

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SNC/DTSA/091/22 INCOADO A DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

(SNC/DTSA/091/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 11 de mayo de 2023

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada y en virtud de la función establecida en el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), la Sala de la Supervisión Regulatoria, ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes:

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
PRIMERO.- Expediente IFP/DTSA/008/22	2
SEGUNDO.- Acuerdo de incoación	3
TERCERO.- Instrucción del procedimiento	4
CUARTO.- Propuesta de resolución y tramite de audiencia.....	5
QUINTO.- Cierre de instrucción y elevación del procedimiento al órgano competente para su resolución.....	6
SEXTO.- Informe de la sala de competencia.....	6
II. HECHOS PROBADOS	7
ÚNICO.- Dialoga retribuyó a Movelia Tecnologías por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el periodo comprendido entre enero de 2021 y febrero de 2022.....	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES	8
PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador.....	8
IV. FUNDAMENTOS JURIDICO MATERIALES	10
PRIMERO.- Tipificación de los Hechos probados	10
SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.....	14
TERCERO.- Cuantificación de la sanción aplicable.....	15
RESUELVE	22

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Expediente IFP/DTSA/008/22

Con fecha 18 de febrero de 2022, se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía por el que se trasladaba la documentación obtenida en el marco de las actuaciones de vigilancia y control en relación con el servicio de atención al cliente telefónico prestado a través de la numeración 902 por Movelia Tecnologías, S.L. (Movelia Tecnologías)¹ -folios 15 al 56 del expediente administrativo-.

Concretamente, dicha Administración ponía en conocimiento de esta Comisión una presunta remuneración por parte de Dialoga Servicios Interactivos, S.L., (Dialoga) a Movelia Tecnologías por el tráfico generado hacia la numeración 902. Entre otra documentación, la Junta de Andalucía aportó el contrato suscrito entre Movelia Tecnologías y Dialoga, de fecha 10 de diciembre de 2008, para la prestación de servicios de red inteligente 902.

Mediante un escrito de fecha 14 de marzo de 2022, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (DTSA), solicitó a Movelia Tecnologías determinada información en el marco del expediente de diligencias previas IFP/DTSA/008/22 con el objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía (folios 57 a 61). El citado requerimiento fue reiterado por la DTSA mediante un escrito de fecha 29 de marzo de 2022 (folios 67 a 72).

Con fecha 31 de marzo de 2022 tuvo entrada en el registro de esta Comisión el escrito de Movelia Tecnologías de contestación al requerimiento señalado (folios 73 a 120).

En el marco del expediente de diligencias previas IFP/DTSA/008/22, con el objeto de conocer los hechos puestos de manifiesto por la Junta de Andalucía, mediante escrito de fecha 21 de abril de 2022, la DTSA dio traslado de la denuncia a Dialoga y le solicitó determinada información (folios 121 a 125).

Con fecha 16 de mayo de 2022, tuvo entrada el escrito de contestación de Dialoga en el que formula distintas alegaciones y aporta cierta documentación (folios 126 a 140).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación

Por acuerdo de fecha 26 de mayo de 2022 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra

¹ Referencia del expediente 21-360-21.

Dialoga, 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 de 2014), 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 particular, se consideraba que Dialoga podría haber retribuido al abonado llamado de la numeración 902, Movelia Tecnologías, por el tráfico generado hacia la citada numeración.

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al expediente del presente procedimiento de la documentación obrante en el expediente de referencia IFP/DTSA/008/22 (folios 15 al 140).

El acuerdo de incoación se notificó mediante escrito de 1 de junio de 2022 a Dialoga (folios 12 a 14).

TERCERO.- Instrucción del procedimiento

3.1. Con fecha 30 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro de la CNMC una solicitud de Dialoga de acceso al expediente (folios 141 al 144).

Mediante escrito de 7 de julio de 2022 se acordó dar traslado de la documentación obrante en el expediente (folios 149 y 150). El citado acuerdo fue debidamente notificado el 11 de julio de 2022 (folios 151 al 153).

3.2. Por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2022 la instructora requirió a Movelia Tecnologías determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con el contrato de red inteligente suscrito con Dialoga (folios 154 y 155). Dicho escrito fue debidamente notificado el 21 de julio de 2022 (folios 156 y 158).

Con fecha 1 de agosto de 2022, Movelia Tecnologías remitió a esta Comisión un escrito por el que contestaba la solicitud de información formulada (folios 159 a 212).

3.3. Con fecha 9 de septiembre de 2022, la instructora requirió a Dialoga determinados datos relativos a la numeración 902, así como aclaraciones relacionadas con el contrato de red inteligente suscrito con Movelia Tecnologías y sobre los ingresos satisfechos a la citada empresa a través de la numeración 902 (folios 213 y 214). Dicho escrito fue debidamente notificado el 20 de septiembre de 2022².

Dialoga no contestó al citado requerimiento.

² La notificación se entendió rechazada por transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a disposición el día 9 de septiembre de 2022, sin acceder a la notificación a través de la Sede Electrónica de la CNMC (art. 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) - folios 215 al 217-.

3.4. Mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2022, la instructora requirió a Dialoga la copia de las cuentas anuales depositadas por la entidad en el Registro Mercantil en el último ejercicio (folio 218). Dicho escrito fue debidamente notificado a Dialoga el 15 de octubre de 2022³.

Con fecha 25 de octubre de 2022, Dialoga remitió a esta Comisión copia de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019 (folios 222 al 303).

3.5. Con fecha 9 de noviembre de 2022, la instructora declaró la confidencialidad para terceros de determinada información contenida en los escritos de fecha 18 de febrero, 31 de marzo, 16 de mayo y 1 de agosto de 2022 de la Junta de Andalucía, Movelia Tecnologías y Dialoga, respectivamente (folios 304 al 308).

El acuerdo se notificó a Dialoga mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2022⁴.

3.6. Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2023, la instructora requirió las cuentas anuales de Dialoga correspondientes al ejercicio 2021 o, en su caso, las relativas al ejercicio 2020 -folios 312 y 313-.

Mediante escrito de 20 de enero de 2023 se procedió a notificar el citado acuerdo a Dialoga (folios 314 a 316).

Dialoga no ha contestado el citado requerimiento.

CUARTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

De conformidad con los artículos 82, 89 y 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), con fecha 17 de febrero de 2023 se notificó a Dialoga (folio 345) la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador junto a una relación de los documentos obrantes en el procedimiento tramitado a fin de que, si a su derecho interesa, pueda obtener copia de los que estime convenientes y se le otorgó un plazo de un mes para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes. Asimismo, se le informó, según lo previsto en el artículo 85 de la LPACAP, de la posibilidad de reconocer voluntariamente su responsabilidad y de realizar el pago voluntario de la sanción propuesta.

En la propuesta de resolución el órgano instructor propone:

³ La notificación se entendió rechazada por transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a disposición el día 4 de octubre de 2022 (folios 219 a 221).

⁴ La notificación se entendió rechazada por transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a disposición el día 9 de noviembre de 2022 (folios 309 a 311).

PRIMERO.- Que se declare responsable directa a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A. de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 107.19 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, 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.- Que se imponga a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. una sanción por importe de cincuenta y cinco mil (55.000) euros.

Dialoga ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución por medio de un escrito que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 1 de marzo de 2023 (folios 350 a 359) y en el que solicita que se acuerde aplicar una sanción de 11.848,34 euros. Aunque no reconoce su culpabilidad, Dialoga solo discute el importe de la sanción: a su juicio, habría obtenido un beneficio cuantificable a la vista de las facturas emitidas por Movelia y el límite superior de la sanción a imponer estaría establecido legalmente en el doble del beneficio obtenido por la conducta. Además, sería desproporcionada a la vista de otras sanciones impuestas a otros operadores.

Asimismo, con fecha 3 de mayo de 2023 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión otro escrito de Dialoga por el que presenta nuevas alegaciones a la propuesta de resolución. En el mismo, y de forma contradictoria con lo expuesto en su anterior escrito, solicita la imposición de una multa por un importe máximo de 2.272,24 euros o, subsidiariamente, una sanción que se calcule a partir de un importe máximo de 37.870,60 euros.

QUINTO.- Cierre de instrucción y elevación del procedimiento al órgano competente para su resolución

Finalizada la instrucción del procedimiento, y en cumplimiento de lo previsto en los artículos 88.7 y 89 de la LPAC, con fecha 15 de febrero de 2023 la instructora ha remitido a la Secretaría General del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido para su resolución (folio 349).

SEXTO.- 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.

II. HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO.- Dialoga retribuyó a Movelia Tecnologías por el tráfico generado hacia la numeración 902 en el periodo comprendido entre enero de 2021 y febrero de 2022

1. Relación contractual entre Dialoga y Movelia Tecnologías: contrato para la prestación de servicios de red inteligente 902 suscrito con Dialoga el 10 de diciembre de 2008 (folios 19 al 56)

Como se ha señalado en el Antecedente Primero de esta Resolución, la Junta de Andalucía aportó el contrato suscrito entre Dialoga y Movelia Tecnologías el 10 de diciembre de 2008. El contrato está debidamente firmado por ambas partes y también ha sido facilitado por Movelia Tecnologías y Dialoga durante la instrucción del procedimiento. En concreto, Movelia Tecnologías aportó el contrato y confirmó que estaba en vigor en su contestación al requerimiento de la instructora en fecha 29 de julio de 2022.

En la primera de las manifestaciones del contrato, junto con **[INICIO CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL].

Por el contrario, Dialoga señala que suscribió con Movelia Tecnologías un nuevo contrato el día 10 de marzo de 2014 para el uso del número 902646428. Sin embargo, se observa que este otro contrato no está firmado por Movelia Tecnologías (folios 129 a 131). Asimismo, Dialoga no facilitó documentación dirigida a acreditar la remisión del contrato a Movelia Tecnologías, extremo que se solicitó expresamente por la instructora mediante escrito de 9 de septiembre de 2022 (folios 213 y 214).

2. Retribución por el tráfico generado hacia la numeración 902 entre enero de 2021 y febrero de 2022

En su escrito de contestación de 31 de marzo de 2022 (folios 73 y 120) al requerimiento de la DTSA de 29 de marzo de 2022 (folios 53 al 55), Movelia Tecnologías adjunta las facturas emitidas por ella misma y devengadas mensualmente entre enero de 2021 y febrero de 2022. **[INICIO CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL] -sin que Movelia Tecnologías preste servicio de información a Dialoga con base en el contrato suscrito entre las partes-.

Asimismo, se observa que cada uno de los importes contenidos en las facturas coinciden con las cifras mostradas en los informes de “Dialoga”, los cuales también recogen los minutos generados hacia la numeración 902 [902335533 y 902646428] y que se facilitan por Movelia Tecnologías en el mismo escrito.

Mediante escrito de 1 de agosto de 2022, en contestación al requerimiento formulado por la instructora el 19 de julio de 2022 (folios 154 y 155), Movelia Tecnologías aporta una nueva factura emitida a Dialoga correspondiente al mes de marzo de 2022 y cuyo importe ascendió a **[INICIO CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL].

Por otro lado, Movelia Tecnologías detalla en su escrito de 31 de marzo de 2022 (folios 64 a 106) los importes satisfechos por ella a Dialoga. Para ello facilita las correspondientes facturas emitidas entre enero de 2021 y marzo de 2022, por los conceptos de “cuota línea, cuota mensual agentes de ACDV y cuota mensual supervisores de ACDV”, cuyo importe total ascendió a **[INICIO CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]”.

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador

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), dispone que corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre⁵, y su normativa de desarrollo”,

Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de la LGTel de 2014, norma que regía en el momento de la incoación del procedimiento sancionador, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación correspondía al Ministerio de Asuntos Económicos y

⁵ Referencia que ha de entenderse actualmente a la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

Transformación Digital (MAETD)⁶. En particular, correspondía al MAETD conocer las infracciones del artículo 77.19 de la LGTel 2014, que señalaba 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”. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, al no haber asumido el MAETD las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, estas eran ejercidas por la CNMC en el momento de la comisión de los hechos.

Con la entrada en vigor de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), norma que derogó la LGTel de 2014, la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración corresponde a la CNMC (artículo 100.2.ac) de la LGTel). Asimismo, su artículo 114 prevé que la competencia sancionadora en materia de numeración corresponde actualmente a la CNMC, al referirse a la infracción calificada como grave en el artículo 107.19 de la LGTel, en términos sustancialmente idénticos a como lo hacía la LGTel de 2014:

“El incumplimiento de las condiciones establecidas en los planes nacionales de numeración o sus disposiciones de desarrollo o en las atribuciones y asignaciones de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración.

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.

Por otro lado, según el artículo 63 de la LPACAP 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 procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC. Corresponde a la

⁶ De conformidad con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Sala de Supervisión regulatoria del Consejo su resolución en atención a lo dispuesto en los artículos 12 y 14.1.b) de la LCNMC.

En cuanto al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2.2 y 6.5 de la LCNMC y 114.2 de la LGTel. En virtud del referido artículo 2.2, en lo no previsto en estas normas regirán de forma supletoria las precitadas LPACAP y LRJSP.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICO MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los Hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició contra Dialoga ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, que calificaba 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 nacionales de numeración, concretamente, por utilizar la numeración 902 para un fin distinto al especificado en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (PNNT)⁷. El artículo 117.19 de la LGTel actual reproduce en términos prácticamente idénticos el mismo tipo de infracción, tal y como se ha señalado más arriba.

El apartado 1 del artículo 19 de la LGTel de 2014 -al igual que el artículo 30 de la vigente 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 del Reglamento de Mercados⁸:

⁷ Anexo del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Mercados de comunicaciones electrónicas, de acceso a las redes y numeración (Reglamento de Mercados).

⁸ (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*

“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 de 2014 -al igual que el artículo 31 de la LGTel 2022- 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 (...).”

De la misma manera, 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”*.

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”.

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

Asimismo, la normativa también impone la obligación general a los operadores prestadores de servicios de comunicaciones vocales de dar cumplimiento a los términos fijados en el PNNT y respetar, en particular, la posible indicación sobre precios y usos de la numeración.

Como se ha señalado en el **Hecho Probado Único**, las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente sancionador han acreditado que Dialoga, operador inscrito para la prestación del servicio telefónico disponible al público (STDP)⁹, contrató el 10 de diciembre de 2008 con Movelia Tecnologías la prestación del servicio de red inteligente 902 (folios 14 a 56). En dicho contrato 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 dos números 902¹⁰ analizados en el Hecho probado, asignados o portados a Dialoga, así como el encaminamiento de dichas llamadas hacia tales números. Asimismo, el contrato contiene una cláusula relativa a la retribución por parte de Dialoga al abonado de la numeración 902, en este caso, Movelia Tecnologías, por los importes indicados en el Hecho Probado Único (entre **[CONFIDENCIAL]**).

Atendiendo a los términos del contrato y a la naturaleza de las relaciones entre Dialoga y Movelia Tecnologías, debe considerarse que esta última tiene la consideración de abonado receptor de servicios de telecomunicaciones -en el sentido del anexo II de la LGTel, anteriormente analizado-.

En contra de lo afirmado por Dialoga, el contrato no fue sustituido por el contrato fechado el 10 de marzo de 2014 (folios 118 a 11825), pues carece de la firma por parte de Movelia Tecnologías y así ha sido declarado por esta última entidad. Asimismo, se tiene en cuenta que Dialoga no ha aportado documentación acreditativa sobre la remisión del citado contrato, tales como correos electrónicos, pese a que esta información le fue requerida por la instructora el 9 de septiembre de 2022 (folios 213 a 214).

En cualquier caso, a la luz de la documentación facilitada por Movelia Tecnologías, consistente en las facturas emitidas entre enero de 2021 y febrero

⁹ Dialoga consta inscrito en virtud de la Resolución de 25 de mayo de 2007 (RO 2007/519) para la prestación del servicio telefónico fijo y explotación de una red de comunicaciones electrónicas, entre otros servicios.

¹⁰ 902335533 y 902646428.

de 2022 por dicha entidad, se deduce que las facturas son confeccionadas a la luz de los listados que Dialoga facilitaba a Movelia Tecnologías previamente, que solo hacían referencia al tráfico generado hacia la numeración 902. En particular, el importe de cada una de las facturas coincide con el concepto “reversión” contenido en los listados y hace referencia a las numeraciones 902 (902335533 y 902646428). Dichas facturas fueron satisfechas por Dialoga entre enero de 2021 y febrero de 2022, tal y como acreditan las notificaciones de transferencias efectuadas por Dialoga a Movelia Tecnologías, así como por la relación de pagos listados en un extracto de la cuenta bancaria de la entidad. Las retribuciones ascendieron a un total de **[CONFIDENCIAL]**.

El concepto de retribución es muy amplio y, en relación con el mercado de telecomunicaciones y específicamente el servicio telefónico, viene contemplado en las disposiciones que regulan los servicios de tarificación adicional. Concretamente, la Orden 361/2002¹¹ y la Orden de tarificación adicional¹² definen los servicios de tarificación adicional como aquellos servicios prestados que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado por la prestación de servicios de información, comunicación u otros. 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 del rango “902” no tiene la consideración de número de tarificación adicional. Su utilización no debe conllevar el pago adicional de un servicio que no es de telecomunicaciones. El PNNT contiene una referencia concreta a la utilización de esta numeración y prohíbe expresamente toda retribución al abonado llamado de la numeración 902, diferenciándola, por tanto, de la numeración atribuida a servicios de tarificación adicional. La retribución al llamado, junto con unos precios minoristas elevados para al abonado llamante, contribuyen a una merma en los derechos de transparencia hacia los usuarios llamantes de la numeración 902, que no gozan de las garantías o la protección establecidas en la regulación del uso de la numeración de tarificación adicional.

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

11 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).

12 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.

(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”.*

En la relación contractual analizada, se establece una retribución directa por parte del operador de comunicaciones electrónicas al abonado de la numeración 902.

Dialoga, como operador prestador del STFDP, 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 regulado por la norma de atribución, concretamente, a la condición de uso fijada en dicha norma que prohíbe la retribución al llamado abonado de la numeración 902. Asimismo, debe tenerse en cuenta que Dialoga tenía asignado, en el momento de producirse la infracción, distintos bloques del rango de numeración 902¹³ y, por tanto, conocía el uso que debía darse a través del rango 902.

En definitiva, se concluye que ha quedado acreditado que Dialoga ha incurrido en una infracción grave tipificada en el artículo 107.19 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, al retribuir al abonado llamado (Movelia Tecnologías) por el tráfico generado hacia la numeración 902 contratada por esta última, en el periodo comprendido entre enero de 2021 y febrero de 2022.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

Nuestro derecho administrativo sancionador descarta la responsabilidad objetiva. En su lugar, exige que la conducta sancionada sea culpable, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto responsable y la existencia de un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

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

¹³ Los bloques asignados son los siguientes: 902557, 902559, 902570, 902585, 902787 mediante distintas Resoluciones adoptadas por la CMT el 15 de junio de 2007 (DT 2007/2192), 22 de mayo de 2009 (DT 2009/731), 13 de octubre de 2011 (DT 2011/2192) y 13 de junio de 2012 (2012/1165).

De lo anterior se desprende que no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por su parte, actúa dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. El dolo lo integran dos elementos: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el ámbito del uso de la numeración, 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”*.

A los efectos de la presente resolución, se considera que Dialoga ha incumplido de forma deliberada la normativa, en especial el PNNT, pues la misma no ha sido modificada desde su aprobación en el año 2004, y han sido numerosos los pronunciamientos por parte de la CNMC en materia de incumplimientos de las condiciones de uso de la numeración 902 desde el año 2017.

En este sentido, es relevante recordar que Dialoga ya ha sido sancionada por el mismo tipo infractor en el año 2020, mediante Resolución firme de 16 de julio de 2020¹⁴. Dicha resolución, además, acordó la reducción de la sanción en los términos previstos en el artículo 85 de la LPACAP tras el reconocimiento, por parte de Dialoga, de su responsabilidad.

En conclusión, se imputa a Dialoga la comisión de una conducta infractora a título de dolo, a la luz de lo expuesto en el Hecho Probado y la determinación de la tipicidad de la citada conducta.

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

TERCERO.- Cuantificación de la sanción aplicable

1. Límites legales

La LGTel 2014 establece reglas para determinar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. También

¹⁴ SNC/DTSA/016/19.

regula una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

De conformidad con el artículo 79.1.c) de la LGTel 2014, la sanción que puede ser impuesta por una infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

“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”.

Sin embargo, el límite máximo en las sanciones graves previsto en la LGTel ha cambiado y, de conformidad con el artículo 109.1.c) de la LGTel, la sanción que puede ser impuesta por una infracción administrativa calificada como grave es la siguiente:

“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 aquellas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será el uno por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio;”

Las dos normas fijan, como límites máximos del importe de la sanción por el tipo de infracción grave del incumplimiento de las condiciones asociadas a la numeración, o (i) multa por importe no inferior al tanto, ni superior al duplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, (ii) en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, dos millones de euros -en el caso de la LGTel 2014-, o el 1% del volumen de negocios obtenido por la entidad en el último ejercicio -en el caso de la nueva LGTel-.

Esta Sala, y frente a lo expuesto por Dialoga en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, coincide con el criterio de la instructora de que no puede determinarse el beneficio derivado específicamente de la comisión de la infracción porque la infracción cometida consiste, precisamente, en un pago al cliente. Cabe recordar que la posibilidad de retribución al cliente llamado surge por la diferencia que obtienen los operadores de acceso o de red entre la retribución que pagan los clientes que llaman a la numeración 902 y los costes en que incurrir en su actividad. Por tanto, el beneficio que obtiene un operador se relaciona con la consecución y fidelización del cliente, pues frente a ofertas de otros competidores, le puede resultar más atractiva una oferta, como la de Dialoga, que le asegura ingresos por recibir llamadas.

En el presente expediente constan las cantidades retribuidas por Dialoga a su abonado llamado de la numeración 902 por el tráfico generado hacia dicha numeración. Concretamente, entre enero de 2021 a febrero de 2022 (folios 78 a 120 y 140) 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 las llamadas en la numeración 902 que obtiene Dialoga a nivel mayorista.

En su primer escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, la sociedad alega la obtención de un beneficio de **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, no aporta documentación acreditativa de tal cantidad, desconociéndose asimismo los beneficios procedentes de la terminación mayorista hacia los números analizados en el expediente.

Este cálculo de las retribuciones efectuado en su primer escrito de alegaciones incluye un cuadro de cálculos sobre las facturas emitidas por su cliente entre enero de 2021 y marzo de 2022, fecha en las que comenzó a rechazarlas. Dialoga alega que, como se estableció en la propuesta de resolución, las retribuciones al llamado resultan de un cálculo para compartir igualmente el tráfico de las llamadas generado y, por ello, el operador concluye que los ingresos (y su beneficio) por la conducta ascienden a los citados 5.924,17 euros. Por ese motivo, acepta que la sanción a imponer sea el doble de esa cantidad.

La propuesta de resolución de la instructora no se refiere a un reparto igualitario de ingresos. Como se señaló anteriormente, se desconocen los ingresos recibidos por Dialoga en interconexión por los tráficos generados hacia su cliente y el reparto que ha hecho de esos ingresos con su cliente. Por otro lado, el contrato entre Dialoga y su cliente (Movelia Tecnología) no establece las retribuciones en relación con las cantidades cobradas por Dialoga -si no en relación con los minutos de tráfico generados-, no teniendo por tanto datos este organismo para calcular esos pagos y no habiendo sido aportados por Dialoga, que no acredita dicha cifra en su escrito de alegaciones. Más aún, el beneficio debe relacionarse además con el acceso, posicionamiento y fidelización del operador respecto de este cliente y de otras empresas a las que ha ofrecido un servicio atractivo pero irregular.

Debe señalarse que la forma de calcular las sanciones por la infracción de las condiciones de asignación de los recursos de numeración, incluyendo la consideración de que el beneficio de la conducta no ha podido determinarse hasta el momento, no ha sido cuestionada por la Audiencia Nacional en las sentencias en las que ha confirmado éstas. Se cita, a modo de ejemplo, la Sentencia de 9 de octubre de 2020 (recurso 717/18), que confirmó una multa por la misma conducta a Dialoga.

La argumentación de Dialoga en relación con el beneficio obtenido por la conducta infractora y, en consecuencia, con la sanción a imponer, es totalmente distinta en su segundo escrito de alegaciones a la propuesta de resolución,

presentado el 3 de mayo de 2023 y, por lo tanto, una vez transcurrido el plazo de quince hábiles, de conformidad con el artículo 114 de la LGTel. Pese a su carácter extemporáneo, se han tenido en cuenta en la presente resolución. De lo expuesto de forma novedosa por Dialoga, destaca la falta de acreditación de los supuestos ingresos por interconexión obtenidos por esas llamadas. Dichos ingresos serían los que recibe por terminar las llamadas en los números de Movelia. Para su cálculo, multiplica los minutos totales que constan en las facturas de Movelia por un precio que no se justifica y el número de llamadas por un precio de establecimiento también único (es decir, con independencia del operador que entrega el tráfico) que, de la misma manera, no se acredita.

De esta manera, el nuevo criterio alegado por Dialoga probaría los ingresos recibidos por terminar esas llamadas.

El beneficio por cometer la conducta sancionada partiría de esa nueva cifra de ingresos, a la que se aplicaría un porcentaje del 6 por ciento, por ser ese porcentaje el beneficio industrial al que se refiere el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Dicho criterio de cálculo del beneficio empresarial no puede ser compartido, pues se trata de una cifra única que se fija en ese texto legal con alcance general para una finalidad muy concreta: calcular el presupuesto base de licitación de un proyecto de obras. Además, es un criterio que no tiene en cuenta la realidad de cada empresa, pues el margen de beneficio no es el mismo para todas las empresas y sectores. En cualquier caso, dicho beneficio no tendría por qué tener relación con el beneficio derivado de la comisión de la infracción. Además, debe recordarse que Dialoga no ha permitido conocer el estado de las cuentas en el periodo infractor, dado que no las facilitó cuando las mismas fueron requeridas por la instructora.

Las nuevas alegaciones de Dialoga, además, son abiertamente contradictorias con las que presentó dentro del plazo de quince días desde la notificación de la propuesta de resolución. Como se ha señalado, Dialoga reconoce haber abonado a su cliente 6.470,11 euros, lo que representaría el 52,21 por ciento de la cantidad recaudada por el tráfico remunerado, correspondiéndole a ese operador los 5.924,17 euros restantes. Es por ello que aceptaba una multa del doble de esa cantidad, por entender que esta constituía el beneficio de la conducta. Sin embargo, en su nuevo escrito considera que su beneficio es solo de 1.136,12 euros. A la vista de esas consideraciones, parece inconsistente pretender un beneficio tan reducido cuando se ha remunerado al propio cliente con un importe más de cinco veces superior.

En línea con lo anterior, esta inconsistencia por parte de Dialoga se extiende a la información presentada y relativa a los ingresos obtenidos en interconexión. Así, mediante su último escrito Dialoga indica que habría obtenido unos ingresos

en interconexión que ascenderían a 18.935,30 euros frente a los 12.394,28 euros que indicó en su primer escrito.

En todo caso, es evidente que sus ingresos por interconexión no constituyen una referencia única para determinar el beneficio obtenido por la conducta infractora.

Finalmente, y como se ha expuesto, el beneficio de Dialoga se centra además en la captación y mantenimiento del cliente (Movelia) gracias a la ventaja que le reporta una práctica abiertamente contraria a la normativa y, finalmente, al mejor posicionamiento en el mercado de servicios empresariales.

En definitiva, a efectos del cálculo de la cantidad máxima a imponer en concepto de sanción, no ha sido posible calcular el beneficio bruto obtenido por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción.

De conformidad con lo anterior y en atención a los datos que se disponen de la entidad presuntamente infractora, resulta más beneficiosa para dicha entidad la aplicación de la regla fijada en el artículo 109.1.c) de la LGTel de 2022, ya que el 1% del volumen de negocios de Dialoga (411.371,35 euros) es inferior al límite de 2 millones de euros que preveía la LGTel de 2014 para las sanciones graves. La aplicación de la norma posterior a los hechos sancionados con efectos retroactivos por ser más beneficiosa al infractor está prevista en el artículo 9.3 de la Constitución Española y en el 26.2 de la LRJSP, según el cual *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que el límite máximo de la sanción queda fijado en el uno por ciento del volumen de negocios total obtenido en el último ejercicio.

A tal efecto, durante la instrucción del procedimiento se han aportado las cuentas anuales depositadas del año 2019. Según las mismas, la cifra de negocios de la compañía ascendió dicho año a 41.137.135,07€. Por lo tanto, el límite superior de la multa a imponer se establece en 411.371,35 euros.

Asimismo, posteriormente, por oficio de la instructora de fecha 12 de enero de 2023 se ha requerido a Dialoga para que aporte copia de las cuentas anuales de posteriores ejercicios, sin que se el operador haya respondido el requerimiento y sin que consten depositadas las mismas en el Registro Mercantil.

2. Criterios de graduación de la sanción

El artículo 110 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) *el daño causado, como la producción de interferencias a terceros autorizados, y su reparación;*
- c) *el cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador;*
- d) *la negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida;*
- e) *el cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador;*
- f) *la afectación a bienes jurídicos protegidos relativos al uso del dominio público radioeléctrico, el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional o los derechos de los usuarios;*
- g) *la colaboración activa y efectiva con la autoridad competente en la detección o prueba de la actividad infractora.*

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 de cuantificación que justifiquen una sanción atenuada o reducida.

Por el contrario, se considera que concurre el criterio agravante consistente en la continuidad o persistencia en la conducta infractora. Dicha consideración se desprende de la información contenida en el expediente, según la cual la conducta (la retribución a los abonados llamados) tuvo lugar al menos entre enero de 2021 y febrero de 2022.

Asimismo, se considera que ha de tenerse en cuenta la negativa a facilitar la información o documentación requerida: Dialoga no ha contestado a dos requerimientos formulados durante la instrucción y, en particular, no ha aportado la información solicitada sobre sus cuentas anuales recientes o sobre su cifra de negocios a los efectos de cuantificar la sanción. Puede entenderse que Dialoga no haya presentado aún sus cuentas al Registro Mercantil, pero no que no las

haya formulado o aprobado, tratándose de una sociedad en activo y un operador con un considerable volumen de negocios que, además, forma parte de un grupo de empresas.

Dialoga alega la desproporción de las multas impuestas a esta sociedad con respecto a las impuestas a otras empresas en este ámbito. En relación con lo señalado, cabe indicar que la sanción impuesta a Dialoga en el expediente SNC/DTSA/104/17 se refiere a otro tipo de conducta con sus propias particularidades y, en cualquier caso, ha sido confirmada por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 9 de octubre de 2020 que ha devenido firme; por otro lado, en el expediente SNC/DTSA/016/19, Dialoga reconoció su responsabilidad, acogiéndose a los descuentos (40%) establecidos en el artículo 85 de la LPAC. En cuanto a las sanciones impuestas a ORANGE y a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., es preciso mencionar que las multas se establecen atendiendo a la totalidad de circunstancias concurrentes en cada caso; mereciendo destacar, por ejemplo, que en el expediente SNC/DTSA/102/17, se analizaba una conducta diferente imputable a título de culpa; en el SNC/DTSA/054/19, la infracción se imputó también a título de culpa, en el expediente SNC/DTSA/079/20, se consideró el cese de actividad con bastante anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador, y por último, en el expediente SNC/DTSA/172/21 el operador Infringió el artículo 77.27 de la LGTel 2014 consistente en el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa, se trataba, en consecuencia, de una conducta diferente¹⁵.

3. Determinación de la sanción aplicable

El artículo 80.1 de la LGTel 2014 establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta una serie de circunstancias que se prevén en la actualidad en artículo 110 de la LGTel 2022 y que se han transcrito más arriba. Por su parte, el artículo 29.3 de la LRSP también se refiere esta cuestión y enumera una serie de criterios.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que partir del límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción.

A la vista de las anteriores consideraciones y de los criterios de graduación previstos tanto en la LGTel 2022 como en la LRJSP, en la presente resolución se tienen en cuenta para la individualización de la sanción las siguientes circunstancias:

¹⁵ Incumplimiento de la Resolución de 7 de mayo de 2015, de modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de servicios de tarifas especiales y de numeración personal en caso de cambio de operador.

- Se imputa a Dialoga la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 107.19 de la LGTel consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución del recurso de numeración 902.
- La conducta infractora se produjo entre enero de 2021 y febrero de 2022.
- Se imputa a Dialoga la comisión de la infracción 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 es el 1 por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad en el último ejercicio (41.137.135,07€), por ser este criterio de la LGTel 2022 más favorable para la entidad.
- Se estima que concurren criterios agravantes de graduación de la sanción consistentes en la persistencia o continuidad en la conducta de Dialoga y en la negativa a facilitar la información o documentación requerida.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta la cifra de negocios conocida y los criterios anteriormente señalados, se considera que procede imponer una sanción de cincuenta y cinco mil **(55.000) euros**.

Dicha sanción, pese a que se han considerado dos criterios de cuantificación desfavorables al operador, se encuentra dentro del rango inferior de la sanción máxima (411.371,35 euros) y, constituye, en concreto, el 13% de dicho importe. Ello descarta que sea desproporcionada a la vista de las circunstancias concurrentes, tal y como denuncia Dialoga.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A., de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en la

actualidad artículo 107.19 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, 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 Dialoga Servicios Interactivos, S.A., una sanción por importe de cincuenta y cinco mil (55.000) euros.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese a los interesados:

- **Dialoga Servicios Interactivos, S.A.**

Con esta Resolución se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DE LA C.N.M.C XABIER ORMAETXEA GARAI A LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SNC/DTSA/091/22 INCOADO A DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DE NUMERACIÓN 902

El Consejero que suscribe, de acuerdo con su voto negativo a la resolución expresada y habiendo anunciado la emisión del presente voto, desea mostrar su disconformidad con la cuantía fijada en el expediente sancionador, y ello por los motivos que a continuación de expresan:

Primero : el Artículo 109. De la LGTel expresa:

*Sanciones. 1. Por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se impondrán las siguientes sanciones: (...) c) 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 aquellas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será el uno por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio;**"*

Es decir, que el cálculo de la cuantía de la sanción únicamente podrá fijarse en base al volumen de negocios total de la compañía cuando el cálculo del beneficio bruto no resulte aplicable. La no aplicabilidad, o la imposibilidad de su cálculo ha de quedar probada de forma meridiana e indubitada en el expediente sancionador y no ha de ofrecer ni guna duda al respecto. Pues bien, está siendo práctica habitual en los sancionadores de la Dirección de Telecomunicaciones de la CNMC la aplicación sistemática en los expedientes sancionadores del criterio de la cifra de negocios alegando con escasa consistencia la imposibilidad del cálculo del beneficio bruto obtenido

En el expediente sancionador nos encontramos con que la empresa Movelia Tecnologías, S.L., siendo la empresa que había contratado el servicio del número de tarificación adicional 902 ha declarado en septiembre de 2022 que las cantidades que recibió por parte de Dialoga Servicios Interactivos, S.L, aportado las facturas correspondientes por un importe total de **[CONFIDENCIAL]**.

A su vez, Dialoga en su escrito de alegaciones de 1 de marzo de 2023 confirma el pago de dichas cantidades a Movelia e informa de que por su parte obtuvieron de dichos contratos un beneficio neto de **CONFIDENCIAL**. Lo cual es totalmente verosímil con la práctica habitual en dichos contratos (prohibidos) de repartirse los ingresos obtenidos al 50%.

Estamos pues ante una conducta prohibida que reportó unos ingresos brutos por importe de **CONFIDENCIAL** euros y que fueron repartidos entre Dialoga y Movelia

.

El expediente utiliza como argumento para la imposibilidad del cálculo del beneficio bruto obtenido, dos argumentos muy endeble. Uno es el cálculo del efecto de fidelización que dichos contratos y el otro es el cálculo del beneficio obtenido por la terminación de llamadas. El primero de los argumentos es endeble por cuanto el objeto del propio contrato ilegal tiene por objeto la fidelización del cliente y el beneficio obtenido nos es conocido, además de que no consta en el expediente la existencia de otros contratos entre Dialoga y Movelia. El segundo elemento es el beneficio obtenido por la terminación de las llamadas, beneficio que es nimio pues en su gran mayoría no es recibido por Dialoga, sino por el operador principal mayorista a través del cual se tramitan las llamadas (seguramente Telefónica) y que además su montante sería bajísimo por ser de escasos céntimos por llamada

Como ya he expresado, aún conociendo el beneficio bruto obtenido y aun sabiendo que la LGTEL fija para las infracciones graves una cuantía **de hasta** el doble de dicho beneficio, la Sala de regulación de la CNMC ha optado por imponer una sanción de 55.000 euros, siendo plenamente consciente que resulta más del cuádruplo del beneficio mencionado, lo cual es manifiestamente injusto y contrario a lo dispuesto en la LGTEL, y se aparta totalmente del principio que fija la propia LGTEL de sancionar las infracciones basándose en un principio de proporcionalidad.

En el expediente se hace constar que en 3 de octubre de 2022, la instrucción requirió a Dialoga la copia de las cuentas anuales depositadas por la entidad en el Registro Mercantil, lo que nos hace llegar al convencimiento que desde esa fecha y sin haber transcurrido ni siquiera un mes desde el requerimiento a Dialoga de fecha 9 de septiembre de aportar los datos relativos al contrato de servicio de 902, ya se había decidido que la sanción que se iba a proponer no iba a seguir la regla del doble del beneficio bruto, sino la de un porcentaje de la facturación anual de la compañía.

La dirección de telecomunicaciones en apoyo de su expediente sancionador ha adjuntado un cuadro comparativo de sanciones impuestas entre 2020 y 2023 en casos de remuneración por uso del 902, dándose la circunstancia de que en prácticamente todos los casos se ha utilizado recurrentemente el criterio de porcentaje de la facturación anual de la compañía sancionada en lugar del criterio principal de la LGTEL de hasta el duplo del beneficio obtenido. La sala de supervisión regulatoria de la CNMC ha avalado esa forma de actuar en todos los casos, con algún caso de voto en contra y voto particular.

Por todo lo anterior, este consejero propuso a la Sala que la sanción que debía de imponerse a Dialoga en el procedimiento sancionador debía de ser de 24.788'76 €

Todo lo cual suscribo en

Madrid, a 12 de mayo de 2023