escrito de 29 de noviembre de 2019 (folio 439) y notificado según acuse de recibo el 3 de diciembre del mismo año (folios 440 al 442).

³ La Junta se refiere a un contrato con Aer Lingus, pero el contrato aportado está suscrito con Select Aviation.

⁴ La notificación del escrito a Aer Lingus se entendió rechazada por transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a disposición los días 14 y 25 de noviembre de 2019, sin acceder al contenido de las notificaciones (folios 372 al 377).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador SNC/DTSA/078/20

El 10 de diciembre de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador SNC/DTSA/078/20 contra Opera, como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.19) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), 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 10).

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al expediente del presente procedimiento de la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/035/19 (folios 16 al 442).

Mediante escrito de 11 de diciembre de 2020 se notificó ese mismo día el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 11 y 12) y a Opera (folios 13 a 15).

TERCERO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2020, la instructora comunicó a Opera la incorporación al expediente del presente procedimiento de todos los escritos y documentación relacionados con el operador que figuraban en el expediente de información previa IFP/DTSA/035/19 (folio 443). El citado escrito fue debidamente notificado a Opera, entendiéndose practicado el trámite tras el transcurso de diez días desde su puesta a disposición el 16 de diciembre de 2020 sin que la empresa haya accedido al contenido de la notificación. (folios 444 al 446).

CUARTO.- Escrito de alegaciones de Opera

Mediante escrito de fecha 11 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC ese mismo día, Opera formula distintas alegaciones y solicita la apertura y práctica de prueba frente a la incoación del procedimiento sancionador (folios 447 al 462). En síntesis, las alegaciones formuladas son las siguientes:

- Irregularidad en el inicio del expediente, determinante de su nulidad (art. 47.1.b), e) y f) de la Ley 39/2015), por cuanto trae causa de denuncias interpuestas por la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía en el marco de actuaciones en las que Opera no ha tenido conocimiento ni intervención y donde se han practicado pruebas que exceden de las competencias que tiene atribuidas.
- Indebida acumulación de denuncias sin existencia de acuerdo y motivación, infringiendo el artículo 57 Ley 39/2015, por falta de identidad de hechos ni actuación única, conjunta o coordinada que justifique la acumulación.

- Prolongación artificiosa e innecesaria de la duración del expediente de información previa, con el transcurso de más de un año desde la última actuación en el expediente de información previa y la incoación de sancionador, por lo que el tiempo de tramitación del expediente informativo debe ser necesariamente tomado en cuenta a los efectos del plazo del procedimiento sancionador, con los efectos que se derivan en cuanto a la caducidad.
- Inexistencia de infracción y existencia de prácticas habituales y lícitas: (i) respecto de Telecor, por cuanto Opera remunera a Telecor (operador de telecomunicaciones autorizado) por el tránsito de llamadas y servicios prestados, como lo hace con el resto de operadores de forma habitual dentro de su normal actividad, sin que exista ninguna irregularidad ni infracción; (ii) respecto de Select Aviation, por cuanto Opera no ha suscrito contrato alguno con Aer Lingus ni le ha remunerado por ningún concepto y por cuanto Select Aviation es un agente con el que Opera suscribió un acuerdo comercial para la promoción de sus productos y servicios y a la que paga una comisión en función del volumen de llamadas del servicio de información para terceros (entre ellos Aer Lingus) que, entre otros, contrató Opera; (iii) respecto de Armería Álvarez, la retribución que Opera realiza a esta empresa no es una remuneración por llamadas recibidas sino descuentos o bonificaciones comerciales en función del tráfico que dicha entidad mantiene.
- Inexistencia de norma que ampare la imposición de sanción, contradicción de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, con infracción de los principios de legalidad y tipicidad: no es contrario a la normativa comunitaria que el operador pueda obtener remuneración o beneficios a través de dichas llamadas, siempre que el coste de una llamada a una línea telefónica de asistencia operada por un comerciante, en relación con un contrato celebrado, no puede exceder del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar.

En atención a lo anterior, Opera solicita el archivo del expediente. De forma subsidiaria, Opera solicita la apertura de periodo probatorio de carácter documental.

QUINTO.- Requerimiento de información a Opera

Mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2021, la instructora requirió a Opera determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con los distintos contratos de red inteligente suscritos citados y sobre los ingresos percibidos a través de esta numeración (folios 463 al 465). Opera accedió el 12 de febrero de 2021, al contenido de la notificación de este requerimiento puesta a su disposición por medios electrónicos el día 4 de febrero de 2021 (folios 466 a 468).

Con fecha 26 de febrero de 2021, Opera remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 569 al 584). En concreto, no aporta la documentación requerida por esta Comisión por considerar que (i) la premisa de la que parte la CNMC no se ajusta a la realidad por cuanto de la naturaleza de las relaciones contractuales de Opera en los tres casos analizados se desprende que no se ha cometido infracción alguna que pudiera dar lugar a imposición de sanción y (ii) el requerimiento es una petición de información totalmente genérica e indiscriminada, arbitraria e injustificada, con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva constitucional. Igualmente Opera reitera sus alegaciones al acuerdo de incoación relativas a la nulidad del procedimiento dada la irregularidad en el inicio del expediente, la indebida acumulación de denuncias, la prolongación artificiosa e innecesaria de la duración del expediente de información previa y la inexistencia de norma que ampare la imposición de sanción con infracción de los principios de legalidad y tipicidad. Finalmente, Opera solicita el archivo del expediente.

SEXTO.- Requerimiento de información a Armería Álvarez

Por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2021, la instructora requirió a Armería Álvarez determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con el contrato de red inteligente suscrito con Opera (folio 469). Dicho escrito fue debidamente notificado el 4 de febrero de 2021 (folios 470 a 472).

Con fecha 11 de febrero de 2021, Armería Álvarez remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 488 al 523) y aportando facturas mensuales, con sus correspondientes informes, del periodo comprendido entre octubre de 2019 y la fecha de notificación del requerimiento.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Select Aviation, S.A.

Mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2021, la instructora requirió a Select Aviation determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con el contrato de red inteligente suscrito con Opera (folios 473 y 474). Dicho escrito fue debidamente notificado el 12 de febrero de 2021 (folios 475 al 477).

Con fecha 18 de febrero de 2021, Select Aviation remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 524 al 540) comunicando la rescisión con fecha 16 de febrero de 2021 del contrato suscrito el 20-10-2008, informando de la relación comercial existente con Aer Lingus, facilitando los números 902X y adjuntando las facturas requeridas y los informes mensuales emitidos desde enero 2019 a diciembre 2020, así como email de Dialoga con nuevas instrucciones para el concepto de facturación.

OCTAVO.- Requerimiento de información a Telecor

Mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2021, la instructora requirió a Telecor determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con el contrato de red inteligente (folios 478 y 479). Dicho escrito fue debidamente notificado el 5 de febrero de 2021 (folios 480 al 482).

Con fecha 19 de febrero de 2021, Telecor remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada (folios 554 al 568) e indicando, en resumen, que: Opera es su prestadora de servicios de red inteligente, que Telecor no tiene asignada ninguna numeración como operadora, no tiene contratos sino que lo que existe es un acuerdo dentro del Grupo El Corte Inglés para que Telecor gestione los servicios de telecomunicaciones como gestor y no como operador y la última factura que se emitió desde Telecor fue en julio de 2019.

NOVENO.- Escrito estimando la práctica de la prueba solicitada por Opera

Con fecha 5 de febrero de 2021, la instructora estimó la práctica de la prueba documental solicitada por Opera (folios 483 y 484) consistente en que:

“Se remita Oficio a la entidad AER LINGUS LIMITED, con domicilio en 28008 – Madrid, C/ Princesa, nº 2, a fin de que por quien corresponda certifique sobre los siguientes extremos:

- *Si AER LINGUS LIMITED tiene suscrito algún contrato con la entidad OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, SL.*
- *Si OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, SL factura o ha facturado algún servicio a AER LINGUS LIMITED, debiendo en caso afirmativo indicar el concepto de la facturación recibida, reservándose para el momento oportuno la proposición de los medios de prueba que resulten necesarios.”*

Igualmente se desestimó, por no considerarse necesaria o justificada la práctica de la prueba documental primera solicitada por Opera.

Dicho escrito fue debidamente notificado a Opera el 18 de febrero de 2021, según el acuse de recibo (folios 485 al 487).

DÉCIMO.- Práctica de la prueba documental solicitada por Opera

Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2021, la instructora remitió oficio requiriendo información a Aer Lingus, de conformidad con el acuerdo de práctica de la prueba documental, estimada por la instructora el 5 de febrero de 2021 (folios 546 al 548).

Dicho escrito (folios 541 y 542) fue debidamente notificado tanto a Opera el 5 de marzo de 2021 (folios 543 al 545) como a Aer Lingus el 11 de marzo de 2021 (folios 549 a 553).

Con fecha 22 de marzo de 2021, Aer Lingus presentó en el registro de la CNMC contestación al oficio citado (folios 585 al 594) señalando que la empresa no tiene ni ha tenido suscrito contrato alguno con Opera y, en consecuencia, Opera no le ha facturado ningún servicio. Además, informa que la empresa tiene contratado con Select Aviation los servicios de comunicaciones.

UNDÉCIMO.- Incorporación de documentación

Con fecha 21 de mayo de 2021, la instructora incorporó la siguiente documentación: (i) copia de las cuentas anuales depositadas por Opera ante el Registro Mercantil de Bizkaia relativas al ejercicio 2019 y (ii) la declaración de ingresos brutos relativos a la Tasa General de Operadores (TGO) del ejercicio 2018 presentada por Opera ante la CNMC (folios 595 al 641).

Dicho escrito fue debidamente notificado a Opera el 4 de junio de 2021 (folios 642 al 644).

DUODÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 21 de mayo de 2021, la instructora declaró la confidencialidad para terceros de determinada información contenida en los escritos y anexos de fechas 9 de agosto de 2019 de Opera, 21 de junio, 12 de septiembre, 7 y 28 de octubre, 5, 14 y 21 de noviembre de 2019 de la Junta de Andalucía, Telecor y Armería Álvarez, y de 11 y 18 de febrero de 2021, de Armería Álvarez y Select Aviation, respectivamente (folios 645 al 651).

Dicho escrito fue debidamente notificado el 25 de mayo de 2021 tanto a Aer Lingus (folios 655 al 657) como a Armería Álvarez (folios 658 al 660), el 26 de mayo del mismo año a Telecor (folios 664 al 666) y el 4 de junio a Opera (folios 652 al 654). Por otro lado, la notificación del escrito a Select Aviation se entendió rechazada por transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a su disposición el día 25 de junio de 2021, sin acceder al contenido de la notificación (folios 661 al 663).

DECIMOTERCERO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 29 de julio de 2021 la instructora del procedimiento formuló la propuesta de resolución (folios 667 a 703), que fue puesta a disposición de Opera, junto con el listado de los documentos que forman el expediente administrativo, el 30 de julio de 2021, concediéndole el plazo de un mes y quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de

la LPAC. Con fecha 9 de agosto de 2021 (folios 725 a 727) Opera accedió al contenido de la notificación practicada por medios electrónicos.

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta de Opera como 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 y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración. Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se propone imponer al mencionado operador una sanción por importe de sesenta y cinco mil euros (65.000€).

Tras acceder a copia del expediente administrativo en fecha 14 de septiembre de 2021, al amparo del citado trámite de audiencia, Opera presentó en fecha 23 de septiembre de 2021 su escrito de alegaciones y documentación adjunta al mismo, exponiendo los siguientes argumentos:

- Caducidad del expediente sancionador, por el tiempo transcurrido entre la apertura de las actuaciones previas y el acuerdo de incoación, muy superior a un año, de forma absolutamente injustificada e irrazonable. Las actuaciones previas generaron inseguridad jurídica a Opera y resultaban innecesarias, por lo que debe computarse como parte del plazo máximo de tramitación.
- Infracción del principio de tipicidad (art. 77.19 LTGEL y Apéndice PNNT): no es cierto que Opera retribuyese al “*abonado llamado*” en el marco de sus relaciones contractuales con Select Aviation (el “*abonado llamado*” era Aer Lingus y nunca Opera le retribuyó) y Telecor (relación entre dos operadores de telecomunicaciones y Opera no retribuye a los establecimientos y sociedades del Grupo de El Corte Inglés, únicos “*abonados llamados*”).
- Ausencia de dolo (i) en las relaciones con Telecor y Armería Álvarez a pesar de que no aporta ningún elemento probatorio, con respecto a estos abonados, y (ii) en las relaciones con Select Aviation y Telecor, respecto de las que ni siquiera existe infracción. El correo electrónico de 3 de febrero no desprende voluntad alguna de incumplir la normativa y, en su caso, demostraría la voluntad contraria por parte de Opera o, a lo sumo no constituiría elemento de prueba suficiente a efectos de dolo.
- Indebida graduación de la sanción e infracción del principio de proporcionalidad: sin expresa ponderación ni correcta aplicación del criterio de “capacidad económica” y con indebida apreciación de las circunstancias agravantes (continuidad o persistencia en la conducta

infractora) y atenuantes (ausencia de aplicación de la escasa gravedad, la escasa repercusión social y la falta de intencionalidad).

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

Por medio de escrito de fecha 7 de septiembre de 2021 (folio 728), la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentación y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerados.

DECIMOQUINTO. – Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 favorablemente el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO.- Opera retribuyó por el tráfico generado hacia la numeración 902 a algunos de sus abonados, en el periodo comprendido entre enero de 2017 y enero de 2021

A continuación, se analizan los contratos suscritos por Opera y abonados usuarios de numeración 902, facilitados por la Junta de Andalucía⁵ así como las relaciones (básicamente, facturaciones y pagos) derivadas de los mismos.

1.- Relación contractual entre Opera y Telecor

1.1.- Contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito con Telecor el 20 de diciembre de 2004 (folios 16 al 36)

En el manifiesto primero del contrato, junto con **[CONFIDENCIAL]**.

Por último, mediante escrito de 12 de septiembre de 2019, en contestación al requerimiento formulado por la DTSA de 17 de julio de 2019 (folios 37 al 39), Telecor señala que el contrato a dicha fecha seguía vigente (folios 68 al 75).

⁵ Los contratos se analizan según la fecha de entrada en el registro de la CNMC, incorporados al presente procedimiento mediante escrito de 14 de diciembre de 2020 (folio 443).

1.2.- Retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero de 2017 y julio de 2019

En su escrito de contestación de 5 de noviembre de 2019 al requerimiento de la DTSA de 14 de octubre de 2019 (folios 97 y 98), Telecor señala que **[CONFIDENCIAL]**

La empresa adjunta al mismo escrito las facturas emitidas por ella misma, que previamente relacionó mediante escrito de 12 de septiembre de 2019 (folios 68 al 75), devengadas mensualmente entre enero de 2017 y 1 de julio de 2019. **[CONFIDENCIAL]**. Asimismo, todas ellas contienen un concepto denominado “tráfico red inteligente”.

En cuanto a los minutos generados hacia la numeración 902 se facilitan por parte de Telecor mediante escrito de 14 de noviembre de 2019 a través de un archivo Excel (folios 384 al 389).

Por otro lado, mediante escrito de 19 de febrero de 2021 en contestación al requerimiento efectuado por la instructora el 2 de febrero de 2021, Telecor señala que *“la última factura que se emitió fue en julio de 2019, y desde entonces no se ha emitido factura alguna nueva”* (folios 554 al 568)⁶.

Y, por último, la entidad señala que *“Telecor no ha satisfecho a Opera importe alguno derivado de la prestación del servicio objeto del citado contrato”*⁷.

En cuanto a los números 902 afectados por el citado contrato, se desprende del archivo Excel facilitado por Telecor mediante escrito de 14 de noviembre de 2019 (folios 371 al 374) que el número total asciende a 226 números 902, añadiendo Telecor⁸ en su escrito de 19 de febrero de 2021 (folios 554 al 568) que como

⁶ Mediante escrito de 12 de septiembre de 2019, Telecor informó que el contrato seguía vigente (folios 97 al 100). Se desconoce si en la actualidad el contrato sigue estando en vigor, aunque a 19 de febrero de 2021, Telecor contestó que Opera era su prestadora de servicios de red inteligente según el citado contrato.

⁷ Información facilitada mediante escrito de Telecor de 12 de septiembre de 2019 (folios 68 al 75) en contestación al requerimiento efectuado por la DTSA de 17 de julio de 2019 (folios 37 al 39).

⁸ Telecor está inscrito en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas para la prestación, entre otros, del servicio de reventa del servicio telefónico fijo tanto en acceso indirecto como directo -Resoluciones de la CMT de 11 de julio de 2001 (RO 2001/5230) y de 2 de febrero de 2006 (RO 2006/106)-.

operador no tiene asignada numeración 902⁹ y que Opera es su “prestadora de servicios de red inteligente”¹⁰.

2.- Relación contractual entre Opera y Armería Álvarez

2.1.- Contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito con Armería Álvarez el 17 de junio de 2005 (folios 76 al 96)

Se observa que algunas de las estipulaciones contenidas en el cuerpo de este contrato son idénticas a las del contrato anteriormente analizado, por lo que se da por reproducida la descripción relativa al contrato.

En cuanto a las condiciones económicas, **[CONFIDENCIAL]**.

El procedimiento de facturación se recoge en la estipulación cuarta, que señala que:

[CONFIDENCIAL]

Por último, Armería Álvarez señala, mediante escrito de 21 de noviembre de 2019 (folios 390 al 434)¹¹, que el proceso de facturación se lleva a cabo a través de la web URL “<http://gestionglobal.grupodialoga.es/>” facilitada por Opera, mediante la cual la entidad consulta, entre otros, los informes sobre el tráfico generado hacia la numeración 902.

2.2.- Retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero de 2017 y enero de 2021

Mediante escrito de 7 de octubre de 2019, la Junta de Andalucía facilitó los informes mensuales con el logo de “Dialoga” que contienen información relativa al número de llamadas y de minutos generados hacia los distintos números 902 del cliente, así como las reversiones o retribuciones correspondientes al periodo comprendido entre enero y junio de 2019 (folios 76 al 96).

⁹ En el escrito de la instructora se le requirió a Telecom información relativa a la numeración afectada 902 concretamente, si la numeración era asignada o facilitada por Opera.

¹⁰ En el escrito de la instructora se le requirió a Telecom información relativa a los servicios que le prestaba Opera respecto de la numeración facilitada por Opera, según contrato de 20 de diciembre de 2004.

¹¹ En contestación al requerimiento de la DTSA de 11 de noviembre de 2019 (folios 357 al 359).

Asimismo, Armería Álvarez, mediante escrito de 21 de noviembre de 2019¹², facilitó las facturas -o autofacturas- emitidas por la entidad, correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2017 y octubre de 2019 (folios 390 al 434).

Por otro lado, con fecha 11 de febrero de 2021, en contestación al requerimiento de información de la instructora de 2 de febrero de 2021 (folio 469), Armería Álvarez facilitó tanto los informes mensuales como las correspondientes facturas emitidas por la misma, relativos al periodo comprendido entre noviembre de 2019 y enero de 2021 (folios 488 al 523).

Se observa que los importes contenidos en las facturas coinciden con las cifras mostradas en los informes de “Dialoga”.

La suma total de las reversiones contenidas entre enero de 2017 y enero de 2021 asciende a **[CONFIDENCIAL]**.

Por último, Armería Álvarez facilita los 6 números 902 afectados por el contrato y que son: **[CONFIDENCIAL]**. Y añade que los dos primeros números fueron portados desde Telefónica -operador donante- el 17 de junio de 2005 y el resto fueron contratados a Opera (folio 434)¹³.

3.- Relación contractual entre Opera y Select Aviation

3.1.- Contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito con Select Aviation el 20 de octubre de 2008 (folios 102 a 163)

Con fecha 20 de octubre de 2008, Select Aviation suscribió un contrato de red inteligente 902 con Opera.

Se observa que algunas de las estipulaciones contenidas en el cuerpo de este contrato (como el procedimiento de retribución) son idénticas a las del contrato anteriormente analizado, suscrito con Armería Álvarez, por lo que se da por reproducida la descripción relativa al contrato.

En cuanto a las condiciones económicas se observa que **[CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, mediante su escrito de contestación de 18 de febrero de 2021 (folios 524 al 527), al requerimiento formulado por la instructora el 2 de febrero de 2021 (folios 473 y 474), indicó que el contrato fue rescindido por Select Aviation de forma unilateral a través del envío de varios burofaxes de 16 de febrero de 2021 a Opera, por los siguientes motivos (folios 534 a 540):

¹² En contestación al requerimiento efectuado por la DTSA el 11 de noviembre de 2019 (folios 357 al 359).

¹³ Escrito de contestación de 21 de noviembre de 2019.

[CONFIDENCIAL]

3.2.- Retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero 2019 y diciembre de 2020

Mediante escrito de 18 de febrero 2021, Select Aviation facilitó un archivo con los informes generados con el logo de “Opera” –similares a los aportados por el resto de las entidades referenciadas-, así como las autofacturas generadas por los importes o retribuciones contenidas en dichos informes por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero de 2019 y diciembre de 2020¹⁴ (folio 534).

Concretamente, el importe devengado por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el citado periodo ascendió a **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, en las autofacturas emitidas durante el año 2020 dicho concepto ha sido modificado y sustituido por “descuento mes (correspondiente)”.

Dicho cambio terminológico responde al correo electrónico de 3 de febrero de 2021¹⁵ remitido por Opera a Select Aviation en el que les informa de que **[CONFIDENCIAL]** (folios 531 al 533). Dicha aclaración responde a la preocupación que Select Aviation pone de relieve a través de los correos electrónicos remitidos a Dialoga los días 19 y 25 de enero de 2021¹⁶ sobre la “prohibición de uso 902”.

Por otro lado, Select Aviation, a través del citado escrito facilita el detalle de la numeración contratada **[CONFIDENCIAL]** y añade que los números fueron facilitados por Opera.

Por último, en el escrito de denuncia de la Junta de Andalucía de 28 de octubre de 2019 (folios 102 a 163) se indica que *“Del análisis del mismo, parece desprenderse la práctica de remuneración por parte de OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L, a la empresa AER LINGUS LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA”*. Y se adjunta al citado escrito contrato suscrito entre Opera y Select Aviation.

De la documentación obrante en el presente expediente se observa que Opera mantiene una relación jurídica con Select Aviation, no con Aer Lingus. De hecho, tal como se ha indicado, el contrato aportado fue suscrito entre Opera y Select

¹⁴ Select Aviation indica en su escrito de 18 de febrero de 2021 que diciembre de 2020 fue el último mes en el que facturó a Opera (folio 527).

¹⁵ En contestación al requerimiento efectuado por la instructora del procedimiento el 2 de febrero de 2021 (folio 473 y 474).

¹⁶ Folios 538 al 530 del presente expediente.

Aviation, y las autofacturas fueron emitidas por Select Aviation; igualmente, en los informes emitidos por Opera aparece la entidad Select Aviation.

En cuanto a la relación que mantienen ambas entidades -Select Aviation y Aer Lingus-, se desprende del escrito de contestación de Select Aviation de 18 de febrero de 2021¹⁷, que esta empresa mantiene con Aer Lingus una relación profesional de gestión, venta y atención a las agencias de viaje (profesionales) para la cotización y reservas de viajes de grupos. Por otro lado, en el escrito de contestación de Aer Lingus de 22 de marzo de 2021 al oficio remitido por la instructora de 18 de febrero de 2021, se señala que ésta tiene contratado con Select Aviation los servicios de comunicaciones.

Por todo lo anterior, debe entenderse que la relación jurídica sobre prestación de servicios de red inteligente a través de numeración 902 así como la retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 se lleva a cabo por parte de Opera hacia Select Aviation, y no hacia Aer Lingus.

4.- Conclusiones de los Hechos probados

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

- A. De los tres (3) contratos facilitados por la Junta de Andalucía suscritos entre Opera y las empresas Telecor, Armería Álvarez y Select Aviation se constata que la operadora prestó a cada uno de ellos el servicio de red inteligente y en particular, la gestión y el encaminamiento de las llamadas. Todos ellos contienen cláusulas contractuales similares, recogiendo expresamente en las estipulaciones **[CONFIDENCIAL]** “una retribución” por minuto del tráfico generado hacia la numeración 902.

El importe de la retribución por minuto por el tráfico generado hacia la numeración 902 de los clientes varía según el contrato suscrito por Opera. Dicho importe oscila entre **[CONFIDENCIAL]**. Por otro lado, de la información aportada y analizada se deduce que los clientes Telecor y Select Aviation no satisfacen a Opera importes relacionados con la prestación del servicio por parte de dicho operador. Respecto a Armería Álvarez, el contrato no recoge pago alguno por parte del mismo a Opera por el servicio de red inteligente.

- B. El procedimiento de facturación seguido entre Opera y sus clientes de la numeración 902 -en los contratos analizados- era el mismo. **[CONFIDENCIAL]**. Se observa que las facturas emitidas por Opera únicamente se refieren al tráfico por minutos del rango 902.

¹⁷ Al escrito de requerimiento de información formulado por la instructora de 2 de febrero de 2021 (folios 473 y 474).

- C. Los clientes de la numeración 902 analizados o se portaron a Opera, según indican los mismos, o los números fueron facilitados por esa operadora.
- D. Las tres entidades que suscribieron contrato con Opera aportan las autofacturas emitidas en base a los informes emitidos con el logo de “Dialoga” u “Opera” que reflejan el tráfico generado hacia la numeración 902, así como los importes a retribuir por parte de Opera.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Objeto del presente procedimiento sancionador

De conformidad con el Acuerdo de incoación de 10 de diciembre de 2020 (folios 1 a 10), el objeto del presente procedimiento sancionador es determinar si Opera ha incumplido las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración y, en su caso, sancionar dicho incumplimiento.

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

Las competencias de la CNMC para 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 32/2003¹⁸, 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*”.

¹⁸ Actualmente, la LGTel.

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 nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital¹⁹.

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, Secretaría 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 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)²⁰.

En virtud de las anteriores competencias, de conformidad con los preceptos citados y 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.b) y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

Por otro lado, según el artículo 63 de la LPAC y el artículo 29.2 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 ello y de conformidad con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.a) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente procedimiento -Antecedente Segundo-.

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 6 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel. En virtud del referido artículo 2, en lo no previsto en estas normas regirán de forma supletoria las precitadas LPAC y LRJSP.

TERCERO. – Sobre las infracciones procedimentales en la tramitación del expediente sancionador alegadas por Opera

Tanto en su primer escrito de alegaciones, referido al acuerdo de incoación (folios 447 al 462) y en su escrito de contestación a requerimiento de 26 de febrero de 2021 (folios 569 al 584), como en su segundo escrito de alegaciones, relativo a la propuesta de resolución y presentado el 23 de septiembre de 2021, Opera se refiere a presuntos vicios o infracciones procedimentales. A continuación, se analizan pormenorizadamente dichas alegaciones.

3.1.- Sobre la irregularidad en el inicio del expediente

Opera señala que “no ha tenido conocimiento ni intervención en dichos expedientes seguidos ante la Dirección General de Consumo, a pesar de lo cual las actuaciones realizadas en el seno de los mismos han sido utilizadas para dar inicio a las actuaciones por parte de la CNMC, ocasionando indefensión a esta parte, toda vez que quien denuncia los hechos que dan lugar al inicio de actuaciones por la CNMC carece de toda competencia sobre tales hechos, ya que la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía podrá, en su caso, tener competencias para investigar si una empresa cumple o no con la normativa de consumo, pero en ningún caso para valorar y/o enjuiciar, siquiera indiciariamente, el alcance de la legalidad de los acuerdos suscritos entre dicha empresa y otras terceras, como lo sería cualquier operador con el que se hubiera formalizado acuerdos para la prestación de servicios telefónicos”.

La Junta de Andalucía tramitó los expedientes correspondientes en el marco de las competencias que tiene atribuidas en materia de vigilancia y control en la prestación de servicios de atención al cliente, prestados en este caso por las entidades Telecor, Select Aviation y Armería Álvarez. Y en base a la información obtenida, de conformidad con los artículos 61 y 62 de la LPAC, dicha

administración puso en conocimiento de esta CNMC a través de sus escritos de 21 de junio, 7 y 28 de octubre de 2019 los hechos por si pudieran justificar la iniciación de un procedimiento administrativo, en virtud de las competencias que ostenta la CNMC en materia de supervisión del uso de la numeración 902.

Los escritos de la Junta de Andalucía son denuncias en el sentido del artículo 62.1 de la LPAC, y cumplen los requisitos establecidos en dicho precepto. Los procedimientos sancionadores se abren de oficio por la CNMC -esto es, tomando en cuenta la denuncia pero en base a las averiguaciones de este organismo-, tal y como indica el artículo 63.1 de la LPAC, por lo que esta Comisión no comparte que haya habido indefensión por haberse presentado estas denuncias ante la CNMC.

Por otro lado, cabe recordar que Opera, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 53 de la LPAC, tomó acceso del expediente IFP/DTSA/035/19 mediante escrito de la DTSA el 29 de noviembre de 2019, incorporado al presente procedimiento sancionador el 14 de diciembre de 2020. Así mismo, se le dio traslado del acuerdo de incoación y ha formulado cuantas alegaciones ha considerado oportunas. Igualmente, tras nueva petición por su parte, Opera ha tenido acceso al expediente también con fecha 14 de septiembre de 2021. Finalmente, debe significarse que se ha procedido a dar traslado a esta empresa de todas y cada una de las actuaciones procedentes, en estricto cumplimiento de la normativa procedimental aplicable.

3.2.- Sobre la indebida acumulación de denuncias

En segundo lugar, Opera señala que *“Como se puede ver en los propios escritos, cada denuncia se refiere a hechos distintos, dimana de diferentes expedientes y tiene su propia casuística y peculiaridades, tal y como se expondrá más adelante en el presente escrito, sin que haya ni identidad de hechos, ni actuación única, conjunta o coordinada que justifique la acumulación realizada por la DTSA, lo que debe llevar a la separación de las actuaciones en distintos procedimientos”*.

Durante la tramitación del expediente de información previa IFP/DTSA/035/19 tuvieron entrada en la CNMC tres escritos de denuncia de la Junta de Andalucía (folios 16 al 36, 76 al 96 y 102 al 163), junto con documentación consistente a facturas emitidas por las entidades, observándose similitudes en el sujeto, objeto y periodo temporal.

Concretamente, como se ha analizado en el Hecho Probado Único, los contratos contienen clausulas similares -entre otras, la cláusula 4 y anexo-, las cuales hacen referencia al pago de una retribución a las entidades -abonados de la numeración 902- por el tráfico generado hacia dicho rango. Asimismo, como se ha analizado, Opera sigue el mismo procedimiento para el pago de dichas retribuciones, los abonados obtienen de la plataforma “Dialoga” “Opera” unos informes con el tráfico y los importes a percibir por el tráfico generado hacia la numeración 902, y sobre los mismos confeccionan sus autofacturas. Por otro

lado, de la información obrante se desprende que ninguna de las entidades satisface cantidades algunas a Opera por la prestación del servicio de red inteligente.

En definitiva, dada la existencia de identidad tanto en el sujeto, como en el objeto, en la práctica llevada a cabo, e incluso en el periodo temporal analizado, se consideró oportuna y necesaria la tramitación de un único expediente de información previa, y la incoación de un solo procedimiento sancionador, y todo ello en aras a garantizar el derecho de celeridad, junto con el de economía procesal, que deben regir en todo procedimiento administrativo, no habiéndose visto afectados los derechos de Opera por la tramitación de un solo procedimiento administrativo sancionador. Por último, los actos del expediente de información previa de referencia y el acuerdo de incoación del expediente sancionador respetan lo establecido en los artículos 55, 63 y 64 de la LPAC.

3.3.- Sobre la prolongación artificiosa e innecesaria de la duración del expediente de información previa

Opera señala que “Las actuaciones del previo expediente de información son muy exiguas, hasta el punto de que en realidad las mismas hubieran devenido innecesarias en su totalidad, puesto que finalmente parece que la incoación del expediente sancionador se realiza por el mero hecho de la existencia de los contratos suscritos por OPERA con terceros, estando ya tales contratos en poder de la DTSA desde el inicio.

Por tanto, la actuación de información previa era innecesaria, pero si la misma se estimó oportuna, lo que en ningún caso resulta admisible es que la misma se extendiera en el tiempo de forma innecesaria y artificial, como ha sido el caso. Por tanto, es evidente que desde un año antes de la incoación del expediente la CNMC disponía de todos los elementos que posteriormente ha entendido necesarios y suficientes para incoar el expediente sancionador que nos ocupa.

Y es evidente que, al margen de la pública suspensión de los plazos administrativos por efecto del COVID-19, no existe ninguna razón que justifique que durante un plazo tan enorme no se haya realizado ninguna actuación”.

Al respecto, el periodo de información previa -IFP/DTSA/035/19- se abrió a finales del mes de junio de 2019, y a partir de ese momento tuvieron entrada distintos escritos de la Junta de Andalucía (de fechas muy dispares) poniendo en conocimiento de la CNMC las prácticas previamente analizadas. Durante el citado periodo hubo que requerir a todas las entidades en varias ocasiones con el fin de aclarar, de conformidad con lo señalado en el artículo 55 de la LPAC, las circunstancias concretas puestas en conocimiento por parte de la Administración de Consumo y la concurrencia de los indicios necesarios para incoar el expediente, cumpliendo los requisitos del artículo 64 de la LPAC.

Por otro lado, Opera ha sido participe en la extensión del expediente de información previa IFP/DTSA/035/19, por cuanto rechazó algunas de las notificaciones remitidas por la CNMC, no dio cumplimiento a alguno de los trámites requeridos por la DTSA, o incluso dio cumplimiento a trámites transcurrido más de un mes (con retrasos considerables).

Procede recordar también que durante el citado periodo se adoptó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como la empresa conoce, su disposición adicional tercera estableció la suspensión de los plazos administrativos, reanudándose el cómputo de dichos plazos a partir del 1 de junio de 2020²¹.

3.4.- Sobre la presunta caducidad del presente procedimiento

Opera señala explícitamente, en las páginas 10 a 14 de su segundo escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021, relativo a la propuesta de resolución, que el presente procedimiento podría haber caducado por el transcurso del período de un año previsto en el artículo 84.4 LGTel en relación con el artículo 25.1.b) LPA. Así, en las páginas 10 a 11 de su escrito, el operador alega que:

Ante todo, según se desprende de los anteriores antecedentes, el expediente sancionador de referencia se encontraría caducado, por el tiempo trascurrido entre la apertura de las actuaciones previas (expte. núm. IFP/DTSA/035/19) y el Acuerdo de Incoación, muy superior a un (1) año, de forma absolutamente injustificada e irrazonable.

La caducidad se produciría porque, a juicio del operador, debería computarse el período anterior de informaciones previas, cuya prolongación considera injustificada y así lo indica en las páginas 13 a 14 de su escrito:

En efecto, las actuaciones previas al expediente sancionador de referencia generaron indudable inseguridad jurídica, como consecuencia de su infundada e irrazonable prolongación en el tiempo, atendiendo a la naturaleza y finalidad misma de dichas actuaciones. Es por ello por lo que no cabe sino concluir que tales actuaciones previas resultaban innecesarias por el tiempo transcurrido desde su apertura, y sólo sirviendo para reducir el alcance y duración de la instrucción del procedimiento sancionador, de forma contraria a la normativa y jurisprudencia aplicables. Así, tales actuaciones previas, seguidas sin solución de continuidad por la formalización del Acuerdo de Incoación, pueden y deben computar como parte del plazo máximo de tramitación que esa CNMC debe respetar en todo caso, en sus actuaciones de carácter y con función

²¹ El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, señala: “Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas”.

sancionadora, como las seguidas contra la Sociedad. Y, por tanto, transcurrido con creces ese plazo máximo, el procedimiento sancionador de referencia debería darse por ya caducado y, de este modo, como inidóneo para conducir a la imposición de sanción alguna, tal y como prescribe el antes citado art. 25.1.b) LPAC.

Al respecto debe reiterarse, por un lado, lo ya expuesto en el subapartado anterior de esta misma resolución, esto es, que la duración del periodo de información previa IFP/DTSA/035/19 se debió a:

- Los diversos requerimientos de información remitidos y la observancia de los artículos 55 y 64 LPA.
- La conducta renuente de Opera, rechazando algunas de las notificaciones de esta Comisión, no dando cumplimiento a alguno de los trámites requeridos o haciéndolo muy tardíamente.
- La adopción del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 cuya disposición adicional tercera estableció la suspensión de los plazos administrativos, reanudándose el cómputo de dichos plazos a partir del 1 de junio de 2020²².

Por otro lado, tal y como se desprende del Antecedente de hecho segundo, al haberse incoado el expediente en fecha 10 de diciembre de 2020, aún no ha transcurrido el plazo de caducidad del artículo 84.4 LGTel. Respecto a una alegación idéntica a la formulada por Opera en este procedimiento, esta Comisión ya se pronunció en la página 24 de la Resolución SNC/DTSA/060/20 de 07 de octubre de 2021 (Incumplimiento Grupo Dialoga – Opera) en los siguientes términos²³:

Sin embargo, debe recordarse lo señalado por el Tribunal Supremo en el Fundamento Séptimo de la Sentencia nº 1123/2017 de 26 de junio de 2017 (RC 03/2468/2015) relativa a una resolución sancionadora dictada por esta Comisión, que excluye las diligencias o informaciones previas del cómputo de la caducidad en los procedimientos sancionadores:

*En igual sentido, las sentencias de esta sala de 14 de junio de 2013 (recurso 3568/2010) y 30 de septiembre de 2014 (recurso 4327/2011), reiteran que **el día inicial del cómputo del plazo de caducidad es la fecha de***

²² El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, señala: “Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas”.

²³ <https://www.cnmc.es/node/383844>.

incoación del procedimiento sancionador, y que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar de investigación.

Y, en este caso concreto, como se desprende del Antecedente de Hecho Sexto, el acuerdo de incoación es de fecha 15 de octubre de 2020, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de caducidad del procedimiento.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho probado Único

El presente procedimiento sancionador se inició contra Opera 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 Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT).

1.1.- Sobre las obligaciones de los operadores con relación a la numeración asignada

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 diciembre²⁴:

²⁴ (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”.

“6. Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios que permitan efectuar y recibir llamadas a números del plan nacional de numeración telefónica deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional y, cuando permitan llamadas internacionales, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio del derecho del usuario de desconexión de determinados servicios.

(...)

9. Todos los operadores y, en su caso, los fabricantes y los comerciantes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones que se adopten por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de numeración, direccionamiento y denominación”.

Por 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 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.

1.2.- Sobre el incumplimiento por parte de Opera de las obligaciones impuestas por el ordenamiento sectorial en materia de numeración

De la instrucción del expediente sancionador, como se ha señalado en el **Hecho Probado Único**, ha quedado acreditado que Opera, operador inscrito para la prestación del servicio telefónico disponible al público (STDP)²⁵ contrató con tres entidades la prestación del servicio de red inteligente 902. En dichos contratos se contempla la recogida de las llamadas generadas por usuarios desde la red de terceros operadores de telefonía fija, o en su caso, de telefonía móvil y con destino a los números 902 asignados o portados a Opera, así como el encaminamiento de dichas llamadas. Todos los contratos contienen las mismas cláusulas, y respecto a la retribución por parte de Opera a los abonados de la numeración 902, los importes por minuto oscilan entre **[CONFIDENCIAL]**.

Atendiendo a los términos de los contratos y a la naturaleza de las relaciones entre Dialoga y las distintas entidades, éstas son abonados receptores de servicios de telecomunicaciones -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-.

Asimismo, ha quedado acreditado que el procedimiento de facturación seguido entre Opera y sus clientes por el tráfico generado hacia la numeración 902 es el mismo. Concretamente, **[CONFIDENCIAL]**. Las facturas sólo se refieren a tráfico generado hacia la numeración 902.

Por otro lado, los contratos no prevén un pago por parte de los clientes 902 a Opera en concepto de cuota mensual de abono al servicio de cada número 902 contratado o por la prestación de servicios de telecomunicaciones, y en las facturas analizadas no se ha constatado pago alguno.

Por consiguiente, de lo anterior se concluye que Opera retribuyó a los clientes de sus servicios 902 Telecor, Armería Álvarez y Select Aviation, entre enero de 2017 y enero de 2021.

²⁵ Opera consta inscrito en virtud de la Resolución de 30 de noviembre de 2000 (RO 2000/3233) para la prestación del servicio telefónico fijo y explotación de una red de comunicaciones electrónicas, entre otros servicios.

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 361/2002²⁶ y la Orden de tarificación adicional²⁷ definen los servicios de tarificación adicional como aquellos servicios prestados que, a través de la marcación de un determinado código, conlleven una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros. El hecho de 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.

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 de retribuir al llamado-usuario de numeración 902 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*

²⁶ 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).

²⁷ 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.

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 al cliente, 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 las relaciones contractuales analizadas, se establecen retribuciones directas a los abonados, no tratándose de descuentos sobre cantidades a pagar por dichos abonados, facturando incluso los propios abonados al operador de comunicaciones electrónicas.

Opera, como operador prestador del STDP fijo, viene obligado a conocer los usos permitidos a través de la numeración 902 y las obligaciones establecidas para dicha numeración, 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. Asimismo, debe tenerse en cuenta que Opera tenía asignado, en el momento de producirse la infracción, distintos bloques del rango de numeración 902²⁸ y, por tanto, conocía el uso que debía darse a través del rango 902 y es una numeración que ha utilizado comercialmente.

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Opera 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, retribuyendo por el tráfico generado hacia la numeración 902 contratada por los clientes Telecor,

²⁸ Los bloques asignados son los siguientes: 902091, 902550, 902930, 902931, 902932, 902933 y 902934 mediante distintas Resoluciones adoptadas tanto por la CMT el 18 de enero de 2001 (DT 2000/3273), 23 de julio de 2003 (DT 2003/1097), 4 de marzo de 2004 (DT 2004/406), 17 de febrero de 2011 (DT 2010/1690).

Armería Álvarez y Select Aviation, en el periodo comprendido entre enero de 2017 y enero de 2021.

1.3.- Sobre las alegaciones de Opera relativas a la inexistencia de infracción, falta de tipicidad y de normativa que ampare la imposición de sanción

A continuación, se proceden a analizar las cuestiones principales planteadas por Opera en el presente expediente y, en particular, en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 447 al 462) y en su escrito de contestación a requerimiento de 22 de febrero de 2021 (folios 569 al 584) relativas a la presunta inexistencia de infracción y de normativa que sustente la imposición de sanción en este caso concreto, y en relación con la falta de tipicidad expuesta por el citado operador en las páginas 14 a 20 de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 23 de septiembre de 2021.

1.3.1.- Sobre la inexistencia de infracción y falta de tipicidad

En las páginas 14 a 16 de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de 23 de septiembre de 2021, Opera distingue entre “abonado” y “abonado llamado”, considerando que únicamente en el segundo caso resultaría de aplicación la infracción del artículo 77.19 LGTel:

A este respecto, esa CNMC yerra por completo al equiparar al simple “abonado” con el “abonado llamado”, aludiendo impropiaemente a la definición de aquel primer concepto contenida 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 disponibles para el público para la prestación de dichos servicios”, para seguidamente afirmar que, en particular, SELECT AVIATION y TELECOR reúnen la condición de “abonados” receptores de servicios de telecomunicaciones (“en el sentido del Anexo II”, afirma). Sin embargo, sucede que ninguna de estas entidades reúne la condición de “abonado llamado”, único relevante a los efectos de aplicar el tipo infractor del art. 77.19 LGTEL.

A esta alegación hay que responder que la misma ya ha sido desestimada en el Fundamento Séptimo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso PO 08/1060/2018) por constar acreditada, como en este caso, la facturación del infractor a sus abonados con relación a la numeración 902:

Se acreditó así en el expediente administrativo que N.B. facturó en el año 2015 un importe total por el tráfico generado hacia la numeración 902 que ascendió a una cifra determinada y a otra cifra determinada en el año 2016.

A) En la relación contractual con Telecor

Opera señala al respecto que:

“En relación al contrato suscrito con TELECOR, SL (en adelante, TELECOR), el contrato de fecha 20 de diciembre de 2004 suscrito entre las partes recoge en su Estipulación Cuarta, apartado primero, que «OPERA abonará a TELECOR, previo cumplimiento de los términos acordados en el presente contrato, el tráfico generado en los números asignados conforme a lo establecido en el Anexo que se acompaña al presente contrato como parte integrante del mismo».

Sin embargo, de la citada estipulación de ninguna forma puede concluirse que OPERA está remunerando a un cliente final en función del número o volumen de llamadas recibidas en numeración del rango 902, que es el acto presuntamente infractor por el que se interpone la denuncia por parte de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía y por el que se incoa el expediente sancionador.

Y ello es así porque tanto la Dirección General de Consumo como la CNMC no tienen en cuenta que TELECOR es, al igual que OPERA, un operador de telecomunicaciones debidamente autorizado por la propia CNMC (...)

Por tanto, existe un contrato entre dos operadores de telefonía (OPERA y TELECOR) y en virtud de lo acordado OPERA remunera a TELECOR por el tránsito de llamadas y servicios prestados, como lo hace con el resto de operadores de forma habitual dentro de su normal actividad, sin que exista en ello ninguna irregularidad, ni infracción normativa alguna”.

En el Hecho probado Único consta acreditado que en el contrato suscrito por Opera y Telecor, este último, pese a ser operador -inscrito en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas para prestar servicios de reventa del servicio telefónico fijo²⁹-, contrató los servicios de red inteligente no a nivel mayorista como operador para prestar otros servicios de telecomunicaciones en el mercado, sino a nivel minorista como abonado llamado para el encaminamiento de las llamadas dirigidas a sus números 902, retribuyéndose dichas llamadas por el tráfico generado hacia dicha numeración. Asimismo, Telecor señaló a través de su escrito de 19 de febrero de 2021 que éste actuó como usuario final de los servicios de red inteligente, concretamente como gestor del Grupo Corte Inglés³⁰ y no como operador, por cuanto existe un acuerdo dentro del Grupo El Corte Inglés para que Telecor gestione los servicios de telecomunicaciones como gestor y no como operador. Por tanto, no resultan admisibles las anteriores alegaciones de Opera, que han sido reiteradas en las

²⁹ RO 2001/5230 y RO 2006/106.

³⁰ Según consulta a la base de datos Investiga, Telecor forma parte del Grupo El Corte Inglés.

páginas 17 a 18 de su escrito de 23 de septiembre de 2021. En dicho escrito se adjunta como Documento 2 un extracto de las páginas de El Corte Inglés en cuya página 5 figura un número 902 como teléfono de contacto para pedidos.

Sobre la naturaleza de la entidad que recibe las retribuciones y la responsabilidad del operador asignatario de la numeración 902 ha tenido ocasión de pronunciarse la Audiencia Nacional en su sentencia de 26 de febrero de 2021 (recurso contencioso-administrativo número 1060/2018) al señalar que *“Eagertech facilitó, como titular de la asignación, a New Business [operador de comunicaciones electrónicas], según señala en su escrito de 28 de agosto de 2015 (folios 432 a 449 del expediente), 446 números del rango 902 para su comercialización. Por tanto, Eagertech (actual MASVOZ) era el responsable legal del uso de la citada numeración, y si conocía el uso indebido de la misma debería haber rescindido el contrato con New Business y/o haber puesto en conocimiento de la CNMC dicho uso indebido; pero, sin embargo, no hizo ni lo uno ni lo otro.*

Como se ha recogido en el fundamento jurídico anterior el artículo 31 pfo. 1 del Reglamento de Mercados establece la obligación para los operadores de que las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional sean cursadas en los términos que se especifican en el PNNT. Por lo tanto, si la recurrente en las situaciones descritas en los hechos probados de las resoluciones impugnadas, que no son puestos en entredicho por la parte actora respecto de uno de los expedientes, aunque si respecto del 140/2017, ha retribuido el tráfico telefónico hacia números 902, ha incumplido las obligaciones impuestas en el Reglamento de Mercados y en el PNNT”.

Por consiguiente, a la luz de lo señalado anteriormente, Opera tenía la obligación de cursar las llamadas 902 en los términos señalados en el PNNT, debiendo haber modificado el contrato con Telecor para eliminar esa retribución a las llamadas 902, pero no lo hizo.

B) En la relación contractual con Select Aviation

Respecto a la relación que mantuvo con Select Aviation -hasta febrero de 2021 de conformidad con el burofax remitido por dicha empresa resolviendo unilateralmente el contrato de 20 de octubre de 2008-, Opera señala que:

“La realidad es que OPERA en ningún caso y bajo ningún concepto ha suscrito contrato alguno con la compañía AER LINGUS, ni ha remunerado a dicha entidad por ningún concepto”.

Como es habitual en el sector de telecomunicaciones, las operadoras suscriben en el mercado acuerdos comerciales para la promoción de sus productos y servicios, remunerando la prestación de dichos servicios en función del resultado obtenido. Y este es precisamente el caso con SELECT AVIATION entidad con la que contrató, entre otros, servicios de información para terceros (entre ellos AER

LINGUS), recibiendo dicha parte una remuneración en función del volumen de llamadas a modo de comisión”.

Y en la página 17 del escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021, Opera añade que:

*Tal y como ya avanzamos en antecedentes, sólo AER LINGUS era el llamado bajo tales numeraciones 902, recibiendo todas las llamadas de los usuarios finales, porque, precisamente, aquellas numeraciones se utilizaban para contactar con AER LINGUS, exclusivamente (no, por tanto, con SELECT AVIATION). Así se desprende del **Documento núm. 1** adjunto, consistente en un extracto de la página web de AER LINGUS, donde se publicitaban sus números de contacto, incluyendo las reiteradas numeraciones 902 contratadas por SELECT AVIATION.*

En la página 2 del Documento núm.1 aportado por Opera figuran dos números 902, uno destinado para efectuar reservas generales y otro para realizar reservas de grupos.

Del Hecho Probado Único ha quedado acreditado que Opera mantuvo una relación jurídica con Select Aviation, y no con Aer Lingus, estableciéndose una retribución a la primera entidad, por minuto generado hacia la numeración 902 y en función del origen de la llamada, como se analizó anteriormente.

La conducta que contraviene lo dispuesto en el PNNT es la retribución satisfecha por Opera por el tráfico generado hacia la numeración contratada por Select Aviation a la luz del contrato suscrito por ambos, quedando al margen del presente procedimiento la relación mantenida con Aer Lingus, debiendo recordarse que, según se ha indicado anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso contencioso-administrativo número 0001060/2018) que Opera era responsable, como operador asignatario de la numeración, del buen uso de la misma de conformidad con el PNNT.

C) En la relación contractual con Armería Álvarez

Por último, respecto de la relación jurídica mantenida con la entidad Armería Álvarez, Opera señala que *“La retribución que OPERA ha venido realizando a ARMERÍA ALVAREZ en virtud del contrato suscrito en ningún caso es una remuneración por llamadas recibidas, sino que se trata, como también es habitual en el sector, de descuentos o bonificaciones comerciales en función del tráfico que dicha entidad mantiene, lo que constituye una práctica totalmente lícita y admitida por la propia CNMC a la que nos dirigimos”*. Para ello, Opera alude al Acuerdo adoptado por la CNMC el 8 de mayo de 2019 por el que archivó el expediente de información previa por el supuesto uso indebido de la numeración 902 de Telefónica de España. S.A.U.

En el Hecho Probado Único ha quedado acreditada la existencia de una retribución directa por el tráfico generado hacia la numeración 902 a favor de la citada entidad, no desprendiéndose ni del contrato, ni de las autofacturas la existencia de ningún descuento o bonificación a diferencia de los hechos constatados en el expediente de información previa referenciado - IFP/DTSA/027/18-, en el cual se analizó un contrato suscrito entre Telefónica y su cliente, que contenía “*disposiciones referentes a descuentos por el tráfico generado desde líneas móviles o fijas facilitadas por ésta a su cliente, así como descuentos aplicables sobre la cuota del servicio de red inteligente relacionado con el volumen de minutos generados hacia determinada numeración, entre la que se encuentra la de red inteligente*”.

En cualquier caso, el contrato contempla expresamente que Armería Álvarez no satisfará importe alguno relativo a la cuota mensual por la prestación de los servicios contratados por Opera, por lo que no puede existir un descuento sobre el precio de un servicio cuyo importe es 0€.

1.3.2.- Sobre la inexistencia norma que ampare la imposición de sanción

En último lugar, Opera señala que:

“El TJUE, cuyas sentencias son de obligado cumplimiento por todos los Estados miembros de la Unión Europea, establece y deja bien claro que no es contrario a la normativa comunitaria, y por tanto no es ilegal, que el comerciante (titular de la línea) pueda obtener beneficio con la numeración usada para relacionarse con el usuario / consumidor, siempre y cuando el coste de la llamada a una línea telefónica de asistencia operada por dicho comerciante, en relación con un contrato celebrado, no exceda del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar.

Por tanto, un beneficio que un titular de línea pudiera obtener por cualquier medio, incluyendo las que afecten a las numeraciones del rango 902, no es contrario a derecho, salvo que se acreditara que con ello se hubiera establecido un coste superior al coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar, circunstancia que en este caso no se ha alegado ni probado en forma alguna”.

Dicha cuestión ha sido tratada en el marco de distintos expedientes -el periodo de información previa IFP/DTSA/422/15, y el procedimiento sancionador SNC/DTSA/016/19³¹-, ambos conocidos por las empresas del grupo empresarial Dialoga, por ser interesados en dichos expedientes, por lo que se dan por reproducidos los argumentos contenidos en el acuerdo que puso fin al primer expediente y la propuesta de resolución de la instructora en el segundo expediente. Se recuerda que el procedimiento sancionador citado se resolvió con

³¹ Incoado a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los recursos públicos de numeración 902.

reconocimiento de responsabilidad y pronto pago de sanción por parte de Dialoga. A modo de conclusión, dichos actos de la CNMC señalaron que: *“Por tanto, al Tribunal Europeo, en el marco de los servicios de atención al cliente y en aras a garantizar los derechos de consumidor, considera que siempre que se respete ese límite –que el coste no supere el precio de una llamada fija o móvil-, es irrelevante, desde el ámbito de la Directiva de derechos de los consumidores, que el comerciante perciba un beneficio.*

No obstante, debe tenerse en cuenta la regulación existente en materia de telecomunicaciones, concretamente en este caso el PNNT, que contempla la prohibición de la retribución al abonado llamado que use el rango 902. Esta regulación se refiere a las relaciones con el abonado llamado, en el ámbito de la numeración concreta utilizada, y se arbitra en una esfera distinta de la aplicable a la normativa de protección de derechos de los consumidores y usuarios, que regula los derechos que asisten a los consumidores en sus llamadas al servicio de atención al cliente de cualquier empresa.

Como se ha señalado anteriormente, el incumplimiento de esta previsión supone una vulneración de las condiciones generales de la numeración, con independencia de que a través del rango 902 se presten o no servicios de atención al cliente –sobre los usos de los 902 no establece nada el PNNT-, no pudiéndose, en consecuencia, trasladarse los efectos señalados por la sentencia (en el marco de la protección de los derechos de los consumidores) al presente supuesto”.

SEGUNDA. – Responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador³², 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

³² Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

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 ilícito³³.

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 (STS de 22 de noviembre de 2004³⁴) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

El tipo de infracción contenido en el artículo 77.19 de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no utilizar la numeración asignada o explotada de acuerdo con la norma.

En este sentido, se ha constatado la intención deliberada de Opera de incumplir la normativa (el PNNT) pues ésta no ha sido modificada desde su aprobación en el año 2004 y, además, han sido numerosos los pronunciamientos por parte de la CNMC en materia de incumplimientos de las condiciones de uso de la numeración 902 desde hace ya varios años. Estos pronunciamientos incluyen actuaciones de apertura de informaciones previas y de incoación de procedimientos sancionadores a diversos operadores, entre los que se encuentra la propia empresa Opera y otro operador de su grupo empresarial. En todo caso, de tales actuaciones consta que ha tenido conocimiento y/o ha podido tenerlo en su condición de parte interesada y/o a través del acceso público desde la página Web de esta Comisión.

En particular, se ha constatado, en el Hecho Probado Único, la intención deliberada de Opera de incumplir la normativa citada y, más aún, de ocultarlo.

³³ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

³⁴ RJ 2005/20.

Véase, cuando Opera propone a Select Aviation, a través del correo electrónico de 3 de febrero de 2020, la necesidad de incluir en las autofacturas que emitía (Select Aviation) y relativas a la retribución que recibe por el tráfico 902, un concepto distinto *“Descuentos mes correspondiente”* o *“Subvenciones mes correspondientes”* y que vendría a sustituir al contenido hasta el momento *“retribución 902 mes correspondiente”*. Y añade el citado correo que la operadora no podrá pagar la factura si no consigna en ésta el nuevo concepto, concluyendo: *“por favor enviadnos de nuevo la factura con el concepto indicado”* (folios 531 al 533).

Dicha aclaración responde a la preocupación que Select Aviation le pone de relieve a través de los correos electrónicos remitidos a Dialoga los días 19 y 25 de enero de 2021³⁵ sobre la *“prohibición de uso 902”* tras una eventual conversación a principios de enero, solicitando expresamente claridad respecto a qué *“alternativas nos ofrecéis y cuando lo podemos implementar para no incurrir en ilegalidades, que es nuestra máxima prioridad”*.

Opera alega la ausencia de dolo en su conducta.

Pues bien, ante todo, cabe reseñar que, en el ámbito de la numeración, ya se han pronunciado los tribunales y, en concreto, tal y como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 9 de octubre de 2020 (Rec, 717/2018), el artículo 77.19 de la LGTel *“no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y, en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención”*.

Pues bien, en el presente caso y contrariamente a lo alegado por Opera en su escrito de alegaciones al respecto, queda constatado que, incluso tras la insistencia de Select Aviation para recibir alternativas comerciales, Opera (Dialoga) no tiene voluntad de poner fin a la retribución irregular de la numeración 902, dado que, en lugar de modificar las condiciones contractuales con otras alternativas comerciales como se le solicita, sin embargo, mantiene las mismas, pero instando únicamente a un mero cambio semántico en el concepto reseñado en las facturas. Dicha voluntad infractora por parte de Opera también queda acreditada, desde el momento en el que, siendo consciente del incumplimiento de lo dispuesto por la normativa, simultáneamente tampoco modifica para adecuarlos al ordenamiento jurídico ni muestra su intención de rescindir los otros dos contratos referenciados en el hecho probado del presente procedimiento (con Armería Álvarez y Telecor) que contienen las mismas cláusulas retributivas

³⁵ Folios 538 al 530 del presente expediente.

y manteniendo el mismo régimen de facturación (“*Reversión 902 mes correspondiente*” o “*Reversión tráfico mes correspondiente*”).

Por todo ello se concluye que la conducta infractora cometida por Opera corresponde ser imputada a título de dolo, a la luz de lo acreditado en el Hecho probado Único.

Las anteriores conclusiones no se ven afectadas por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

TERCERO. – Determinación y cuantificación de la sanción

3.1.- Límite legal de la cuantía 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 máxima 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 Opera consiste en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los recursos de numeración de tarifas especiales 902 -tipo contenido en el artículo 77.19 de la LGTel.

De conformidad con el artículo 79.1.c) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

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

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

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por incumplimiento (i) el doble del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de una infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) dos millones de euros.

Por este motivo, y en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio obtenido por la comisión de la infracción. Para ello, es necesario calcular los ingresos y los gastos derivados de la comisión de la infracción.

En este supuesto concreto no puede determinarse el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción, en la medida en que la infracción cometida consiste precisamente no en un ingreso del infractor sino en un pago realizado al cliente, a través de la retribución analizada. Cabe recordar que esta posibilidad (la retribución) surge por el margen que obtienen los operadores de acceso o de red de los clientes que llaman a la numeración 902 y los costes en que incurren en su actividad. Por tanto, el beneficio sería indirecto y estaría relacionado con la consecución y fidelización del cliente, gracias en gran parte a las retribuciones pagadas –por el hecho de conseguir contratar el servicio con ese específico cliente 902 y cursar un mayor tráfico a través de numeraciones 902, al ser más atractiva su oferta que la de otros competidores-; dicho beneficio indirecto se añadiría al volumen de ingresos obtenidos en el ejercicio de su actividad prestada específicamente por Opera a Telecom, Select Aviation y Armería Álvarez.

Constan en el presente expediente las cantidades retribuidas por Opera a sus abonados llamados de la numeración 902 por el tráfico generado hacia dicha numeración. Concretamente, entre enero de 2017 y enero de 2021 el importe ascendió a **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, dichas cantidades no son beneficios procedentes de la comisión de la infracción, sino las cantidades compartidas de los ingresos obtenidos por la terminación de la numeración 902 que obtiene Opera a nivel mayorista.

Por consiguiente, resulta imposible calcular el beneficio bruto obtenido directamente por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción.

Teniendo en cuenta lo anterior, 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.

3.2.- Aplicación de los criterios legales de graduación de las sanciones

En este epígrafe se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRJSP.

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

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*

e) *El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*

f) *La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*

g) *El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

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

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP 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.*

En el presente procedimiento se considera que no concurren criterios atenuantes de la sanción. Sin embargo, se considera que concurre el criterio agravante de la **continuidad o persistencia en la conducta infractora**.

De la información contenida en el presente expediente ha quedado acreditado que entre enero de 2017 y enero de 2021 Opera retribuyó a “abonados llamados” de la numeración 902.

Sin embargo, Opera, en las páginas 31 a 32 de su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021, argumenta que no puede aplicarse la circunstancia agravante de continuidad al no concurrir un necesario elemento “volitivo” o “subjetivo”:

De este modo, la voluntad del sujeto de persistir en la actividad infractora es presupuesto necesario para que concurra el agravante de referencia; o, en otros términos, para apreciar “continuidad o persistencia en la conducta infractora” se

precisa de la intención clara por parte del presunto infractor de realizar el hecho ilícito con prolongación en el tiempo.

Frente a esta afirmación debe indicarse, tal y como ha quedado constatado, en el presente caso, concurre la agravante de continuidad y persistencia en la conducta infractora como criterio de graduación de la sanción por cuanto Opera tenía pleno conocimiento de que estaba incumpliendo el régimen retributivo de los 902 y, pese a ello, continuó haciendo un mal uso de la retribución a esta numeración, negándose reiterada y manifiestamente a cesar en su conducta infractora, proyectándola durante más de tres años. En este caso concreto, Opera no ha adoptado medidas en relación con la numeración asignada para garantizar la correcta observancia del PNNT y, además, debe recordarse la remisión de su correo electrónico para esconder mediante un cambio en la denominación de los pagos de las facturas emitidas el hecho de la existencia (mantenimiento) de retribuciones por llamadas, tal y como se ha indicado anteriormente en esta resolución.

Por otro lado, y en aras a respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de cada una de las sanciones 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.

Por otra parte, constan en la CNMC los datos aportados por Opera para fines estadísticos, que reflejan las siguientes cifras en relación con el año 2020:

- El operador declaró ingresos por el **servicio de interconexión (terminación a nivel mayorista) de red inteligente 902** que ascendieron a **[CONFIDENCIAL]€**.
- Y en relación con el total de **ingresos obtenidos por la interconexión a red inteligente**, declaró un importe de **[CONFIDENCIAL]€**.

Opera no ha presentado ni los ingresos obtenidos a nivel mayorista (por la terminación 902) ni los costes devengados de la prestación de los servicios 902, los cuales fueron requeridos mediante escrito de la instructora el 2 de febrero de 2021 (folios 463 al 465).

No obstante, constan, según la información que obra en este organismo, los ingresos brutos de explotación declarados por ésta para el pago de la tasa general de operadores (TGO) en el ejercicio 2018 cuyo importe ascendió a un total de **[CONFIDENCIAL]**.

El importe contenido en las cuentas anuales refleja la cifra de negocio obtenido por una empresa, esto es, los ingresos obtenidos por Opera, en relación con todas sus actividades, además de la prestación del servicio telefónico disponible al público, y que revela cuál es la situación económica global más reciente.

No obstante, en las páginas 28 a 29 de su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021, Opera se opone a la aplicación del criterio de la cifra de negocios para graduar la sanción al considerar más adecuados los beneficios o ganancias obtenidos.

En respuesta a esta alegación debe recordarse lo ya dicho por esta Comisión en su Resolución SNC/DTSA/060/20 de 07 de octubre de 2021 (Dialoga)³⁶ sobre la validez de emplear la cifra o volumen de negocios para graduar las sanciones:

En este sentido, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1445/2018 de 1 de octubre de 2018 (RC 03/2599/2016) consideró el importe de los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio como un criterio válido para calificar la menor o mayor gravedad de la conducta del operador.

Igualmente, frente a la manifestación de Opera respecto de la incorrecta aplicación del criterio de “capacidad económica”, baste insistir en que la valoración llevada a cabo por esta Comisión es correcta y se basa en los datos obrantes en la misma y, además, cabe reseñar que se trata de una mera afirmación respecto de la que la empresa no aporta prueba alguna que la sustente, máxime tomando en consideración que la propia Opera tampoco cumplimentó el requerimiento evacuado durante la instrucción del procedimiento respecto a su aportación de los ingresos obtenidos a nivel mayorista (por la terminación 902) ni los costes devengados de la prestación de los servicios 902.

Finalmente, Opera, en las páginas 33 a 34 de su escrito de alegaciones de 23 de septiembre de 2021, señala la concurrencia de dos circunstancias atenuantes no consideradas por esta Comisión: por un lado, el grado de culpabilidad (artículo 29.3.a) LRJSP) al concurrir principalmente culpa y no dolo en la comisión de la infracción; y, por otro lado, la escasa gravedad o repercusión social de la infracción cometida (artículo 80.1.b) y d) LGTel) por el reducido número de numeraciones 902 afectadas por la misma.

Con relación al grado de culpabilidad, su imputabilidad a título de dolo ha quedado ya debidamente analizada y acreditada en el fundamento segundo. Y con referencia a la pretendida escasa gravedad o repercusión social de la infracción, debe señalarse, además de la importancia de garantizar el cumplimiento de las normas de uso de la numeración 902 según se recuerda en el Fundamento Octavo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2021 (recurso PO 08/1060/2018)³⁷ el hecho no cuestionado por Opera de que

³⁶ <https://www.cnmc.es/node/383844>.

³⁷ (...) la norma y la decisión administrativa sancionadora dictada en aplicación de la misma encuentran su fundamento en la exigencia de garantizar el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones: que se cumplan 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, las condiciones de utilización de la numeración 902. En este caso, a la responsable del uso de la numeración asignada.

este tipo de numeración 902 es utilizada por sus abonados para prestar servicios de carácter masivo a los clientes de los abonados (p.ej. servicio de atención al cliente de Telecor) por lo que tiene una indudable repercusión social. Todo ello, sin perjuicio que la cantidad de números 902 afectados sí ha sido tomando en consideración.

En resumen, deben rechazarse las atenuantes alegadas por Opera en los términos expresados.

3.3.- Cuantificación de la sanción

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar las sanciones, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, 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 las comisiones 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 disuasión³⁸.

³⁸ 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

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 Opera, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

- Se imputa a Opera la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel, entre enero de 2017 y enero de 2021, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución de los recursos de numeración 902.
- Dicha infracción se imputa a título de dolo.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Opera es de 2.000.000 €.
- La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, no habiendo podido determinar el beneficio bruto de dicha comisión.
- Se estima que concurre el siguiente criterio de graduación que ha de agravar la sanción a imponer, consistente en la persistencia en la conducta por parte de Opera.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor.

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 LRJSP y en el artículo 80.1 de

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

la LGTel, a la vista de la actividad infractora y de los elementos anteriores, y teniendo particularmente en cuenta la situación económica de la empresa y el criterio de graduación que concurre, se considera que procede imponer una sanción económica de **sesenta y cinco mil euros (65.000 €)**.

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.- Declarar responsable directa a la entidad Operadora de Telecomunicaciones Opera, 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 y del otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración.

SEGUNDO.- Imponer a Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. una sanción por importe de **sesenta y cinco mil euros (65.000€)**.

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