

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 28 DE AGOSTO DE 2013, SOBRE LA CANCELACIÓN DE NUMERACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO Y MENSAJES MULTIMEDIA DEL OPERADOR BYTEL PROJECTS, S.L.U. (AJ 2013/1703)

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de fecha 28 de agosto de 2013 recaída en el procedimiento DT 2013/1013

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició un periodo de información previa para analizar el uso que Bytel Projects, S.L.U. (en adelante, Bytel) estaba haciendo 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). Tras el citado periodo de información previa, el Organismo Regulador constató que Bytel estaba haciendo un uso inadecuado del citado número al descubrir la existencia de mensajes enviados desde el número 27020 a usuarios que no solicitaron ningún servicio a través del mismo. El mensaje recibido incluía un texto que invitaba a responder al mismo sin especificar el servicio que se pretendía ofrecer.

En virtud de lo anterior, y de conformidad con el artículo el artículo 9 de la Orden ITC/308/2008¹, mediante escrito del Secretario de fecha 2 de julio de 2013, se notificó a Bytel el inicio del procedimiento administrativo de cancelación de numeración (DT 2013/1013). Junto con el escrito de inicio, se adjuntó el informe de audiencia de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que proponía la cancelación de la numeración citada, y se le concedió al interesado un plazo de diez días para efectuar alegaciones y aportar la documentación que considerara necesaria para su defensa.

No habiendo presentado la entidad recurrente escrito de alegaciones, con fecha 28 de agosto de 2013, el Secretario de de la citada Comisión dictó resolución acordando lo siguiente:

“PRIMERO.- Cancelar la asignación a Bytel Projects, S.L.U. del número 27020 para la prestación de servicios de mensajes STA.

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.

SEGUNDO.- Proceder a la modificación del Registro público de numeración, sustituyendo el estado del código numérico del Resuelve Primero, pasando de asignado a Bytel Projects, S.L.U. al de libre, con fecha la de aprobación de la presente Resolución.”

El motivo principal que sustentó la decisión de cancelar el número 27020 asignado a Bytel, fue la constatación de la inexistencia de los necesarios mensajes de invocación previos que el usuario debe realizar para la prestación del servicio, existiendo una suscripción de facto no solicitada por el usuario. Prueba de ello, es que el usuario debe remitir un mensaje con la palabra “BAJA” para cancelar el servicio.

Segundo.- Recurso potestativo de reposición interpuesto por Bytel

Con fecha 5 de septiembre de 2013, la entidad Bytel ha presentado recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 28 de agosto de 2013. La entidad recurrente se muestra disconforme con la Resolución recurrida al considerar que el uso realizado de la numeración 27020 cancelada se ha ajustado en todo momento a la legalidad vigente.

La entidad recurrente basa todo su recurso en defender que no existe ningún tipo de suscripción al servicio por parte de los usuarios, ya que únicamente se cobra si se envía una primer “sms” por éstos, y señala literalmente que “*en ningún caso se ha procedido por parte de la empresa a tomarse la libertad de enviar mensajes de texto sin que inicialmente se haya solicitado por el usuario*”.

Bytel en su argumentación de defensa, indica que la manera de dejar de recibir este tipo de mensajes es que el usuario no envíe ningún mensaje más al número 27020. Asimismo señala que para mayor seguridad y tranquilidad del usuario se le facilita poder enviar la palabra “BAJA” en respuesta al mensaje de texto recibido para quedar completamente fuera de este servicio.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente procedimiento por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

La Resolución recurrida fue dictada por el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por delegación del Consejo del Organismo, por lo que debe entenderse dictada por éste último, en virtud del artículo 13.4 de la LRJPAC.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado

de las Telecomunicaciones. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la misma Ley 3/2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos. Por lo tanto, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el recurso de reposición presentado por Bytel es la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre el servicio prestado por Bytel a través del número 27020

Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2013, se requirió a Bytel para que pusiera en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otras cuestiones, el servicio que estaba prestando con el citado número 27020. En concreto se le requirió para que describiera el procedimiento “*desde la publicidad hasta la prestación del servicio e incluyendo toda la casuística que pueda presentarse durante la prestación del mismo*”.

En contestación al citado requerimiento, la entidad Bytel definió, de manera muy escueta, el servicio como un “*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*”.

De la descripción del servicio ofrecida por Bytel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concluyó, en la resolución recurrida, que el proceso establecido por Bytel para la prestación del servicio se basa en la secuencia de las siguientes acciones:

- Un usuario realiza la invocación al servicio consistente en la introducción de un número de teléfono móvil en una web tipo “*landing page*”².
- La invocación deriva en una suscripción consistente en el envío continuado de mensajes al usuario incitando al uso del servicio (gratuito). 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).

² *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.

Segundo.- Contestación a las alegaciones contenidas en el recurso de reposición interpuesto por Bytel

La entidad Bytel basa toda su argumentación impugnatoria en defender que el servicio prestado a los usuarios no viene precedido de una suscripción, ya que el usuario únicamente debe soportar el cobro del servicio si contesta a cada mensaje que recibe de Bytel. Por el contrario, si el usuario no da respuesta al mensaje no se produce ningún cobro, cuestión que, según Bytel, supone la inexistencia de una relación continuada, o de tracto sucesivo, entre ambas partes. En términos literales la entidad señala que *“la manera de dejar de recibir este tipo de mensajes sería que el usuario no enviase ningún mensaje más al número 27020, ya que, como se ha explicado es automático la contestación por parte de Bytel con un único mensaje de texto cuando el usuario envía un sms”*.

Adicionalmente a las alegaciones anteriores, la entidad recurrente pone de manifiesto que *“para mayor seguridad y tranquilidad del usuario”* se le posibilita para poder enviar la palabra “BAJA” en respuesta a un mensaje de texto recibido para quedar completamente fuera de este servicio.

En el escrito de recurso presentado por Bytel, se deduce que la citada entidad pretende la revocación de la resolución de fecha 28 de agosto de 2013 por considerar que la misma infringe el ordenamiento jurídico al cancelar una numeración sin que se den los presupuestos legales para ello.

Cabe señalar, en primer lugar, que desde el punto de vista competencial, la cancelación a Bytel del número 27020 fue debidamente justificada en la Resolución recurrida, en la que se hace remisión al artículo 9 de la Orden ITC/308/2008 que dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá modificar o cancelar las asignaciones efectuadas por causas imputables al interesado, entre las que figura la utilización de la numeración asignada para un fin distinto del especificado en la solicitud. Por tanto, nada que objetar en relación a la competencia objetiva del Organismo Regulador en su decisión de cancelar la citada numeración.

En lo que se refiere a las cuestiones de fondo que motivaron la cancelación del número, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se amparó en la Orden ITC/308/2008, que prohíbe que el uso del rango 27YAB pueda estar sujeto a previa suscripción, por lo que tras justificar que se estaba haciendo un mal uso del número, por cuanto existía, según la resolución, una suscripción de facto por parte de los usuarios, decidió cancelar el mismo.

En efecto, si nos ceñimos a la propia descripción del servicio ofrecida por Bytel ante el requerimiento de información realizado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se desprende, y de ello ya quedó manifestación expresa en la resolución recurrida, que la citada entidad, tras introducir el usuario el número de teléfono en la “landing page”, realiza un servicio consistente en dos tipos de actividades. Una actividad previa relativa a la remisión periódica de mensajes gratuitos al usuario incitando

al uso del servicio, y una actividad que conlleva un pago para el usuario cuando éste responde a alguno de los mensajes.

Esta periodicidad en la remisión gratuita de mensajes a los usuarios, sin necesidad de nueva invocación, es precisamente el elemento esencial que caracteriza la actividad como servicio sometido a previa suscripción³ o relación de carácter análoga, ya que de otra manera no se entiende que ante una única invocación (introducción una sola vez de un número de teléfono), se produzca una remisión continua de mensajes, y ello con independencia del coste asociado a los mismos, ya que la existencia de onerosidad no es un requisito esencial para considerar o no la concurrencia de un servicio sometido a previa suscripción.

En consecuencia, no puede aceptarse la alegación de Bytel en la que defiende la inexistencia de suscripción al entender que la relación se agota tras cada mensaje remitido y cobrado al usuario, ya que como hemos señalado anteriormente, la actividad de Bytel conlleva una campaña de remisión periódica de mensajes gratuitos tendentes a captar la atención del usuario, y este servicio, que puede llegar a ser permanente, supone un relación que va más allá de la definida por Bytel en su recurso de reposición, en el que únicamente se refiere a los mensajes que suponen un coste para el usuario, pero no a la actividad publicitaria del propio servicio.

Existen, además, dos elementos adicionales en el propio servicio ofrecido por Bytel que refuerzan los argumentos anteriores. El primero de ellos, se refiere al hecho de que el usuario pueda cancelar el servicio a través de la remisión a Bytel de la palabra “BAJA”, cuestión que indudablemente denota la existencia de una relación previa y continua iniciada a través de una actividad que implica, a nuestro juicio, la suscripción al servicio, ya que de lo contrario, si realmente el servicio se agotara con la pasividad del usuario, no parecería razonable implementar la opción de darse de baja del mismo.

Por otro lado, el segundo elemento que induce a pensar que existe suscripción al servicio, es que el proceso de invocación y prestación del servicio por parte de Bytel varía en función del momento en que se produce el mismo. Así, el proceso normal descrito es que el usuario invoca el servicio a través de la “landing page”, obtiene seguidamente un mensaje gratuito por parte de Bytel que debe ser contestado para que se produzca un pago por parte del usuario. Es decir, se producen cuatro acciones hasta el cobro del servicio.

- 1º.- Invocación del usuario introduciendo el número en una “*landing page*”.
- 2º.- Respuesta de Bytel a través de mensaje de texto sin coste asociado.
- 3º.- Remisión de mensaje del usuario a Bytel en respuesta al mensaje anterior.
- 4º.- Respuesta de Bytel con coste asociado.

³ Según la Orden ITC/308/2008 se consideran servicios de suscripción, aquéllos que implican el envío de determinados mensajes al abonado por el operador titular del número, bien de forma periódica, bien cuando se produzcan determinados sucesos.

Sin embargo, en la relación posterior entre Bytel y el mismo usuario el proceso difiere y se simplifica, por cuanto, ya no hay invocación previa, sino que se produce un envío de mensajes gratuitos por parte de Bytel al usuario, y si éste responde a alguno de ellos Bytel le contesta a través de otro mensaje con coste asociado. Ello denota claramente, que Bytel considera que existe una relación permanente con el usuario iniciada una vez éste introduce su número en la “landing page”, característica, ésta, propia de los servicios sometidos a suscripción previa.

En atención a lo anterior, se desestima el recurso presentado por Bytel, y se confirma plenamente la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de agosto de 2013, al entender esta Comisión que la cancelación del número 27020 está plenamente justificada a tenor de la Orden ITC/308/2008.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 14 de noviembre de 2013

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Bytel Projects, S.L.U. contra la Resolución de fecha 28 de agosto de 2013, sobre la cancelación de numeración asignada al citado operador para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (AJ 2013/1703).

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la presente resolución puede interponerse 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 la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.