

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A AIR DIGITAL, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL, NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD

SNC/DTSA/018/15/AIR DIGITAL INSCRIPCIÓN REGISTRAL, NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Periodo de Información previa (expediente MTZ 2013/1710)

Con fecha 18 de septiembre de 2013, se inició un período de información previa (folios 3 a 6 del expediente administrativo) con el objetivo de aclarar los hechos comunicados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT¹) por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM²) sobre cierto operador que se promocionaría como un

¹ Extinguida e integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desde el 7 de octubre de 2013.

² La AOPM es la asociación de operadores móviles que gestiona la Entidad de Referencia de portabilidad móvil, cuyo fin principal es el establecimiento, gestión y supervisión del mecanismo destinado a intermediar en las interacciones que se establezcan entre los operadores para

operador móvil virtual (en adelante, OMV) capaz de ofrecer una serie de tarifas diferenciadas a sus usuarios pero que, sin embargo, no formaba parte de dicha asociación, no contribuía a los costes del Nodo Central de portabilidad numérica³ y no podía facilitar por sus propios medios la portabilidad numérica a sus usuarios, siguiendo los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (expediente MTZ 2013/1710).

En el seno de dicho expediente, dicho operador puso de manifiesto la relación mayorista que mantenía con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) para la prestación de sus servicios (folios 7 a 10). Por ello, con fecha 4 de junio de 2014, se dio traslado del acto de inicio del período de información previa a TME y se le requirió, entre otras informaciones, la identificación de aquellas entidades con las que habría suscrito contratos que permitieran la reventa del servicio móvil a usuarios finales (folios 11 a 17).

Mediante escritos de TME, de fechas 2 de julio de 2014, 19 de diciembre de 2014 y 3 de febrero de 2015, esta operadora dio contestación a los requerimientos de información formulados por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) e identificó, entre otras entidades, a Air Digital, S.A. (en adelante, Air Digital) como una de las entidades que revendían su servicio telefónico móvil (folios 18, 33 a 39 y 85 a 88).

Con fecha 27 de febrero de 2015, mediante escrito de la DTSA de la CNMC se requirió a Air Digital información sobre: (i) los servicios que revende de TME, (ii) la fecha de inicio de la prestación de servicios de reventa, (iii) la cantidad de líneas móviles gestionadas, (iv) el contrato mayorista firmado con TME, (v) al menos tres contratos suscritos con los usuarios finales, (vi) los motivos por los que no se encuentra asociada a la AOPM, el detalle de cómo se desarrolla el proceso de portabilidad de los números bajo su titularidad y su interacción con el Nodo Central de portabilidad móvil, y (vii) la cantidad total de numeración importada y exportada y las fechas del primer número importado y primer número exportado (folios 168 a 171).

Con fecha 25 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de contestación de Air Digital al requerimiento de información indicado anteriormente (folios 172 y 173).

llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de los números (Nodo Central)

³ Entidad que actúa como agente intermediario de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de números portados.

Con fecha 6 de abril de 2015 fue presentado por TME escrito complementario de su contestación al tercer requerimiento de información formulado por la Comisión (folios 215 a 217).

Segundo.- Incoación del presente procedimiento sancionador

Con fecha 17 de septiembre de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/018/15) (folios 237 a 252) contra Air Digital, como presunto responsable directo de:

“- Una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación al artículo 6.2, en materia de inscripción registral.

- Una infracción administrativa leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración.

- Una infracción administrativa muy grave, tipificada en los artículos [“sic”] 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011”.

En dicho acuerdo se otorgó a la entidad imputada el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha de su notificación, para presentar las alegaciones y los medios de prueba que estimara convenientes a la defensa de sus intereses. Asimismo, se acordó incorporar al presente expediente la documentación relevante recabada en el marco de las diligencias previas MTZ 2013/1710.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 18 de septiembre de 2015 (folio 253). Asimismo, el día 24 de septiembre de 2015 se notificó el precitado acuerdo a Air Digital, según consta en el acuse de recibo incorporado al expediente (folios 256 y 257).

Tercero.- Escrito de alegaciones de Air Digital

Con fecha 7 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro de la Comisión escrito de Air Digital en virtud del cual presentaba alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (folios 273 a 280 y 281 a 302).

Cuarto.- Requerimientos de información a Air Digital y otros actos de instrucción.

Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se llevaron a cabo actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos, consistentes en realizar consultas al Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, así como en comprobar las declaraciones de ingresos brutos por parte de Air Digital respecto de los servicios prestados por ésta, comprobaciones que han sido incorporadas en el expediente administrativo (folio 311).

Asimismo, a los efectos de determinar desde cuándo viene prestando servicios de comunicaciones electrónicas como revendedora en virtud de su contrato de reventa con TME, el número de altas nuevas de clientes que no provienen ni de TME ni de otras operadoras, y la descripción del procedimiento de portabilidad de sus clientes, entre otros aspectos, el día 22 de abril de 2016 fue efectuado un requerimiento de información a la entidad Air Digital (folios 316 a 318).

Con fecha 27 de mayo de 2016 ha tenido entrada en el registro de la Comisión escrito de Air Digital dando contestación al requerimiento de información formulado (folios 324 a 356). Asimismo, el día 2 de junio de 2016 la operadora presentaba escrito aclaratorio de su contestación el día 27 de mayo de 2016 al requerimiento de información formulado (folios 364 a 365).

Quinto.- Propuesta de resolución

Con fecha 15 de junio de 2016 se dictó la propuesta de resolución por parte de la instructora del procedimiento (folios 387 a 421).

En ella se proponía lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación con el artículo 6.2 en materia de inscripción registral, desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad.

SEGUNDO.- Imponer a Air Digital, S.A. una sanción económica de 3.000 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A. por la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración desde el mes de agosto hasta la actualidad.

CUARTO.- Imponer a Air Digital, S.A una sanción económica de 2.000 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Tercero.

QUINTO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A. por la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011 desde el 21 de febrero de 2010 hasta la actualidad.

SEXTO.- Imponer a Air Digital, S.A una sanción económica de 10.000 euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Quinto.

La propuesta fue notificada a Air Digital, S.A., el día 20 de junio de 2016 (folios 424 y 425).

Sexto.- Alegaciones a la propuesta de resolución

Air Digital presentó sus alegaciones por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 20 de julio de 2016.

En él, el operador solicita que no se le sancione. A tal efecto, en síntesis, alega:

- Que su inscripción como operador autorizado para la reventa del servicio telefónico, sin discriminación entre fijo o móvil.
- Que comunicaba a la CNMC, al cargar los datos para la elaboración del informa anual, que obtenía ingresos por ambos servicios, por lo que era un hecho conocido y notorio.
- Que la hipotética sanción debería tener en cuenta la situación económica de Air Digital.
- Que Air Digital no subasignaba números, pues los números ya son aportados por sus clientes, que cambian la titularidad de la línea a su favor.

- Que Air Digital no tiene que cumplir las especificaciones técnicas de la portabilidad porque los clientes que se portan no son suyos.
- Que su forma de prestar el servicio no está regulada, pero no implica que constituya una conducta prohibida.

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

Por medio de escrito de fecha 20 de julio (folio 479), el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Octavo.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) 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, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 480).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Air Digital ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil, desde agosto de 2008⁴ hasta la actualidad, sin haberlo comunicado previamente al Registro de Operadores para la modificación de los datos inscritos.

Se considera probado que Air Digital ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil, desde agosto de 2008⁵ hasta la actualidad, sin haberlo comunicado previamente al Registro de Operador para la modificación de los datos inscritos. Estos extremos se han acreditado a través de los

⁴ Según manifiesta Air Digital, la relación con TME comenzó en el mes de agosto de 2008, siendo el primer número importado el 18 de agosto de 2008 y el primer número exportado el 21 de febrero de 2010.

⁵ Según manifiesta Air Digital, la relación con TME comenzó en el mes de agosto de 2008, siendo el primer número importado el 18 de agosto de 2008 y el primer número exportado el 21 de febrero de 2010.

siguientes elementos de prueba:

1.1. De las alegaciones y documentación aportadas por Air Digital

Air Digital alega que, desde el año 2000, figura inscrita en el Registro de Operadores como operadora para la reventa del servicio telefónico, sin distinguir entre móvil y fijo, lo que acredita mediante la aportación de una copia (folios 281 a 290) de la Resolución de la CMT, de fecha 6 de julio de 2000 (expediente 2000/2872), por la que se le otorgó una autorización para la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico disponible al público (en adelante, STDP).

Debe determinarse, en primer lugar, si Air Digital debía haber notificado la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del STDP móvil, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la relación mayorista con TME, así como las características del servicio prestado por aquélla a sus clientes. Asimismo, debe analizar si la inscripción que ya consta de la entidad en el Registro de Operadores ampara la actividad valorada en el presente expediente sancionador.

Por una parte, por lo que se refiere a la relación mayorista existente entre TME y Air Digital, en su contrato entre ambas se prevé que Air Digital revende a sus clientes, en su propio nombre, los servicios de comunicaciones móviles de TME (folios 176 a 203).

Bajo la denominación *“contrato de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información móvil para su reventa”*, se prevé en su cláusula primera que su objeto es el establecimiento de los términos y condiciones por los que se registrará la venta de tráfico móvil nacional e internacional, de productos, de equipamiento TIC y de prestación de servicios finales de comunicaciones electrónicas por TME para que el Integrador de Tecnologías de la Información Móvil (en adelante, TIM) se ocupe, en nombre propio, de su reventa a los clientes, agregando a los mismos sus servicios comerciales, de consultoría y de atención comercial.

Air Digital ha prestado estos servicios de manera diferenciada de TME, a cambio, también, de unas tarifas diferenciadas de las cobradas por TME, tal y como manifestó la operadora en su escrito de 25 de marzo de 2015, en la contestación a un requerimiento de información formulado por esta Comisión (folios 172-173).

En el contrato también se prevé que Air Digital (y no TME) debía responsabilizarse frente a sus clientes de las condiciones de prestación de los servicios y venta de los productos que revende (cláusula segunda 1.f).

Además, se prevé en el contrato que, dada la relación de confianza entre ambas operadoras, *“el Revendedor Móvil ejecutará por sí mismo los servicios de reventa a los CLIENTES”* (cláusula cuarta).

Por último, es Air Digital quien factura mensualmente los servicios a sus clientes, desglosa las cantidades a abonar por cada uno de los servicios prestados (cláusula 6.3 del contrato). Las facturas aportadas por la operadora a petición de la instructora del procedimiento son emitidas a nombre de Air Digital sin que conste logo o referencia alguna a TME (folios 357-362).

Así pues, en el contrato mayorista celebrado entre TME y Air Digital, se establece que la relación existente entre ambas operadoras es la de una reventa a los usuarios finales por parte de Air Digital de los servicios de TME, considerándose, por tanto, actualmente que dicha entidad es un operador móvil virtual prestador de servicios (en adelante, OMV-PS).

Air Digital es un operador que consta inscrito en el Registro de Operadores como operador que revende servicios de telefonía fija. La reventa del servicio de telefonía móvil es un servicio diferente. En este sentido, debe señalarse que el Reglamento de Prestación de Servicios incluye dentro de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas la de comunicar a la CNMC la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores en su artículo 12.2. Entre esos datos se incluye la descripción de la red o servicio, que deberá incluir, entre otros extremos, la descripción funcional de los servicios, su oferta y descripción comercial.

Por otra parte, en lo que se refiere a los contratos minoristas de Air Digital con sus usuarios finales (folios 328-336), no aparece en ningún caso que los servicios se ofrecen en calidad de revendedora de TME, sino que se ofrecen en nombre y por cuenta propia por parte de Air Digital. Es, además, ésta y no TME quien responde de la prestación de sus servicios frente a sus usuarios.

Concretamente, se observa que no se cita a TME ni en el contrato ni en las condiciones generales de contratación.

Resulta cierto que Air Digital señala en estas condiciones generales que el servicio telefónico lo presta un tercero, lo que podría implicar que Air Digital sería una mera comercializadora del mismo, pero no se aclara si es TME u otro operador el que presta el servicio. Este inciso del contrato resulta, además, contradictorio con lo dicho por la propia Air Digital en su contestación, de fecha 25 de marzo de 2015, a un requerimiento de información realizado por la CNMC (folios 172 a 173), donde se afirma por Air Digital que es la titular de las líneas, prestando a sus usuarios finales unos servicios comerciales, de atención al cliente y de consultoría, diferenciados, a cambio de unas tarifas también diferenciadas.

Las alegaciones de Air Digital son contradictorias. Por un lado, afirma que no ostenta la condición de operadora (folios 324 a 327). Sin embargo, Air Digital manifiesta que su inscripción como operadora revendedora del servicio telefónico hace referencia tanto a servicios fijos como móviles y la empresa expresa su voluntad de seguir prestando sus servicios de reventa del servicio telefónico en las comunicaciones que periódicamente (cada 3 años, en virtud del artículo 5.2 del Reglamento de prestación de servicios) remite al Registro de Operadores de la CNMC para declarar que desea continuar prestando servicios de comunicaciones electrónicas, tal y como manifiesta en su escrito de fecha 7 de noviembre de 2015, por el que presenta las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (folios 273 a 280).

La operadora distingue, además, entre sus ingresos obtenidos en el año 2014 como operadora revendedora del servicio telefónico fijo y como revendedora del servicio telefónico móvil.

Se prevé, asimismo, en las condiciones generales de los contratos con los usuarios que es Air Digital la que responde frente a los clientes, en línea con lo establecido en el contrato mayorista entre Air Digital y TME.

1.2. De la consulta al Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas

La consulta realizada al Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas revela que Air Digital no figura inscrita en el mismo para la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico móvil ni ha comunicado la modificación de los datos inscritos. Por el contrario, solo consta inscrita para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la reventa del STDP fijo (expediente 2000/2872, folios 311 a 316).

No obstante, es preciso acudir a la notificación remitida en su día por la operadora para determinar el tipo de servicio prestado por Air Digital.

En el año 2000 la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento otorgó a Air Digital una autorización provisional para la reventa del servicio telefónico. La CMT procedió, de acuerdo con dicha resolución, a inscribir a Air Digital en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales como titular de una Autorización Provisional para la prestación del servicio de telecomunicación de “Reventa del servicio telefónico”⁶.

Dicha autorización fue otorgada, previa solicitud de Air Digital para la obtención de la titulación correspondiente de fecha 3 de noviembre de 1999. En dicha solicitud, la operadora manifestaba que sus servicios se referían a la mera

⁶ Dicho régimen de autorización era el previsto por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

reventa del servicio telefónico prestado por terceros operadores, sin disponer para ello de nodos ni de red propia y sin conexión alguna con redes públicas o privadas de telecomunicaciones.

Concretamente, en aquella solicitud, Air Digital describía los servicios que iba a prestar como operadora de reventa del servicio de telefonía de larga distancia prestado por terceros operadores a los que Air Digital compraba minutos telefónicos para su posterior reventa al público, añadiendo que, a estos efectos, “se entiende por larga distancia en telefonía fija las llamadas provinciales, interprovinciales y las internacionales” [el subrayado es nuestro].

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que la inscripción de la entidad en el Registro de Operadores que consta actualmente se corresponde con la reventa del servicio telefónico fijo, en consonancia con la solicitud presentada inicialmente por Air Digital ante la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, y sin que conste que posteriormente haya sido comunicado por parte de Air Digital a esta Comisión –ni, anteriormente, a la CMT- la prestación del servicio de reventa de telefonía móvil de manera que se pudiesen modificar los datos inscritos en el Registro de Operadores..

1.3. De la declaración de Air Digital de los ingresos brutos de explotación correspondientes a los ejercicios 2012 a 2014.

Además de lo expuesto hasta el momento, de la declaración de los ingresos brutos de explotación efectuada por Air Digital a esta Comisión, para la liquidación de la Tasa General de Operadores (en adelante, TGO), correspondiente a los ejercicios 2012 a 2014 inclusive (folios 311 a 316), se comprueba que Air Digital sólo ha estado declarando los ingresos obtenidos como consecuencia de la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico fijo en acceso indirecto, sin indicar la obtención de ingreso alguno por la prestación del servicio de reventa de telefonía móvil.

En conclusión, del examen de la documentación obrante en el presente procedimiento se ha comprobado que Air Digital figura inscrita en el Registro de operadores como operadora prestadora de servicios de reventa de telefonía fija y ha cumplido con sus obligaciones legales en relación con dicha actividad (como ocurre con el pago de la TGO), pero también ha estado prestando servicios de reventa de comunicaciones móviles de TME, sin que conste en este organismo su comunicación previa del inicio de esta actividad como operador, así como que haya declarado los ingresos brutos de explotación como revendedora de servicios de comunicaciones móviles a efectos del pago de la tasa general de operadores.

Según Air Digital, su relación contractual con TME comenzó en agosto de 2008, por lo que se tiene en cuenta esta fecha como la del inicio de la prestación de sus servicios de comunicaciones móviles a terceros. Estos

servicios se han estado prestando por parte de Air Digital hasta la actualidad, sin que la operadora haya comunicado su cese en las actividades objeto del contrato con TME.

SEGUNDO.- Air Digital ha estado prestando, desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad, servicios de reventa del STDP móvil, sin la previa autorización de subasignación de numeración por la CNMC.

Tal y como se ha expuesto en el Hecho probado anterior, Air Digital ha estado prestando el servicio de reventa del servicio telefónico móvil disponible al público desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad.

Dicha prestación de servicios ha tenido lugar sin que TME ni Air Digital hayan solicitado a este organismo la autorización de subasignación de numeración asignada a TME en favor de Air Digital para la prestación de dicho servicio utilizando la numeración de TME.

La subasignación de numeración es el instrumento previsto para que aquellas entidades que, sin poder disponer de numeración propia, pretenden prestar servicios de comunicaciones electrónicas al público, puedan hacerlo a través de numeración asignada previamente al operador de red. De este modo, este operador titular de la numeración (asignatario de recursos públicos de numeración) puede subasignar la misma a otros operadores, previa autorización de esta Comisión⁷.

En el presente caso, debe analizarse si Air Digital gestionaba numeración o si el gestor de la misma sería TME. Si Air Digital se limitara a la contratación de sus servicios con los usuarios finales provenientes de otro operador que conservaran su numeración entonces no sería necesaria la subasignación de numeración. En caso contrario, es decir, en el caso de tramitar altas nuevas de clientes no provenientes de otros operadores se requeriría dicha subasignación de números por parte de TME a Air Digital.

De la tabla aportada por TME junto a su escrito de fecha 6 de abril de 2015, presentado en el marco del expediente de información previa (expediente MTZ 2013/1710), en el que figuran las fechas de inicio y finalización de servicios por parte de los revendedores de TME, así como el número de líneas móviles y cantidad de números exportados/importados, se aprecia que Air Digital habría estado dando de alta líneas con números de TME para nuevos clientes suyos – de Air Digital-.

⁷ Tal y como se afirmó por esta Comisión en la Resolución de 11 de febrero de 2010, a los efectos de establecer la fecha a partir de la cual se inicia la contribución a los costes de la AOPM *“esta Comisión coincide con lo señalado por la AOPM, en tanto que la única manera de fijar una fecha inequívoca, que coincide además con la aptitud para prestar servicios y estar por tanto obligado a permitir portabilidades es la de establecer como hito para el inicio del pago el de estar el operador inscrito y con numeración asignada o subasignada”*.

Esta información era la que constaba a TME en el momento de efectuar la contestación al requerimiento de información (6 de abril de 2015):

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS

FIN CONFIDENCIAL]

El dato relativo al “número de líneas móviles” corresponde al total del número de líneas ‘activas’ (incluidas las importadas) que Air Digital tenía en el momento de contestar TME al requerimiento. Cabe destacar que este valor no correspondería al total de altas del operador desde el inicio de la prestación del servicio, puesto que desde entonces pudo haber más altas o algunos de los clientes podían haber cesado en la recepción del servicio (numeración que ha causado baja) o haber portado su número a otro operador (numeración exportada).

Por otro lado, en la última columna se detalla la “cantidad de números exportados/importados”, es decir, la cantidad de números que se han portado desde la operadora revendedora (en realidad, como se verá en el Hecho Probado siguiente, desde TME) a un tercer operador (exportación) y a los que han contratado los servicios de la operadora revendedora conservando la numeración proveniente de su anterior operadora (importación).

En el supuesto de que el modelo de negocio de un operador estuviera basado exclusivamente en la importación de numeración de otros operadores y no en dar altas nuevas, la diferencia entre la numeración importada y la exportada reflejada en un determinado momento debería ser un número como mínimo igual o mayor que el número de líneas móviles existentes en ese mismo momento, siendo –en una estimación- aproximadamente la diferencia el número de líneas que han causado baja. Esto es, el número de líneas totales en un determinado momento como mínimo ha de ser igual a la diferencia entre los números importados o exportados en ese mismo momento -si no se han dado altas nuevas basadas en numeración propia-. En caso de arrojar la comparación un número mayor de líneas activas, el operador ha tenido que dar de alta líneas nuevas.

En esta situación se encontraría Air Digital. Como se observa en el cuadro anterior, la operadora mantiene un número muy superior de líneas móviles (**[CONFIDENCIAL]**) que las importadas/exportadas (**[CONFIDENCIAL]**).

Por último, hemos de remitirnos a lo declarado por la propia Air Digital, que si bien es cierto que señala que no da altas nuevas, afirma a su vez que mantiene en depósito para nuevos clientes **[CONFIDENCIAL]** líneas (folios 324 a 327),

por lo que la operadora está dando a cliente final líneas (números) asignados inicialmente a TME. En efecto, señala la operadora en su contestación al último requerimiento de información formulado por esta Comisión que “cuando los clientes necesitan alguna línea adicional, les entregamos una línea nuestra de las que tenemos en “stand by”. A día de hoy contamos con aproximadamente **[CONFIDENCIAL]** líneas cuyo operador es TME (MOVISTAR) a nombre de Air Digital que no tienen usuario procedentes de bajas definitivas de clientes”.

En definitiva, resulta probado que Air Digital ha estado prestando servicios de reventa de telefonía móvil con numeración asignada a TME, lo que requiere la autorización de la subasignación de numeración -sin que se haya solicitado dicha autorización previamente a la CNMC-.

TERCERO.- Desde el día 21 de febrero de 2010⁸ hasta la actualidad, Air Digital no ha estado gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales siguiendo el procedimiento regulado en las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil

En la documentación aportada por Air Digital en el presente expediente sancionador⁹ (folios 172 a 173, 273 a 280 y 324 a 327), se comprueba que las solicitudes de portabilidad a terceros operadores por parte de los usuarios finales de Air Digital han estado siendo tramitadas mediante un procedimiento en el que es TME –y no el operador reventa que tiene relación con el usuario final- quien se encarga de su gestión, en calidad de operador donante de la numeración. Ello ha sido reconocido por Air Digital al señalar que la misma no tramita portabilidades ni activa ni pasivamente.

En concreto, el proceso seguido en la tramitación de la portabilidad de los usuarios de Air Digital cuando éstos han solicitado cambiar de operador, ha sido el siguiente, según manifiesta la propia operadora:

1. Al contratar el cliente (usuario final) con el operador reventa de los servicios móviles de TME, el cliente cede a dicho operador la titularidad de su línea.

Ello se ha podido comprobar en el análisis de los contratos minoristas entre Air Digital y sus clientes (folios 328 a 336). Concretamente, en las condiciones generales de contratación 2.a y 2.b) se señala que “la titularidad de la(s) línea(s) para la prestación del servicio telefónico por parte de terceros corresponde a Air Digital”.

Además, se han aportado por la operadora tres documentos de cesión de la

⁸ Fecha en la que se produjo la primera portabilidad de un cliente de Air Digital hacia otro operador.

⁹ Escritos de fechas 25 de marzo de 2015, 7 de noviembre de 2015 y 27 de mayo de 2016.

titularidad de las líneas a favor de Air Digital (folios 328 a 336).

2. Cuando el abonado del operador reventa desea cambiar de operador conservando la numeración, éste ha de comunicar a la entidad con quien tiene contratados los servicios (operador reventa) su intención de portarse, de modo que dicha entidad debe proceder a la devolución de la titularidad de la línea y, por tanto, al cambio de los datos identificativos del usuario de la misma.

En los contratos minoristas aportados por Air Digital (folios 328 a 336), se hace referencia expresa -condición general de contratación 2.c)- a la transmisión (devolución) de la titularidad de la línea por parte del revendedor al cliente cuando éste manifiesta su intención de resolver el contrato con Air Digital.

Concretamente, se señala en el contrato que “para el caso de resolución del contrato por parte del cliente, éste deberá notificar a Air Digital, de modo que quede constancia escrita, tal decisión, procediendo a transmitirse la titularidad de la/s línea/s”. Es Air Digital quien gestiona el cambio de titularidad, tal y como figura en los correos electrónicos remitidos por la operadora a esta Comisión en fecha 27 de mayo de 2016.

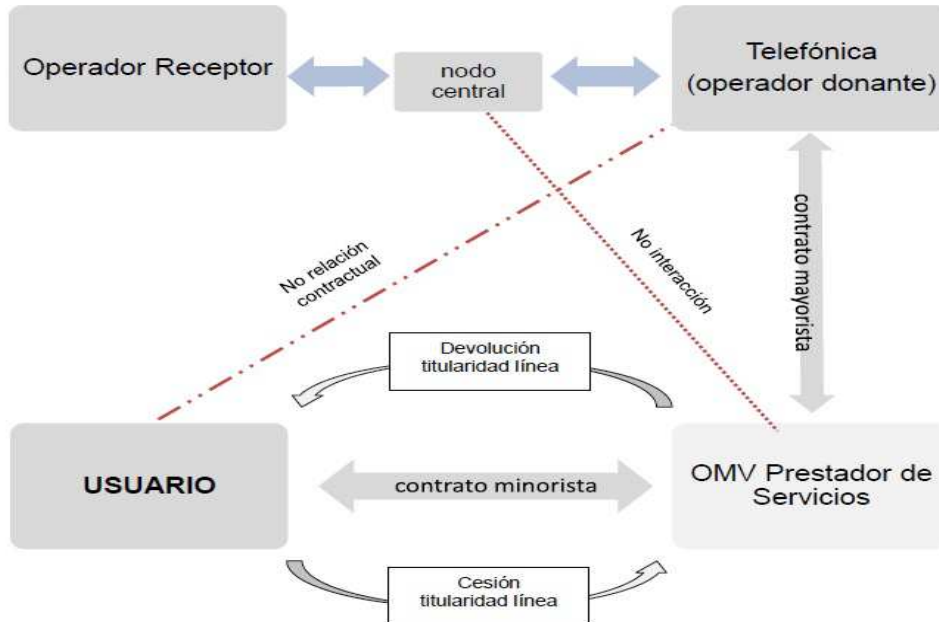
Además, se han aportado por la operadora tres documentos de cambio de titularidad a favor de los usuarios (devolución de la titularidad) y también tres solicitudes de devolución de las líneas (folios 337 a 356).

3. Una vez hecho el cambio, el cliente ha de indicar en la solicitud de portabilidad ante el operador receptor que el operador donante – operador que le presta el servicio- es TME, en lugar del revendedor.

Así se comprueba en el escrito de Air Digital de fecha 25 de marzo de 2015 (folios 172 a 173) en el que describe el proceso de portabilidad. Se afirma por la operadora que el cambio de titularidad de las líneas que pasan al cliente es realizado en el operador TME.

4. Finalmente, dado que la solicitud de portabilidad del cliente final la tramita TME como operador donante, este operador es quien acepta o rechaza la solicitud del cliente del operador revendedor, en lugar de éste último.

El procedimiento analizado se describe gráficamente a continuación:



De lo anterior se comprueba que el procedimiento seguido por Air Digital tiene como consecuencia que sus clientes, cuando contratan con ella, tienen que cederle la titularidad de la línea. Ello implica que cuando el usuario quiere contratar con otro operador, si quiere conservar el número telefónico (portar el número al otro operador), debe solicitar la devolución de la titularidad de la línea previamente a solicitar la portabilidad.

CUARTO.- Resumen de los Hechos Probados

En conclusión, a la vista de lo expuesto a través de los tres Hechos Probados ha resultado acreditado lo siguiente:

1. Air Digital está prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil sin haber comunicado previamente dicha actividad al Registro de Operadores para modificar los datos inscritos.
2. Air Digital está prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil, mediante el uso de numeración móvil asignada a TME, sin haber obtenido la autorización de la CNMC para la subasignación de dicha numeración de TME en favor de dicha entidad.
3. Desde el día 21 de febrero de 2010 hasta la actualidad, Air Digital no ha estado gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 instruir y resolver el presente procedimiento 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 (Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁰, 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]”*.

Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), que ha derogado la anterior ley.

En el presente caso, se ha investigado la posible infracción de la normativa relativa a la inscripción en el Registro de Operadores. Concretamente, se ha analizado si Air Digital habría cumplido con su obligación de comunicar previamente al Registro de Operadores de esta Comisión el inicio de su actividad como OMV PS (reventa del servicio telefónico móvil).

Asimismo, en materia de numeración, se investiga la posible infracción por parte de Air Digital de la normativa en dicha materia consistente en la falta de autorización de esta Comisión para la subasignación en favor de esta operadora de la numeración previamente asignada a TME, según establece el artículo 49 del Reglamento de Numeración¹¹.

De forma adicional, se ha analizado el posible incumplimiento por parte de Air Digital de los procesos establecidos en las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil¹², para la tramitación de los cambios de operador con conservación de la numeración, solicitados por sus clientes finales.

Dichas presuntas infracciones se habrían cometido estando vigentes la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante,

¹⁰ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

¹¹ Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

¹² Resolución de la CMT por la que se aprueba la Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de cambio de operador, de 7 de julio de 2011.

LGTel de 2003) y, posteriormente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014).

1.1 Competencia en relación con la infracción en materia de comunicación al Registro de Operadores de la modificación de los datos inscritos.

En primer lugar, sobre la infracción en materia de inscripción en el registro de operadores y modificación de los datos inscritos, ésta consistiría en la falta de notificación por parte de Air Digital de su actividad de reventa del servicio telefónico móvil para su inscripción en el Registro de Operadores, que gestiona esta Comisión, de conformidad con lo que disponía el artículo 48.4.l) de la citada LGTel de 2003.

El artículo 8 de la LGTel de 2003 señala que la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en dicha ley y su normativa de desarrollo. Dicha normativa, y en especial los artículos 5 a 12 del Reglamento de Prestación de Servicios, imponen a los operadores el deber de comunicar la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores.

El incumplimiento de esta obligación formal se tipificaba en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003 como infracción administrativa grave consistente en “*El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas*”, correspondiendo su competencia sancionadora también a la CNMC-artículos 48.4.j) y 58 del mismo texto legal.

La LGTel de 2014 mantiene la obligación de que los operadores se sujeten a las condiciones previstas en la ley y en su normativa de desarrollo, en especial el Reglamento de Prestación de Servicios, para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por lo tanto, se mantiene la obligación de notificar el cambio en los datos inscritos en el Registro de Operadores.

Al igual que en el marco jurídico anterior, el artículo 77.17 de la LGTel tipifica como infracción administrativa grave “*La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas*”. De conformidad con el artículo 84.1 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Minetur.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el Minetur no asuma la competencia efectiva de la gestión del Registro de Operadores y la competencia

sancionadora en este ámbito, estas facultades se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

1.2. Competencia en relación con la infracción en materia de numeración

En segundo lugar, la infracción en materia de numeración consistiría en la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil mediante el uso de numeración previamente asignada a TME, sin la correspondiente subasignación a su favor.

Concretamente, en la letra t) del artículo 53 de la LGTel de 2003 se establece como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo para realizar tales actividades.

La LGTel de 2003 establece, en su artículo 58, que la competencia sancionadora corresponderá *“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en el párrafo q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados”*.

Es decir, la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil sin tener la correspondiente autorización administrativa de subasignación supondría una infracción muy grave de acuerdo con la LGTel de 2003, correspondiendo la competencia sancionadora a la CNMC.

Por otro lado, de conformidad con la LGTel de 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve *“[La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 61 y 6.2”*.

Además de contemplarse dicha infracción como leve (ya no como muy grave), la LGTel de 2014 señala en su artículo 84.2 que la competencia sancionadora corresponderá a la CNMC, en el ámbito material de su actuación, *“cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”*.

Por tanto, esta infracción (la contemplada en el artículo 78.8) no se encuentra dentro de las infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión. De acuerdo con el artículo 84.1 de la LGTel de 2014, la competencia sancionadora corresponderá *“Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la*

Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados”.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el Minetur no asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo por la CNMC.

1.3 Competencia en relación con la infracción en materia de portabilidad

En tercer lugar, la presunta infracción en materia de portabilidad consistiría en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Concretamente, TME y los revendedores habrían utilizado un procedimiento para gestionar la portabilidad de los clientes de los revendedores diferente del establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Dicho procedimiento supone que la solicitud de portabilidad ha de presentarse por los clientes de los revendedores directamente ante el operador receptor y el operador donante ha de garantizar la portabilidad de sus usuarios finales.

De acuerdo con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 constituye una infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.*

La competencia sancionadora de este tipo infractor correspondería a la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LGTel de 2003.

La nueva LGTel de 2014 contempla como infracción muy grave en el artículo 76.12 *“[e]l incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.*

Según la nueva LGTel de 2014, en su artículo 84.2 citado anteriormente, la competencia sancionadora sobre este tipo de infracción continúa recayendo sobre la CNMC.

1.4.- Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC, así como por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del EOCNMC.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Air Digital ha incumplido sus obligaciones. En concreto, la de comunicar al registro de operadores el inicio de su actividad, la utilización de numeración subasignada para la prestación de sus servicios sin la preceptiva autorización administrativa y el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

3.1. Sobre la infracción de Air Digital por no comunicar su nueva actividad a la CNMC para la modificación de su inscripción como OMV Prestador de Servicios de comunicaciones electrónicas en el Registro de Operadores

Como se ha analizado en el Hecho probado primero, ha resultado acreditado que la entidad Air Digital ha estado prestando, desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad, el servicio de comunicaciones electrónicas móviles como OMV-PS, al dedicarse a la reventa a usuarios finales del servicio telefónico móvil disponible al público prestado por TME sin haber notificado esta circunstancia al objeto de que se procediera a la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores.

Como prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al público en general, la CNMC inscribe en la actualidad dos tipos de OMV: los OMV PS “prestadores de servicio” y los OMV “completos”¹³:

¹³ Existen otros tipos de figuras –como el Agregador o Enabler-. Esta clasificación general pretende ilustrar únicamente las formas más comunes de comercialización del STDP móvil que hay en el mercado –al margen de otros tipos de comercialización del servicio por los que su prestador no asume una responsabilidad como operador de comunicaciones electrónicas-.

- Los OMV PS prestadores de servicios: son entidades que revenden el servicio que soportan en sus redes los operadores móviles con red de acceso y/o concesión de radiofrecuencias. Los operadores revendedores son los encargados de facturar los servicios a sus clientes así como de ofrecer los servicios de atención al cliente (ej. a través de call centers) pero no necesitan disponer de equipamientos de red propios, ya que sus servicios se sustentan en los equipos de red del operador móvil cuyos servicios revende, con el que ha de llegar a un acuerdo de acceso.
- Los OMV completos: son entidades que prestan el servicio telefónico móvil disponible al público pero que no disponen de derechos de uso del espectro radioeléctrico. Esta limitación provoca que deban utilizar, para prestar su servicio, los elementos relacionados con el acceso radio del operador móvil con red y licencia de uso del espectro radioeléctrico (antenas, BTS, BSC, MSC/VLR, SGSN, etc), con el que ha de llegar a un acuerdo de acceso. No obstante, a diferencia de los OMV PS, los OMV completos disponen de elementos de red no relacionados directamente con el acceso radio (GMSC, RI, HLR, SMSC, MMSC, GGSN, etc), los cuales forman parte de la red troncal de los operadores de red móvil.

En lo relativo a la figura del revendedor u OMV-PS, la CMT y CNMC han señalado en varias ocasiones que la reventa de los servicios de comunicaciones electrónicas implica la actuación del revendedor como cliente mayorista respecto de un operador (operador de red) y como suministrador minorista respecto a un tercero (usuario final). El revendedor es responsable de la prestación del servicio ante los usuarios y de las actividades conexas como la facturación, la atención al cliente, etc. y oferta y contrata a sus potenciales clientes en nombre propio, estableciendo sus propias condiciones y precios¹⁴.

En este sentido, el contrato suscrito entre TME y Air Digital para la *“venta de productos y de prestación de servicios a revendedores móviles de la información para su reventa”* tenía por objeto permitir a la segunda entidad revender a terceros –en nombre propio– el servicio telefónico móvil provisionado por TME. En otras palabras, en virtud del acuerdo entre Air Digital y TME, dicha entidad actuaba como cliente mayorista de TME, para poder ofrecer en el mercado minorista los servicios objeto de dicho contrato.

¹⁴ Sirva, entre otras, la determinación de OMV PS que se estableció en la Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a la consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) (RO 2005/759) o en la Resolución del procedimiento sancionador incoado contra la entidad 20020Tel Europa, S.L. por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (RO 2013/344).

Dicha actividad de reventa se considera un servicio de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, Air Digital lo ha estado prestando como revendedora del servicio telefónico móvil de TME sin comunicarlo previamente a esta Comisión en los términos expuestos en el artículo 12 en relación con el artículo 5.5.d), ambos del Reglamento de Prestación de Servicios, para que se procediera a la modificación de los datos inscrito en Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que gestiona actualmente esta Comisión. De ello se concluye que no ha cumplido con su obligación de comunicar esas modificaciones en lo que se refiere a su actividad como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas.

Además, como se ha hecho constar en el Hecho Probado Primero, Air Digital es un operador de servicios de comunicaciones que consta inscrito en el Registro de Operadores para la prestación del servicio de reventa del STDP fijo, en virtud de la solicitud de una autorización provisional que presentó en noviembre de 1999, y en base a cuya inscripción ha sido considerada sujeto pasivo de la TGO. Sin embargo, no ha notificado la segunda actividad como prestador del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico móvil a la CNMC ni ha presentado su declaración de ingresos brutos de explotación para la liquidación de la TGO en relación con dicha actividad.

El artículo 128.1 de la LRJPAC señala que *“Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”*.

El tipo de infracción del artículo 54.p) de la LGTel de 2003, dispone que se considera infracción grave *“El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*.

Dicha infracción se mantiene como grave y con una redacción similar en el artículo 77.17 de la LGTel actual, que tipifica como infracción administrativa grave *“la negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*..

La infracción analizada se comete al comenzarse a realizar una nueva actividad –en agosto de 2008- distinta a la que originó su inscripción en el Registro de Operadores como operador de servicios de comunicaciones electrónicas sin realizarse la notificación a la CMT. Por lo tanto, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003 concretada, en el presente caso, en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de *“operador móvil virtual prestador de servicio”*, sin haber realizado la notificación fehaciente a este organismo prevista en el artículo 12.2 del Reglamento de Prestación de servicios en relación con el

artículo 8.1 de la LGTel de 2003. Ello verifica el requisito de tipicidad conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

La propuesta de resolución tipificaba la conducta como una infracción del artículo 53.t) de la LGTel de 2003, que dispone que constituye una infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, en relación con el artículo 6. 2 de la misma ley, al considerar que Air Digital había prestado el servicio de reventa del servicio telefónico móvil sin comunicarlo previamente a esta Comisión.

Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso y las alegaciones de Air Digital, se considera más adecuado tipificar su conducta bajo el artículo 54.p) de la LGTel de 2003, que comporta menor gravedad. En caso contrario, y sin perjuicio de las consideraciones sobre la cuantificación de la multa a imponer, se colocaría en idéntica situación al operador que, infringiendo los requisitos esenciales establecidos por la Ley para iniciar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, no realizara la notificación previa a su inicio, que al que ya estuviese inscrito como operador de servicios de comunicaciones electrónicas para determinados servicios e iniciara la prestación de una modalidad sin comunicarlo previamente para adaptar la inscripción a su nueva situación. El desvalor de ambas conductas es diferente, pues mientras que en el primer caso se trata de la infracción del requisito para el acceso a la actividad como operador de redes o servicios de comunicaciones electrónica y se hurtaría a las administraciones de la herramienta básica de control de su actividad (el Registro de Operadores). En el segundo supuesto el operador constaría inscrito, pero los datos de su inscripción no corresponderían a la realidad mientras no se notificase su modificación o ampliación. La actualización de los datos inscritos no es un requisito previo para el inicio de la actividad, sino una mera condición para su ejercicio.

Air Digital reportaba datos a esta Comisión con fines estadísticos que separaban ambas actividades, pese a lo cual, en lo que se refiere a su inscripción en el Registro de Operadores, no actualizó los servicios que prestaba mediante la preceptiva notificación previa. Precisamente, el tipo bajo el que se subsume su conducta busca preservar, como bien jurídico protegido, la adecuación de los datos inscritos a la realidad de los operadores y de sus actividades, por lo que la conducta merece un reproche jurídico diferenciado.

3.2. Infracción por la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico móvil sin la previa solicitud de autorización de subdesignación de la numeración de TME a su favor

El artículo 48 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por el Reglamento de Numeración

dispone que tienen derecho a obtener recursos públicos de numeración del plan nacional de numeración telefónica los operadores de redes telefónicas públicas y del servicio telefónico disponible al público, en la medida en que lo necesiten para permitir su efectiva prestación.

Asimismo, el artículo 49 del citado Reglamento dispone que los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas pero no se encuentren en condiciones de obtener la asignación de recursos públicos de numeración, pueden utilizar las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, previa autorización de la Comisión.

La subasignación de numeración regulada en nuestra normativa sectorial (artículo 49 del Reglamento de Numeración) tiene por objeto permitir a los operadores dedicados a la reventa de servicios de telefonía el uso de numeración, al no tener reconocido el derecho a ser asignatarios de este tipo de recursos públicos en virtud del artículo 48 del citado Reglamento. Con este mecanismo, los operadores revendedores de servicios de comunicaciones electrónicas (fijas o móviles), pueden disponer de recursos de numeración con los que poder dar de alta las líneas de nuevos clientes para ofrecerles servicios de comunicaciones electrónicas en nombre propio a partir de las condiciones mayoristas acordadas con un operador, explotador de red o prestador de servicios, que disponga de numeración asignada por esta Comisión.

De esta forma, la normativa sectorial configura un derecho a obtener numeración por los operadores en el caso en que sea necesaria para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, derecho que comporta la obligación de solicitar la autorización a esta Comisión para dicha utilización.

Durante la instrucción se ha podido acreditar que desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad, Air Digital ha estado prestando servicios de reventa del servicio telefónico móvil que requieren de numeración, sin la correspondiente subasignación por parte de TME a dicha entidad, previa solicitud de autorización a la CNMC.

Por la comisión de dicha conducta, Air Digital estaría incurriendo en un incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, al estar utilizando numeración pública sin haber obtenido la correspondiente autorización por parte de esta Comisión –o, anteriormente, la CMT-.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios señala que los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan en régimen de libre competencia, sin más limitaciones que las establecidas en la LGTel y su normativa de desarrollo. Entre tales limitaciones –que se configuran como requisitos para comenzar a prestar la actividad-, se encuentra (i) la necesidad de llevar a cabo una notificación a este organismo y cumplir una serie de

requisitos (establecidos en el citado artículo 4 y siguientes) y (ii) disponer de los títulos necesarios para explotar derechos de uso del dominio público radioeléctrico, ocupación del dominio público o de la propiedad privada y recursos de numeración, direccionamiento o denominación, en virtud del apartado 4 del mismo artículo del Reglamento, que se remite a lo dispuesto en la normativa específica aplicable a dichos recursos públicos.

Pues bien, el artículo 53.t) de la LGTel de 2003 tipifica como infracción administrativa muy grave *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo”*.

Es decir, la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas sin disponer de la correspondiente autorización de la CNMC para la subasignación de la numeración utilizada para su prestación, conllevaría una infracción muy grave de acuerdo con la LGTel de 2003.

Sin embargo, de conformidad con la LGTel de 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve *“[l]a explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2”* –esto es, se tipifica como infracción leve el incumplimiento de los requisitos exigibles, con la excepción de los establecidos en los artículos 6.1 y 6.2, entre los que se encuentra la exigencia de notificación previamente al inicio de la actividad-.

Según la información de que dispone esta Comisión, la conducta imputada a Air Digital se ha venido realizando desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad, de modo que se concluye que Air Digital ha incurrido en una infracción administrativa y procede aplicar la actual LGTel de 2014 al resultar más favorable para Air Digital, en virtud del artículo 128.2 de la LRJPAC. En conclusión, Air Digital ha incurrido en la comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 78.8 de la LGTel de 2014.

3.3. Infracción por el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT, de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011

De los antecedentes expuestos se ha podido concluir que, desde el día 21 de febrero de 2010 hasta la actualidad, Air Digital ha estado prestando sus servicios de reventa del servicio telefónico móvil sin seguir los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, para tramitar el cambio de operador con conservación de la numeración de sus usuarios finales.

Ha de partirse de que todos los procedimientos administrativos definidos en las

Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas mediante Resoluciones de la CMT de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, son de directa aplicación, tanto a los operadores móviles de red como a los OMV, ya sean completos o prestadores de servicio.

Así se contempla en dichas Especificaciones. Concretamente, cuando el operador de red ha llegado a un acuerdo de acceso con un revendedor, ambos han de participar en el proceso de portabilidad, tanto para el caso de que un usuario desee portarse al revendedor (actuando éste como operador receptor¹⁵) como para el que el usuario desee irse a otro operador (actuando éste como operador donante¹⁶). El revendedor tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad, correspondiendo al operador de red su ejecución técnica (apartado 5.1 de las Especificaciones de 2009 y 2011).

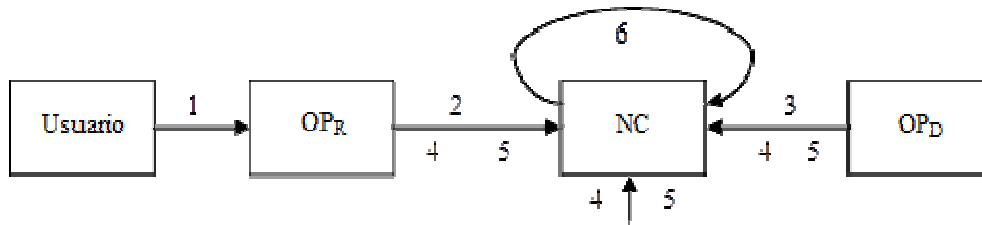
Es decir, el operador de red es el encargado de encaminar las llamadas a nivel técnico, sin perjuicio de que la responsabilidad de asegurar el ejercicio del derecho a la portabilidad por parte del abonado corresponde al prestador del servicio (en el presente caso a los operadores reventa). En otras palabras, el revendedor tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad de los usuarios, correspondiendo al operador de red la ejecución técnica de la misma.

Así pues, en el caso de que el cliente de un OMV prestador de servicio (revendedor) quisiera cambiarse de operador, debería poder solicitar directamente la portabilidad al operador receptor. En este caso el operador donante es el revendedor.

Según el apartado 5.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil de 2009 y 2011, los abonados, tanto de prepago como de postpago, deben iniciar el proceso de portabilidad mediante una solicitud de portabilidad al operador receptor. Así se contempla igualmente en el apartado 7.2.1.2, según el cual “el usuario formaliza una solicitud de alta de portabilidad con el operador receptor”, tal y como se describe a través del siguiente diagrama:

¹⁵ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador receptor el “operador elegido por un abonado para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en modalidad de contrato o prepago o similar, el cual garantizará al abonado la conservación de su numeración telefónica”.

¹⁶ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador donante el “operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad”.



- 1.El usuario solicita el alta de portabilidad con el operador receptor.
- 2.Una vez recibida la solicitud de portabilidad por el operador receptor, éste, en el mismo ½ día hábil en el que se formaliza la solicitud de alta de portabilidad por parte del abonado se conecta al nodo central y realiza la grabación de la citada solicitud.
- 3.Dentro del medio día hábil siguiente al medio día hábil en que el operador receptor ha procedido a la grabación de la solicitud de alta, el operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de alta de portabilidad, registrando dicha decisión en el nodo central, de modo que quede accesible al resto de operadores y entidades. Así, el operador donante podría rechazar la solicitud en el caso de falta de correspondencia entre la numeración y el abonado identificado por su NIF/ NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF.

En el caso de que transcurrido dicho período el donante no hubiera realizado la confirmación/rechazo de la solicitud, el nodo central rechazará la solicitud, indicando como causa de la misma la falta de respuesta en tiempo del operador donante.

- 4.Lectura de la confirmación/rechazo de la solicitud por el operador receptor.
- 5.Lectura del fichero de movimientos no cancelables por todos los operadores de red, al objeto de poder ejecutar las tareas para asegurar el encaminamiento de las llamadas.
- 6.Cambio de estado de la solicitud a “portada” en el nodo central al comienzo del medio día hábil siguiente a la ventana de cambio.

Según el apartado 4 de las dos Especificaciones Técnicas citadas, referente a las definiciones, el operador donante es el “operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad”. En consecuencia, Air Digital debería ser la operadora donante al dedicarse a la

reventa de los servicios de comunicaciones móviles de TME.

Asimismo, si un usuario de un OMV PS, como Air Digital, quisiera cambiarse de operador, el apartado 7.2.1.2 de dichas Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil de 2009 y 2011 determina que el operador donante (el OMV PS) debe validar los datos del usuario que se cambia de operador con el objeto de confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad.

No obstante, el procedimiento utilizado por Air Digital, descrito en el Hecho probado tercero, difiere del establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil citadas en la medida en que no puede garantizar el derecho a la conservación de la numeración en 1 día hábil como operador donante.

En este caso, el usuario de Air Digital debe, antes de acudir al operador receptor, ponerse en contacto con Air Digital al objeto de solicitar la devolución de la titularidad de la línea. No obstante, en estos casos, el operador donante no es –como debería- Air Digital sino TME.

En efecto, las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil aplican directamente a los OMV PS, de modo que éstos deben ostentar la condición de operador donante o receptor, según los casos. En el presente caso, sin embargo, es TME la que interviene como operadora donante.

Pues bien, tanto el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 como el artículo 76.12 de la LGTel actual, califican como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión.

En consecuencia, siendo la LGTel de 2014 la vigente actualmente, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de un infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, concretada, en el presente caso, en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “operador móvil virtual prestador de servicio”, sin cumplir las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas por la CMT, existiendo nuevamente tipicidad conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC

CUARTO. Culpabilidad y responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJAP y PAC, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

De esta manera, puede concluirse que en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Por ejemplo, en el cumplimiento de las condiciones determinantes 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.

En el presente caso, los tipos infractores aplicables no exigen la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente, respectivamente, en la falta de notificación al Registro de Operadores del inicio de la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico móvil para la modificación de los datos inscritos, la prestación de servicios sin tener subasignada numeración por parte de TME, previa solicitud de autorización a la CNMC, y el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad de Móvil.

Por lo que se refiere a la falta de notificación al Registro de Operadores de su actividad como OMV PS, no se ha observado que, por parte de Air Digital hubiera una voluntad intencionada de no presentar la notificación de ampliación de los servicios, por lo que se imputa la infracción a título de negligencia.

La operadora ha manifestado que estimó que no era necesario notificar al estar inscrita como revendedora del servicio telefónico en general.

Sin embargo, Air Digital está inscrito como revendedor del STDP fijo –no en general-. De este modo, no puede dejar de imputarse a Air Digital la infracción, en la medida en que, como operador inscrito para reventa del STDP fijo y teniendo en cuenta la solicitud que presentó en su día, debió conocer la norma aplicable, debió notificar la ampliación de los servicios inscritos para la actualización de los datos inscritos y, en consecuencia, tener la consideración de sujeto pasivo de la TGO correspondiente al servicio de telefonía móvil no notificado, que no le ha sido liquidada durante estos años.

Con respecto a la solicitud por parte de Air Digital de autorización para la

subasignación de numeración, la operadora ha indicado que entendía que no era necesario al no haber tramitado altas nuevas. Sin embargo, como se deduce de los Hechos probados, esta operadora sí tramitó altas nuevas, pero no se percibe la existencia de dolo en su actuación, que ha llevado a cabo según el contrato firmado con TME, sobre la base de los números que TME le proporcionaba.

Por último, en cuanto al incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, la operadora ha señalado que la misma no ha tramitado portabilidades, por lo que no podría imputársele la infracción consistente en el incumplimiento de aquéllas. Se ha analizado con anterioridad en qué consiste la infracción imputada. Air Digital, como OMV PS que gestiona líneas de clientes con numeración, ha de cumplir con lo dispuesto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil para garantizar el derecho de los usuarios a portarse de operador conservando su numeración. Sin embargo, se considera aplicable a esta infracción el mismo razonamiento contemplado en el párrafo anterior, por lo que procede imputar la infracción a título de negligencia.

QUINTO.- Cuantificación de las sanciones aplicables

5.1.- Límites legales de las sanciones

La LGTel de 2014 establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, las conductas antijurídicas consisten en (i) la falta de comunicación de la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores; (ii) en la prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por parte de TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC y (iii) en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

- (i) Falta de comunicación de la modificación de los datos inscritos en el Registro de Operadores

De conformidad con el artículo 56.1.c) de la LGTel de 2003, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa grave del artículo 54 p) de la LGTel de 2003 es la siguiente:

c) Por la comisión de infracciones graves 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 500.000 euros.

Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.

- (ii) Prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC

Por otro lado, la sanción que corresponde por la infracción administrativa leve del artículo 78.8 de la LGTel de 2014 es la prevista en el artículo 79.1 d) de la misma Ley:

“Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 50.000 euros”.

- (iii) Incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil

Por la infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014 la sanción que corresponde es la contemplada en el artículo 79.1 a):

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta 20 millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

5.2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales de cuantificación

A partir del límite legal máximo, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 80.1 de la LGTel/2014:

- 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.

Además, 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 131.3 de la LRJAP y PAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) 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.”

Finalmente, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJAP y PAC, según el cual:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”

En este sentido, 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). El principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción han 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 un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio

de proporcionalidad y disuasión¹⁷. Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

Para cuantificar las sanciones, se ha tenido en cuenta que la comisión de la infracción por parte de Air Digital consistente en no comunicar a la CNMC la modificación de los datos inscritos y el inicio de su actividad de reventa del servicio telefónico móvil no le causó un beneficio económico directo, al tratarse de un acto gratuito para los operadores, al igual que la obtención de autorización para utilizar la numeración subasignada de TME. Tampoco el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil ha conllevado un beneficio económico directo para Air Digital.

Ha de tenerse en cuenta que, por una parte, Air Digital habría evitado el pago de la TGO por esta actividad no declarada –sin perjuicio de la liquidación administrativa por los ejercicios no prescritos- y la contribución a los costes al Nodo Central. No obstante, por otra parte es posible que TME haya fijado sus tarifas mayoristas a Air Digital teniendo en cuenta la gestión de la numeración que lleva a cabo –además de que en principio la cuota variable al Nodo central por los clientes de Air Digital la estará pagando TME-.

Por tanto, de conformidad con el artículo 79.1 a) de la LGTel, y teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por estas infracciones, 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 dos millones de euros, cincuenta mil euros y veinte millones de euros, dependiendo del tipo de infracción.

¹⁷ STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

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

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- El límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 500.000 euros en el caso de la infracción en materia de inscripción registral.
- En el caso de la infracción en materia de numeración dicho límite es cincuenta mil euros.
- Por lo que se refiere a la infracción en materia de portabilidad, el límite máximo es de veinte millones de euros.

Concurre un criterio que aconseja atenuar la sanción a imponer por este incumplimiento -de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil-: la escasa o nula repercusión social derivada de la conducta cometida.

Además de los criterios citados, ha de tenerse en cuenta la situación económica de Air Digital, acreditada en el presente procedimiento en los ingresos brutos de explotación declarados por Air Digital a esta Comisión: A priori, para el cobro de la TGO, la operadora únicamente aportó a la Comisión los ingresos obtenidos como consecuencia de la prestación del servicio de reventa del STDP fijo. No obstante, como se ha expuesto anteriormente, la operadora ha afirmado durante la tramitación del presente expediente que obtuvo en el año 2014, como operador revendedor del STDP móvil, **[INICIO CONFIDENCIAL]** euros en 2014 y **[CONFIDENCIAL]** euros en 2015.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos, se considera que procede imponer a Air Digital las siguientes sanciones:

- Respecto a la infracción grave tipificada en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003, una sanción económica de mil -1.000- euros por no haber comunicado el inicio de una nueva actividad como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas para el que ya se encontraba inscrito, es decir, el inicio de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de *“operador móvil virtual prestador de servicio”*.

Para la proposición de esta sanción se tiene en cuenta que la operadora comenzó su actividad de prestador de servicios de comunicaciones electrónicas en 2008 y no ha comunicado hasta la fecha su nueva actividad.

- Respecto a la infracción leve tipificada en el artículo 78.8 de la LGTel de 2014, se propone imponer una sanción económica de dos mil -2.000-

euros por la prestación del servicio de reventa sin subasignación de numeración por TME, previa solicitud de autorización ante la CNMC.

- Respecto a la infracción muy grave contemplada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, se propone imponer una sanción económica de diez mil -10.000- euros por el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

Además de lo anterior, el infractor está obligado al pago de la Tasa General de Operadores (TGO) que habría de haber satisfecho conforme al Anexo I de la LGTel de 2003 y 2014 en el supuesto de haber realizado la comunicación previa al Registro de Operadores al amparo de lo previsto en el artículo 6.2 de la LGTel de 2014 (y en el mismo artículo de la antes vigente LGTel de 2003), conforme al artículo 71.2.d) y el Anexo de la misma LGTel de 2014 y el artículo 17.b) del Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A., de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 54.p) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir las condiciones exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo, en relación con su deber de comunicar las modificaciones que se produzcan respecto de los datos inscritos en el Registro de Operadores desde el mes de agosto de 2008 hasta la actualidad.

SEGUNDO.- Imponer a Air Digital, S.A. una sanción económica de **mil euros (1.000 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A., de la comisión de una infracción leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración desde el mes de agosto hasta la actualidad.

CUARTO.- Imponer a Air Digital, S.A una sanción económica de **dos mil euros (2.000 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Tercero.

QUINTO.- Declarar responsable directo a Air Digital, S.A., de la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 76.12) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011 desde el 21 de febrero de 2010 hasta la actualidad.

SEXTO.- Imponer a Air Digital, S.A una sanción económica de **diez mil euros (10.000 €)** por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.