



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión núm. 21/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de mayo de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa sobre el presunto uso inadecuado por parte de Bytel Projects, S.L.U. del número 27020 para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia

(DT 2013/289)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) ha tenido conocimiento de una posible utilización inadecuada por parte de la entidad Bytel Projects, S.L.U. (en adelante, Bytel) del número 27020 para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, servicio de mensajes STA).

En concreto, esta Comisión constató la existencia de mensajes enviados desde el número 27020 a usuarios que no solicitaron ningún servicio a través de dicho número. El mensaje recibido incluía un texto que invitaba a responder al mismo sin especificar el servicio que se pretendía ofrecer.

SEGUNDO.- En virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 20 de febrero de 2013 se notificó a Bytel el inicio de un periodo de información previa a fin de analizar la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, incluyéndose un requerimiento de información sobre los siguientes aspectos:

- Operadores de acceso móvil desde cuyas redes se encuentra accesible el servicio asociado al número 27020 y fecha de puesta en servicio en cada una de las redes.
- Evolución semanal de la cantidad de mensajes recibidos y enviados con el número 27020 por Bytel desde el inicio de la prestación del servicio hasta la fecha actual, diferenciando por operador de acceso.
- Del volumen total de mensajes originados con el número 27020 del epígrafe anterior, indicar la cantidad de mensajes enviados a usuarios finales sin la existencia de una invocación previa del servicio por parte de tales usuarios. Especificar el operador propietario del centro de mensajería SMSC (*Short Message Service Center*) desde el cual se envían dichos mensajes publicitarios y su localización geográfica.



- Descripción detallada del servicio ofrecido a través del número 27020 (desde la publicidad hasta la prestación del servicio) incluyendo toda la casuística que pueda presentarse durante la prestación del mismo.
- Identificación del operador titular de la plataforma de almacenamiento y reenvío que se encuentra conectada a las redes de acceso de los operadores móviles, y desde la cual se ofrece el servicio con el número 27020.

TERCERO.- Con fecha 19 de marzo de 2013, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de Bytel en respuesta al requerimiento de información incluyendo información acerca del servicio que ofreció durante el mes de febrero de 2013 a través del número 27020, los operadores de acceso desde los que el servicio era alcanzable, así como el tráfico de mensajes que se produjo durante ese mes.

CUARTO.- Con fecha 16 de mayo de 2013, esta Comisión acordó, en relación con el expediente de referencia, la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación en tres meses, conforme a lo previsto en el artículo 42.6 de la LRJPAC.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de las actuaciones previas

Las presentes actuaciones previas tienen por objeto recabar información sobre el posible uso inadecuado del número 27020 por Bytel para prestar servicios de mensajes STA y determinar, en consecuencia, si tales actuaciones podrían suponer una infracción de la normativa sectorial de telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Esta Comisión es competente para investigar el posible uso inadecuado del número referido tal y como se establece en el artículo 48.4.b de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su redacción modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible: “[...] *La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. [...]*”.

Asimismo, el capítulo III de la Orden ITC/308/2008¹ reconoce a esta Comisión la competencia para la gestión y control de la numeración para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

Asimismo, el artículo 48.4.j de la LGTel, atribuye a esta Comisión “*el ejercicio de la potestad sancionadora [...]*”. En concreto, el artículo 53.r de la misma Ley tipifica como 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, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes*».

En virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LGTel, en su redacción modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el artículo 2 del Reglamento de régimen interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de 5 de abril de 2012, la Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo establecido en la LRJPAC.

¹ Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.



Por lo tanto, de acuerdo con todo lo anterior, se concluye que esta Comisión tiene competencia para conocer del presente expediente.

TERCERO.- Consideraciones sobre el periodo de información previa

Como ya ha sido citado anteriormente, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC cuyos artículos 68 y 69.1 habilitan a esta Comisión para iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente la imagen pública de la persona imputada.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y ni constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

CUARTO.- Descripción del servicio de Bytel

Mediante la Resolución DT 2012/1497, de 20 de julio de 2012, se asignó a Bytel el número 27020 para la prestación de servicios de mensajes STA. En contestación al requerimiento de información efectuado a Bytel, este operador manifestó las siguientes consideraciones:

- El número 27020 es accesible desde los operadores Movistar y Vodafone.
- Respecto de la evolución semanal del número de mensajes recibidos y enviados con el número 27020 por Bytel desde el inicio de la prestación del servicio² hasta la fecha del requerimiento -20 de febrero de 2013-, diferenciando por operador de acceso, Bytel declara que durante el mes de febrero se enviaron 428.613 mensajes *push*³, de los cuales 292.906 se enviaron desde Movistar y 63.934 desde Vodafone. En el mismo periodo, la entidad fija en 28.255 los servicios de mensajes STA invocados por los usuarios y efectivamente prestados. Asimismo, a tenor de los resultados obtenidos durante el mes de febrero, Bytel afirma haber dejado de promocionar los servicios ofrecidos a través del número 27020.
- En cuanto al centro de mensajería SMSC (*Short Message Service Center*) desde el cual se envían los mensajes *push* y su localización geográfica, Bytel declara que el SMSC utilizado es el de AMD Telecom, S.A. ubicado en Grecia.
- En relación con la descripción del servicio a través del 27020, desde la publicidad hasta la prestación del servicio e incluyendo toda la casuística que pueda presentarse durante la prestación del mismo, Bytel únicamente ofrece la siguiente explicación: "*Servicio de chat de amistad cuya invocación se realiza a través de 'landing page' introduciendo su móvil de teléfono y contestando a los mensajes recibidos, cuya facturación solo se realiza en caso de contestarlos, pudiendo el usuario dejar de recibir los mismos enviando la palabra BAJA o si no contesta al mensaje recibido publicitario del chat*".

² Bytel solo aporta datos de febrero de 2013, pero no especifica la fecha desde la cual el servicio era operativo.

³ Mensajes enviados a usuarios finales sin la existencia de una invocación previa de servicio por parte de tales usuarios.



- Bytel afirma estar conectado con la plataforma del almacenamiento y reenvío de mensajes de Jet Multimedia España, S.A. a través de la cual se accede a las redes de los operadores móviles.

QUINTO.- Análisis del uso de la numeración

La Orden ITC/308/2008 define la numeración habilitada para prestar servicios de mensajes STA así como los criterios de gestión y control para la prestación de tales servicios. El formato de números 25YAB – 27YAB (Y, A, B = de 0 a 9) se define para la modalidad de servicio de “Precio ≤ 1,2€” mediante la que el usuario recibe un servicio por cada mensaje de invocación enviado, no previéndose para este rango otros servicios que impliquen la suscripción a un servicio y el consecuente envío de mensajes hasta que el usuario consigne la baja al mismo. Asimismo, esta modalidad tampoco puede ser usada para servicios de adultos dada la existencia de otra modalidad (formato de números 995ABM – 997ABM) a la que se adscriben exclusivamente estos servicios.

De la descripción del servicio ofrecida por Bytel se deduce que no existen mensajes de invocación del servicio por parte del usuario. La “invocación” del servicio por parte del usuario se realiza introduciendo su número de teléfono móvil en una página web y esta acción deriva en una supuesta suscripción. En particular, la secuencia de acciones descrita es la siguiente:

- Un usuario realiza la invocación al servicio consistente en la introducción de un número de teléfono móvil en una web tipo *landing page*⁴.
- La invocación deriva en una suscripción consistente en el envío continuado de mensajes al usuario incitando al uso del servicio (gratuitos). Cuando el usuario responde, se le factura por cada contenido recibido.
- Esta suscripción puede ser dada de baja enviando la palabra BAJA (no se especifica a qué número ha de enviarse la palabra BAJA) o si no se contesta al mensaje recibido publicitario del chat (no se especifica la casuística de aparición de este mensaje).

De acuerdo al marco de prestación de los servicios de mensajes STA pertenecientes a la modalidad a) de la Orden ITC/308/2008 (rangos 25YAB – 27YAB) y analizada la secuencia de acciones que comprenden los servicios prestados por Bytel a través del número 27020, esta implementación resulta no acorde con la modalidad de servicio a la que pertenece el número 27020, dada la inexistencia de un mensaje de invocación al servicio por parte del usuario y porque se ofrece un servicio que implica una suscripción de facto (es necesario el envío de un mensaje con la palabra BAJA para cesar en la suscripción).

SEXTO.- Conclusión

Del análisis llevado a cabo en la presente información previa se concluye que hay indicios evidentes de que el operador Bytel ha utilizado el número 27020 de manera inadecuada para un fin distinto al especificado en la solicitud y en la resolución de asignación, esto es, la modalidad “a” definida en la Orden ITC/308/2008, habiendo incurrido en el supuesto recogido en el artículo 9.c.ii. de dicha Orden para la posible cancelación de la asignación del número 27020. En consecuencia, esta Comisión debe incoar el correspondiente procedimiento de cancelación de la asignación del número 27020.

SÉPTIMO.- Apertura de un procedimiento sancionador

Del análisis realizado, esta Comisión considera que existen indicios suficientes que permiten concluir que en la prestación de servicios a través del número 27020 Bytel puede haber

⁴ *Landing page* es una web a la que normalmente se accede tras pulsar en el enlace de algún *banner* publicitario situado en otra web, con el fin de detallar algún tipo de producto o servicio.



realizado actividades tipificadas en el apartado 'r' del artículo 53 de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (Reglamento del Procedimiento Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la LGTel, determina que:

“1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. (...)”.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4.j y 50.7 de la LGTel, corresponde a esta Comisión el ejercicio de la potestad sancionadora por 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.

OCTAVO.- Iniciación de un procedimiento sancionador

Tipo infractor

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

A este respecto, el artículo 53, apartado 'r', de la LGTel establece que se considerará 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, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los servicios prestados por Bytel pueden considerarse como actividades susceptibles de ser comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el punto a) del artículo 56.1 de la LGTel, la sanción que puede ser impuesta es la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 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 o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la



entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros. [...]

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”.

Órgano competente para resolver

Esta Comisión es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra “a” de la LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993). El plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

Vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Iniciar un procedimiento de cancelación de la asignación del número 27020 asignado al operador Bytel Projects, S.L.U. para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

SEGUNDO.- Iniciar un procedimiento sancionador contra Bytel Projects, S.L.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave tipificada en el apartado ‘r’ del artículo 53 de la Ley 32/2003, sobre 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.

TERCERO.- La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho segundo de la presente Resolución.

El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003 y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Sancionador, y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003.



CUARTO.- Nombrar instructor del procedimiento sancionador a Doña Virginia Rodríguez Serrano quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el presente procedimiento disponen del plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el supuesto de que Bytel Projects, S.L.U., reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Este Acuerdo deberá ser comunicado al instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones en su redacción modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.