

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA RO 2013/506 Y SE ACUERDA LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A SEPOMO, S.L. POR LA UTILIZACIÓN DEL NÚMERO 27595 CON POSTERIORIDAD A LA CANCELACIÓN DE SU ASIGNACIÓN (EXPT. RO 2013/506).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep María Guinart Solá.

D^a. Clotilde de la Higuera González.

D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 4 de febrero de 2014

Visto el expediente relativo a la conclusión del periodo de información previa RO 2013/506 y a la apertura de un procedimiento sancionador a SEPOMO, S.L., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 4 de junio de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) resolvió inscribir a Sepomo, S.L. (en adelante, Sepomo) en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como entidad autorizada para la prestación del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes de texto y mensajes multimedia.

Segundo.- Con fecha 12 de enero de 2010, la CMT procedió a autorizar la transmisión a favor de Sepomo de la titularidad del número 27595 para la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, previamente asignado a Nvia Gestión de Datos, S.L. (en adelante, NVIA).

Tercero.- Con fecha 5 de mayo de 2011, la CMT dictó Resolución por la que se cancela la asignación del número 27595 a Sepomo para prestar servicios de

almacenamiento y reenvío de mensajes, notificándose al interesado con fecha 11 de mayo de 2011. Asimismo, se señala que se procede a la modificación del Registro Público de Numeración pasando del estado de asignado al de libre, con fecha la de aprobación de la referenciada Resolución.

Cuarto.- Con fecha 6 de marzo de 2012, tuvo inicio por parte de la CMT la tramitación de un procedimiento tendente a resolver el conflicto de acceso planteado por NVIA GESTION DE DATOS, S.L (en adelante, NVIA) y otros operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes contra Telefónica Móviles España, S.A.U (en adelante, TME), siendo este expediente resuelto el día 5 de diciembre de 2012.

TME, en el marco del citado expediente, indicó que el número 27595 no estaba asignado por lo que no procedió a su apertura tal y como se le había pedido en la Resolución de medidas cautelares.

A raíz de todo ello, parecía deducirse que el número 27595 había sido usado por Sepomo pese a estar cancelado por la CMT.

Quinto.- Con fecha 21 de marzo de 2013 se procedió a iniciar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), un período de información previa a un procedimiento administrativo contra Sepomo con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

Asimismo, por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución relativa al periodo de información previa al procedimiento administrativo indicado, se le requirió cierta documentación.

Sexto.- Con fecha 21 de marzo de 2013, se requirió a la entidad NVIA cierta información para el esclarecimiento de los hechos. La entidad Sepomo no realizó ninguna alegación y no respondió al citado requerimiento de información.

Séptimo.- Con fecha 3 de mayo de 2013, NVIA respondió que desde enero de 2010 la numeración 27595 estaba abierta en todos los operadores de red. Asimismo, señaló que *«si bien la mercantil SEPOMO comunicó a esta mercantil, en el mes de abril de 2011, su futura intención de cancelar la numeración 27595, en ningún momento se recibió la comunicación ni la solicitud de la cancelación. Dicha numeración ha dejado de cursar tráfico en el mes de febrero de 2012»*.

Octavo.- Con fecha 29 de julio de 2013, se notificó a Sepomo un segundo requerimiento al que tampoco ha respondido.

Noveno.- Con fecha 22 de julio de 2013, se requirió a los operadores de red, TME, VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, Vodafone), FRANCE TELECOM

ESPAÑA, S.A. (en adelante, Orange) y XFERA MÓVILES, S.A. (en adelante, Yoigo) cierta información así como documentación para el esclarecimiento de los hechos.

Décimo.- Con fecha 30 de julio de 2013, TME contestó al requerimiento, en el que señala que: «...mediante la solicitud cursada el 20 de octubre de 2009...» de NVIA se cursó la petición de activación del número en su red.

Asimismo, TME indica que «no se ha recibido comunicación de cancelación de éste número ni por parte de Sepomo ni por parte de NVIA». Finalmente, se señala que «el último día en el que se cursó tráfico en la red de TME mediante la numeración 27595 fue el 22 de febrero de 2012» y «se procedió a la baja del número 27595..., el 28 de febrero de 2012».

Undécimo.- Con fecha 30 de julio de 2013, Vodafone señala que «NVIA fue el solicitante de la apertura de la citada numeración que se produjo con fecha 10 de febrero de 2009». Asimismo, Vodafone informa que «no recibió comunicación por parte de Sepomo sobre la cancelación de la asignación del número corto 27595» y que dicha numeración «se mantuvo abierta en red hasta el 8 de octubre de 2012».

Duodécimo.- Con fecha 8 de agosto de 2013, Orange señala que «el alta de los servicios fue solicitada por Nvia Gestión de Datos, S.L. el día 21 de octubre de 2009». Asimismo, Orange indica que «no consta la comunicación de la baja por parte de Sepomo a mi representada» y que «el tráfico que consta cursado en Orange es hasta diciembre de 2011».

Decimotercero.- Con fecha 26 de agosto de 2013, Yoigo responde que «el alta fue solicitada por Nvia el 29 de octubre de 2009». Asimismo, a Yoigo no le consta «ninguna petición de baja» y que «se cursó tráfico por última vez el 30 de mayo de 2012».

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 OBJETO DE LAS ACTUACIONES PREVIAS

Las presentes actuaciones previas tienen por objeto determinar si Sepomo continuó prestando el servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes a través de la numeración 27595 pese a tener la numeración cancelada en virtud de la Resolución dictada por la CMT con fecha 5 de mayo de 2011, lo que podría suponer una infracción administrativa muy grave.

II.2 COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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 (en adelante, Ley CNMC) establece que la

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo”*.

La disposición adicional segunda de la Ley CNMC establece que la constitución de la CNMC implicará la extinción de la CMT y que las referencias que la normativa vigente contiene a la CMT se entenderán realizadas a la CNMC.

El artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

«a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación».

En relación con la numeración, tal como establece el artículo 16.4 de la LGTel y se desarrolla en el artículo 28.1 del Reglamento de Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a Redes y Numeración (en adelante, Reglamento de Mercados) aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, corresponde a la CNMC la gestión y control de los planes nacionales de numeración y de códigos de puntos de señalización. La misma Ley establece en su artículo 40 que el organismo encargado de la gestión de cada plan velará por la adecuada utilización de los recursos asignados a los operadores.

La Ley CNMC, en sus artículos 20 y 29, señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto en el Título VIII de la LGTel, siendo el órgano competente la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Asimismo, el artículo 48.4 letra j) de la LGTel, atribuye a la CNMC *«el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley»*. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a la CNMC cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos 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.

En concreto, el artículo 53.t) de la LGTel tipifica como infracción 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»*.

En consecuencia, de acuerdo con estos preceptos transcritos, puede deducirse por tanto la competencia de la CNMC para conocer sobre la supuesta conducta llevada

a cabo por Sepomo y, consecuentemente, la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento administrativo.

II.3 CONSIDERACIONES SOBRE EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley CNMC, esta Comisión se regirá supletoriamente por la LRJPAC, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a la CNMC a 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.

II.4 VALORACIÓN DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS

De las actuaciones practicadas, se ha constatado que la numeración 27595 estaba asignada a NVIA desde el 31 de agosto de 2008. Posteriormente, la CMT autorizó la transmisión de dicha numeración a favor de Sepomo con fecha 12 de enero de 2010¹.

A pesar de la transmisión de la numeración, Sepomo mantuvo su relación con el operador NVIA para poder prestar servicios de mensajes a los abonados de los operadores móviles debido a que NVIA actúa de agregador tecnológico, es decir, dispone de su propia plataforma para gestionar su numeración y además actúa como plataforma tecnológica para otros operadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, tal y como se indicó en la Resolución de 5 de diciembre de 2012².

¹ Correspondiente al expediente DT 2009/1980.

² Resolución del conflicto de acceso presentado por Nvia Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V.,

Sepomo tuvo la numeración 27595 asignada hasta el 5 de mayo de 2011, fecha en que se dictó la Resolución de cancelación de esa numeración por la CMT. Una vez notificada dicha Resolución con fecha 11 de mayo de 2011, Sepomo debería haber dejado de prestar servicios y debería haber comunicado la cancelación de la numeración a los demás operadores para que dieran de baja esa numeración en sus respectivas redes.

Sin embargo, por la información obtenida por la CMT Sepomo siguió presuntamente prestando servicios mediante la numeración 27595. En concreto, en la red de Orange, consta tráfico hasta diciembre de 2011, a TME le consta tráfico hasta el 22 de febrero de 2012, a Yoigo le consta tráfico hasta el 30 de mayo de 2012 y Vodafone mantuvo el número abierto hasta el 8 de octubre de 2012. NVIA ha declarado que le consta que se dejó de cursar tráfico en febrero de 2012.

Asimismo, cabe señalar que a los distintos operadores no les consta una comunicación de la cancelación de la numeración a Sepomo y, por consiguiente, la finalización de la prestación de los servicios.

De todo lo anterior se deduce que Sepomo pese a tener la numeración cancelada en virtud de la Resolución de cancelación de la numeración 27595 de fecha 5 de mayo de 2011, podría haber prestado servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes hasta el 8 de octubre de 2012.

Esta Comisión considera que de los hechos indicados y de la información recabada para la presente Resolución se desprenden indicios suficientes que permiten concluir que Sepomo, S.L. puede haber realizado actividades que incurrirían en la infracción tipificada en el apartado t) del artículo 53 de la LGTel, susceptible 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 (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

A este respecto, el artículo 53.t) de la LGTel tipifica como 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 esta Ley y su normativa de desarrollo*». El uso por los operadores de comunicaciones electrónicas de los recursos públicos de numeración está condicionado al cumplimiento de un requisito previo cual es la autorización por parte de esta Comisión, a través de una asignación de la numeración (entre otros, artículo 16.7 de la LGTel y artículos 37.2 y 47 y siguientes del Reglamento de Mercados). De forma que la cancelación de dicha asignación supone la extinción automática del derecho de uso de tales recursos. Por consiguiente, el operador, para prestar servicios de comunicaciones electrónicas que

Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal (RO 2012/391).

impliquen el uso de numeración, deberá cumplir con este requisito previo y con la normativa aplicable en materia de la numeración.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la CNMC el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos establecidos en dicha Ley. A tales efectos, el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por la CNMC, 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.

(...)»

III INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

III.1 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.

El artículo 53.t) tipifica como 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 esta Ley y su normativa de desarrollo.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos y omisiones de la entidad Sepomo, S.L. pueden considerarse como actividades susceptibles de ser comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo.

III.2 SANCIÓN QUE PUDIERA CORRESPONDER

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

«Por la comisión de las demás infracciones muy graves 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 dos millones de euros».

III.3 ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC 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 vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá a la CNMC *«cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). 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.»*

III.4 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 (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, 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.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

Primero.- Iniciar procedimiento sancionador contra Sepomo, S.L. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como 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 en esta Ley y su normativa de desarrollo.

Segundo.- La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho III.2 de la presente Resolución.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, 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, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, 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 para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Tercero.- Nombrar Instructora del presente procedimiento sancionador a María López Martínez 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.

Cuarto.- 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 de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

1. Comparecer en esta Comisión Nacional de Mercados y Competencia, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
2. Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
3. 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.

Quinto.- 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.

Sexto.- En el supuesto de que Sepomo, S.L. 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.

Séptimo.- 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno.