

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA BYTEL PROJECTS, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA 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 AL UTILIZAR EL NÚMERO 27020.

(SNC/DTSA/1188/13/NUMERACIÓN SMS PREMIUM BYTEL)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

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 21 de mayo de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Bytel Projects, S.L. sociedad unipersonal por el incumplimiento de la Resolución de 20 de julio de 2012 sobre la solicitud de Bytel Projects, S.L. sociedad unipersonal de asignación de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Periodo de información previa.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, la CMT)¹ de fecha 20 de febrero de 2013 (documento número 1.1 del expediente administrativo²) se notificó a Bytel Projects, S.L. sociedad unipersonal (en adelante, Bytel) el inicio de un periodo de información previa a fin de analizar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento de cancelación del número 27020 y, en su caso, de incoar el correspondiente procedimiento sancionador.

Dicho periodo de actuaciones previas se incoó ante el conocimiento de la CMT de una posible utilización inadecuada por parte de Bytel del número 27020, asignado 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), requiriéndose a la entidad indicada la siguiente información:

- *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.”*

¹ Organismo regulador sectorial sustituido por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

² DT 2013/289.

El requerimiento de información fue contestado por Bytel en fecha 19 de marzo de 2013 (documento núm. 1.2).

SEGUNDO.- Incoación del presente procedimiento sancionador.

Con fecha 30 de mayo de 2013, el Consejo de la CMT dictó resolución por la que se incoa el presente procedimiento sancionador (RO 2013/1188), por existir indicios razonables de que, en la prestación de servicios a través del número 27020, Bytel podría haber realizado actividades tipificadas en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), referido a la infracción muy grave consistente en “[e]l incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, (...)” (documento núm. 2.1).

En particular, en esta resolución se alcanzó la conclusión siguiente:

“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. (...)”

El acuerdo de inicio fue notificado a Bytel el día 12 de junio de 2013, según consta debidamente acreditado en el expediente (documento núm. 2.2).

En el marco del presente procedimiento sancionador, Bytel no formuló escrito de alegaciones, a pesar de habersele otorgado el plazo de un mes a la entidad imputada para cumplimentar dicho trámite.

TERCERO.- Cancelación de la numeración asignada.

En fecha 28 de agosto de 2013, se procedió a cancelar la asignación a Bytel del número 27020 (expediente DT 2013/1013) (documento núm. 3.2). Dicha Resolución fue recurrida por Bytel en fecha 5 de septiembre de 2013 (AJ 2013/1703).

En fecha 14 de noviembre de 2013, se resolvió el recurso de reposición desestimándose íntegramente.

CUARTO.- Incorporación de documentos al procedimiento sancionador.

Con fecha 8 de octubre de 2013, la instructora incorporó al presente procedimiento sancionador el escrito de interposición del recurso de reposición de Bytel contra la Resolución de 28 de agosto de 2013, por la que se canceló la asignación del número 27020 a Bytel, obrante en el expediente AJ 2013/1703 (documento núm. 4.1). La Resolución dictada por la CNMC en este recurso, de 14 de noviembre de 2013, fue incorporada posteriormente (documento núm. 4.2).

QUINTO.- Requerimientos a Telefónica Móviles España, S.A. sociedad unipersonal y a Vodafone España, S.A. sociedad unipersonal.

Con fecha 19 de diciembre de 2013, se requirió a Telefónica Móviles España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, TME) (documento núm. 7) y a Vodafone España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Vodafone) (documento núm. 6) información sobre el número de mensajes recibidos y enviados con el número 27020 de Bytel desde enero hasta diciembre de 2013 mes a mes y distinguiendo entre los remitidos por Bytel a los usuarios finales y los enviados por estos últimos al operador.

Asimismo, se solicitó a estas entidades que indicasen los importes abonados a Bytel correspondientes a los servicios prestados a través del número 27020 desglosados por mes durante ese mismo periodo de tiempo, así como los importes cargados a Bytel por el servicio de acceso correspondiente al mismo periodo y número.

Con fecha 10 de enero de 2014, se recibieron los escritos de TME y de Vodafone (documentos núm. 10 y 11, respectivamente) en los que se contesta a los requerimientos anteriores. En el caso de TME, por ser la información aportada incompleta, se le volvió a requerir con fecha 14 de enero de 2014 (documento núm. 12), recibándose la contestación con fecha 27 de enero de 2014 (documento núm. 13).

Posteriormente, con fecha 12 de febrero de 2014 (documento núm. 14) y debido a que el número de mensajes indicado por TME en su escrito de 10 de enero no coincidía con el señalado por Bytel en la contestación al requerimiento presentada en el expediente de información previa anterior (documento núm. 1.2), se solicitó a TME confirmación de las cifras aportadas o explicación de la diferencia entre ambas cantidades. En fecha 25 de febrero de 2014, se recibió la contestación de TME (documento núm. 15), en la que reitera la corrección de las cantidades indicadas en su escrito de 10 de enero de 2014.

SEXTO.- Aportación de pantallazos de páginas web.

Con fecha 6 de febrero de 2014, se incorporaron al expediente copia de las páginas de Internet de www.indefenso.com y www.listaspam.com, en las que se denuncia la recepción de mensajes no solicitados desde el número 27020 (documento número 16).

SÉPTIMO.- Declaraciones de confidencialidad de los escritos de Telefónica Móviles España, S.A. sociedad unipersonal y a Vodafone España, S.A. sociedad unipersonal.

Con fecha 3 de marzo de 2014, se procedió a declarar confidenciales los datos relativos a los mensajes y cantidades abonadas por TME y Vodafone a Bytel aportados en las contestaciones a los requerimientos señalados en el apartado anterior (documentos núm. 17 y 18).

OCTAVO.- Propuesta de Resolución

Con fecha 31 de marzo de 2014, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 19), en la que proponía:

“PRIMERO.- *Que se declare responsable directa a BYTEL PROJECTS, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido los artículos 4 y 5 de la 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.- *Que se imponga a BYTEL PROJECTS, S.L. una sanción por importe de cinco mil (5.000) euros”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Bytel el día 2 de abril de 2014 (Documento núm. 20).

Bytel no ha formulado alegaciones a la citada propuesta de resolución.

NOVENO.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 15 de mayo de 2014, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido.

II HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de los actos de instrucción practicados, ha quedado probado el siguiente hecho:

ÚNICO.- BYTEL ha prestado servicios de tarificación adicional de suscripción a través del número de mensajes cortos 27020, sin ajustarse a las condiciones asociadas a este tipo de numeración, durante los meses de febrero y marzo de 2013.

En fecha 6 de julio de 2012, Bytel solicitó la asignación del número 27020 para servicios de descarga multimedia (música, fotos, etc.) y marketing. Este número le fue asignado con fecha 20 de julio de 2012 (documento núm. 3.1)³ para la prestación

³ DT 2012/1497.

de los servicios de mensajes STA correspondientes a la modalidad a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, que dicta las instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, Orden ITC/308/2008), de acuerdo con su solicitud.

En la actualidad, la modalidad a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008 corresponde a los números con formato 25YAB, 27YAB y 28YAB cuyo precio para el usuario final sea igual o inferior a 1,2 € por servicio antes de impuestos.

Por lo que se refiere al procedimiento de utilización del rango de la numeración 27YAB, en la que se incluye el número 27020, asignado a Bytel, el apartado 3º del artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 exige que los titulares de estos números proporcionen gratuitamente al usuario mediante uno o más mensajes, inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada, su nombre o denominación social y otros datos del operador.

De la información remitida por Bytel, se concluye que el servicio que prestaba a través del número 27020 exigía las siguientes actuaciones:

- Bytel sostiene que, para iniciar la prestación del servicio, un usuario invocaba el servicio mediante la introducción de su número de teléfono móvil en una web tipo "*landing page*"⁴.
- La invocación implicaba que el usuario se suscribía a un servicio que consistía en el envío continuado de mensajes por parte de Bytel al usuario, incitando al uso del servicio⁵. La recepción de estos mensajes era gratuita. Cuando el usuario respondía, se le facturaba por cada mensaje contestado.

⁴ Una *landing page* es una página de Internet a la que normalmente se accede tras pulsar en el enlace de algún *banner* (anuncio) publicitario situado en otra web, con el fin de detallar o contratar algún tipo de producto o servicio.

Si no existiera esa página de acceso al servicio, la única forma de recibirlo sería o a través de una solicitud por los usuarios a través de sus números móviles o recibéndolo directamente en sus números móviles sin solicitarlo previamente –lo que constituiría un supuesto de *spamming*: envío masivo de mensajes que incitan a llamar o enviar un mensaje a una numeración determinada-.

Enviar mensajes sin solicitud previa del usuario implica el incumplimiento de las condiciones vinculadas a la utilización del número establecidas en el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 y en el Código de conducta. Estas prácticas han sido consideradas por la CMT como perjudiciales -Resoluciones de 20 de febrero de 2003 (RO 2002/7837), 3 de julio de 2003 (RO 2003/642) y 31 de marzo de 2004 (RO 2003/1983)- tanto para el mercado y para los operadores que actúan correctamente a través de numeración STA, puesto que generan desconfianza en los usuarios finales, como para los operadores que prestan el servicio telefónico móvil a los abonados que reciben este tipo de mensajes que plantearán numerosas quejas que los operadores de acceso deberán gestionar lo que, en definitiva, perjudica la imagen del conjunto de agentes relacionados con este tipo de servicios.

⁵ En concreto, la página de Internet www.indefenso.com informa con fecha 11 de febrero de 2013 que a través del número 27020 se está recibiendo el siguiente mensaje: "*hola cari quiero proponerte una cosa te animas o pasas?*"

- Según Bytel, esta suscripción podía ser dada de baja enviando la palabra BAJA o si no se contestaba al mensaje recibido (no se especifica la casuística de aparición de este mensaje).

De forma adicional, por lo que alega Bytel, el servicio era de “chat de amistad”. Los servicios de chat son servicios de suscripción, de conformidad con el apartado f) del Anexo I.2 (Definiciones) del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, publicado por Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, el Código de conducta).

De los datos aportados por Bytel y los operadores de acceso no es posible obtener conclusiones claras acerca del número de mensajes enviados entre los usuarios finales y Bytel. Según los datos aportados por este último, existe una desproporción muy elevada entre el número de mensajes enviados por Bytel a los usuarios [CONFIDENCIAL] y el número de mensajes recibidos por este operador [CONFIDENCIAL]

]. Sin embargo, los anteriores datos no coinciden con los aportados por los operadores de acceso que han cursado los mensajes anteriores, donde la desproporción es bastante inferior⁶.

Finalmente, en cuanto al periodo del Hecho probado, en virtud de lo alegado por Bytel en su contestación al requerimiento de información formulado en el expediente DT 2013/289, este operador dejó de prestar el servicio en marzo de 2013, por resultar deficitario. De la documentación recibida de TME y Vodafone, se constata que Bytel prestó el servicio durante los meses de febrero y marzo de 2013, cesando a partir de abril de 2013.

El número 27020 se canceló por Resolución del Secretario de la CMT el día 28 de agosto de 2013.

En consecuencia, se puede concluir que Bytel prestó un servicio de tarificación adicional basado en mensajes, siguiendo el funcionamiento típico de la modalidad de suscripción, a través de su número 27020, durante los meses de febrero y marzo de 2013.

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

⁶ Las cifras aportadas por Bytel no coinciden con las indicadas por TME y Vodafone. Así, para el mes de febrero de 2013, TME señala que se cursaron [CONFIDENCIAL] mensajes de Bytel a los usuarios y [CONFIDENCIAL] en sentido contrario. En este caso, estas cifras son inferiores a las señaladas por Bytel pero siguen mostrando una desproporción entre los mensajes entrantes y salientes.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para intervenir 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, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones que la LGTel otorgaba a esta Comisión está, en el artículo 48.4 b)⁷, la de *“asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine”*. Asimismo, *“la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados”*.

En el ejercicio de estas competencias, la CMT asignó a Bytel el número 27020 para la prestación de STA.

Por otra parte, los artículos 48.4 letra j) y 50.7⁸ de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, atribuyen a la CNMC *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“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, 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 de información por ella formulados”.

El día 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014)⁹ que derogó, entre otras normas, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones¹⁰. Sin embargo, en lo referente al procedimiento concreto objeto de la presente Resolución, hay que

⁷ Artículo derogado por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁸ Artículos derogados por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁹ La LGTel 2014 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en virtud de su Disposición Final Undécima), publicación que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2014 (B.O.E. nº 114, de 10 de mayo de 2014).

¹⁰ Ver Disposición Derogatoria Única, apartado b), de la LGTel de 2014.

tener en cuenta lo siguiente en relación con la habilitación competencial de esta Comisión:

- Según lo dispuesto en los artículos 19 y 69.1 de la LGTel de 2014 la competencia para la tramitación y otorgamiento de los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo. No se establece en la LGTel de 2014 qué organismo llevará el control de los derechos de uso de la numeración. Sin embargo, el artículo 84 de la LGTel de 2014 establece que la competencia sancionadora en materia de numeración le corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información:

“La competencia sancionadora corresponderá:

1. Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados.

2. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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.”

- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima de la LGTel 2014, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras éstas se seguirán ejerciendo por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Asimismo, la Disposición Transitoria Primera de la LGTel de 2014 establece que “Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”.
- El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que “[s]erán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”. Por su parte, en el artículo 128.2 se recoge una excepción a este principio general cuando señala que: “Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones de asignación del número 27020 a Bytel, de conformidad con el artículo 53.w) de la LGTel, que tipificaba como infracción muy

grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

Esta infracción se mantiene en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014 que tipifica como grave: “El incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”¹¹.

El presente procedimiento fue iniciado por la CMT, en virtud de la habilitación competencial citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013¹², una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.2 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC. Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[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”.

Segundo.- Tipificación del hecho probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Del análisis llevado a cabo en la instrucción del periodo de actuaciones previas, a partir de la contestación al requerimiento de información de Bytel en fecha 19 de marzo de 2013, se concluyó lo siguiente (Fundamento de Derecho Cuarto):

“(...) 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

¹¹ La LGTel de 2014 sustituye el término asignación de la LGTel por “otorgamiento de derechos de uso” (vid artículos 19.7 y 20.4 de la LGTel de 2014 y su antigua redacción en los artículos 16.7 y 17.4 de la LGTel).

¹² La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

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".

En el presente procedimiento sancionador, Bytel no ha presentado escrito de alegaciones. Sin embargo, en el recurso de reposición interpuesto en fecha 5 de septiembre de 2013 (documento núm. 4.1), Bytel realizó las siguientes manifestaciones:

***"TERCERA.-** Se indica que existe una suscripción por parte de los usuarios a un servicio, sin que supuestamente éstos hayan invocado dicho servicio, si bien, nada más lejos de la realidad.*

Cómo ya se ha indicado, la mercantil objeto del presente procedimiento se halla presente en una landing page, donde es el propio usuario quien clicca/pulsa en el banner publicitario correspondiente y facilita su teléfono.

*Simplemente con dicha acción, el usuario correspondiente recibe **un sms que NO LE SUPONE COSTE ALGUNO NI NINGÚN TIPO DE SUSCRIPCIÓN**, en caso de **no contestar no le supone ningún desembolso económico** y sólo recibirá un nuevo sms de igual tipo si vuelve a facilitar su número telefónico otra vez.*

*Si el usuario contestase a ese mensaje de texto, entonces **SÍ** se le cobraría **ÚNICAMENTE POR ESE MENSAJE RECIBIDO**, enviándole además la información correspondiente al coste del mensaje, así como la forma de darse de baja.*

*Es importante referir que **NO EXISTE NINGÚN TIPO DE SUSCRIPCIÓN al servicio**, es decir, sólo se cobra si se envía un primer sms por parte del usuario, pero 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. Es decir, **a un mensaje enviado por el usuario se le responde por parte de Bytel con otro mensaje de texto siendo éste el que se cobra.***

*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, lo que significa que para volver a recibir otro nuevo mensaje de texto con el coste estipulado, es necesario que el usuario envíe de forma previa un mensaje al 27020; **poniendo un ejemplo esclarecedor, si el usuario recibe veinte mensajes por parte de Bytel** (con el correspondiente coste que ello supone), **se deberá a que dicho usuario ha enviado igualmente veinte mensajes previos al 27020.***

Además, 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, si bien, como ya se ha explicado, si no vuelve a enviar más sms tampoco los recibirá por parte de Bytel, no generándose ningún coste.”

Análisis del uso de la numeración llevado a cabo por Bytel

Con fecha 6 de julio de 2012, Bytel solicitó la asignación de numeración para la prestación de servicios de mensajes STA, indicando su preferencia por el número 27020 -y solicitando también numeración de los códigos 79YAB y 99YAB-. En su solicitud, Bytel indicó que pretendía utilizar el número para servicios de marketing así como para “servicios de descarga multimedia (música, fotos, etc.)”.

Con fecha 20 de julio de 2012, esta Comisión resolvió asignar la numeración solicitada a Bytel (exp. núm. DT 2012/1497) para los usos especificados en su solicitud y en las condiciones establecidas en la normativa. El número 27020 pertenece al rango de numeración 27YAB incluido en la modalidad a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008.

De conformidad con el apartado 2 del artículo 4 de la Orden ITC/308/2008, “los rangos de numeración definidos en esta tabla sólo se podrán utilizar para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes en las modalidades, y con los precios netos (antes de impuestos) por servicio completado a cobrar a los consumidores desde las redes telefónicas públicas, que en ella se especifican”.

Las condiciones de utilización de la numeración de tarificación adicional mediante el envío de mensajes están establecidas en la Orden ITC/308/2008 y en el Código de conducta. Procede indicar a continuación cómo se han de prestar estos servicios y cómo se ha producido dicha prestación en el caso analizado:

1.- Condiciones de la solicitud del servicio

En cuanto a cómo ha de ser la solicitud del servicio, la Orden ITC/308/2008 distingue dos regímenes de funcionamiento distintos: uno para la numeración de la modalidad a) del artículo 4.1, en la que se encuadra el 27020, y otro para el resto.

En todos los casos, la Orden y el Código de conducta que la desarrolla parten de un usuario final que solicita el servicio. Así, para los rangos 25YAB, 27YAB –al que pertenece el número 27020- y 280AB, una vez solicitado, el operador debería remitir el contenido y, posteriormente, debería proporcionar la información sobre su identidad, número telefónico y precio, según señala el apartado 3º del artículo 5 de la Orden ITC/308/2008¹³.

¹³ A este respecto, el artículo 5.3º de la Orden ITC/308/2008 sólo exige para la modalidad a) de la tabla incluida en el artículo 4 (rango al que pertenece el número 27020) que “los titulares de números proporcionarán gratuitamente al usuario mediante uno o más mensajes, inmediatamente después de que éste haya recibido la

Para el resto de la numeración, la Orden ITC/308/2008 determina los mensajes a intercambiar entre las partes con carácter previo a la prestación del servicio con el objeto de asegurar la existencia de una voluntad por parte del usuario final.

En desarrollo de esta previsión, el apartado 6.3.4.2 del Código de conducta especifica que para los “servicios de suscripción”¹⁴, la solicitud de alta ha de hacerse a través de un mensaje, indicando la palabra “ALTA”.

Por tanto, las condiciones de solicitud del servicio del número 27020 (de la modalidad a) del artículo 4 de la Orden ITC/308/2008) pueden ser determinadas, *contrario sensu*, a partir de las condiciones correspondientes al resto de los números. En este sentido, para contratar un servicio a través de este número no es necesario utilizar la palabra “ALTA” -aunque tampoco está prohibido-.

En el presente caso, no se tiene información fehaciente de cómo se solicitaba el servicio –en principio, según Bytel, por landing page-.

2.- Condiciones de prestación del servicio

Por lo que se refiere a la prestación del servicio a través de mensajes SMS Premium, la Orden ITC/308/2008 define ciertas condiciones de utilización de la numeración mencionada.

Los servicios descritos por Bytel que se prestaban a través de la numeración 27020 coinciden con una modalidad de los servicios de suscripción que son los servicios de chat de amistad. Es más, Bytel denomina a su servicio como chat de amistad en su contestación al requerimiento de información presentado en el expediente de información previa anterior y en el escrito de alegaciones a la propuesta de cancelación de su número.

Los servicios de chat únicamente se pueden prestar a través de numeración asignada para servicios de suscripción, es decir, la que empieza por los códigos 79 o 99 (para servicios de adultos). Así, el apartado f) del Anexo I.2 del Código de Conducta indica:

“f. Servicios de chat. Se entiende por servicios de chat aquellos en los que un usuario envía múltiples mensajes a uno o varios destinatarios durante una sesión, constituyendo un grupo cerrado de participantes. Cada sesión constituye un servicio de chat, no pudiendo exceder de doce horas la duración de una sesión. Si bien estos servicios se facturan por mensaje enviado, por su modo de funcionamiento se entienden comprendidos en los servicios de suscripción, y les será aplicable la normativa que rige a éstos. En caso de estar dirigidos

prestación solicitada, su nombre o denominación social, el número telefónico de contacto del centro de atención al cliente y el precio total del servicio recibido incluyendo impuestos”. Este mensaje final también está regulado en el apartado 6.3.2.1 del Código de conducta.

¹⁴ “Se consideran servicios de suscripción, incluidos en la modalidad c) de la tabla anterior [rangos que empiezan por el código 79, o el 99 para contenidos de adultos], aquellos 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”.

específicamente a adultos, les serán de aplicación las normas relativas a servicios de suscripción para adultos.”

El número 27020 no podía utilizarse ni para un servicio de suscripción ni para un chat de amistad puesto que no se encuadra en las categorías c) y d) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008. Esta circunstancia es clara y fácil de identificar puesto que no empieza ni por 79 ni por 99.

Asimismo, después de enviar Bytel un primer mensaje publicitario, este operador señala que únicamente cobraba por cada SMS Premium que enviasen los abonados, por lo que el servicio prestado era de chat o guardaba total similitud con los de chat en cuanto a forma de prestación y cobro.

El artículo 8.1 de la Orden ITC/308/2008 impone que los recursos de numeración SMS Premium se utilicen para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, de acuerdo con la normativa aplicable. Bytel indicó en su solicitud que el número sería destinado a servicios de descarga multimedia (música, fotos, etc.) y marketing. Sin embargo, según sus propias declaraciones anteriormente mencionadas, posteriormente se proporcionaron servicios de chat.

Adicionalmente, existen algunas diferencias del servicio prestado que suponen un comportamiento alejado del previsto en la norma para la numeración 27AYB, que no se encuadra en ninguna de las categorías de los rangos de numeración de la Orden ITC/308/2008 ni respeta las condiciones del Código de conducta. Así, Bytel enviaba mensajes por los que no cobraba. El envío de comunicaciones publicitarias a los números móviles de los usuarios está prohibido, de conformidad con el apartado 5.1.3 del Código de Conducta.

En conclusión, la configuración del servicio prestado por Bytel no se corresponde con diversas condiciones establecidas en la normativa para la prestación de servicios de mensajes STA a través del rango 27YAB. Esta actividad infringe la normativa y resulta claramente confusa para el usuario final que desconoce el servicio que le están prestando. Por tanto, de las declaraciones de Bytel y del resto de la documentación obtenida se evidencia la existencia de irregularidades en la utilización del número 27020. Todo ello se señala sin entrar a valorar la posible existencia de un engaño hacia el usuario puesto que el contenido del mensaje denunciado en internet haría pensar que el remitente del mensaje fuese un particular (vid. nota al pie 5).

3.- Baja del servicio

En cuanto a la baja del servicio, el apartado 3º del artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 establece que para la modalidad a) de la tabla incluida en el artículo 4 (rango al que pertenece el número 27020), “los titulares de números *proporcionarán gratuitamente al usuario mediante uno o más mensajes, inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada, su nombre o denominación social, el número telefónico de contacto del centro de atención al cliente y el precio total del servicio recibido incluyendo impuestos*”. Este mensaje final también está regulado en el apartado 6.3.2.1 del Código de conducta.

Por lo tanto, los usuarios que contraten servicios a través de la numeración 27AYB no tienen que darse de baja en ningún caso.

Sin embargo, en los servicios de suscripción o chat, la letra b) del apartado 4º del artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 exige que se especifique, en el mensaje anterior al del suministro de la prestación solicitada, la forma de darse de baja. Además, prevé que la falta de respuesta del usuario al mensaje de confirmación se entenderá como negativa a recibir el servicio.

En desarrollo de estas disposiciones, el apartado 6.3.4.2 del Código de conducta especifica que para los “servicios de suscripción” la baja se solicitará mediante un mensaje que indique “BAJA” y la palabra clave correspondiente.

La necesidad de solicitar la baja en un servicio de tarificación adicional, ya sea de forma expresa o mediante la falta de respuesta, muestra el carácter de suscripción del servicio que soporta, a diferencia de para los servicios prestados a través del rango de numeración 27YAB, en los que la normativa no contempla la necesidad de darse de BAJA porque este rango no puede utilizarse para servicios de suscripción. En conclusión, Bytel no respetaba el procedimiento previsto para darse de baja en los servicios soportados en la numeración 27020.

4.- Periodo de la infracción

Por lo que se refiere a la duración del incumplimiento, el número fue asignado en fecha 20 de julio de 2012, pero Bytel declara que comenzó a prestar el servicio en febrero de 2013 y en abril del mismo año lo dejó de proporcionar. TME y Vodafone aportaron datos de tráfico que demuestran que el servicio se prestó durante los meses de febrero y marzo de 2013. Por lo tanto, ha quedado probado que la infracción se cometió durante los meses de febrero y marzo de 2013¹⁵.

Análisis jurídico de las conductas a efectos de este procedimiento

El artículo 16.1 de la LGTel de 2003¹⁶ establece que para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números y direcciones que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales de numeración y direccionamiento, respectivamente.

Sobre el uso que deberá darse a cada número asignado a un operador, establece el artículo 17 de la LGTel¹⁷ que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo las que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

¹⁵ Posteriormente, en fecha 23 de agosto de 2013, se procedió a cancelar la asignación del número 27020 a Bytel (exp. núm. DT 2013/1013).

¹⁶ Actualmente, artículo 19.1 de la LGTel de 2014.

¹⁷ Actualmente, artículo 20 de la LGTel de 2014.

Los citados artículos son desarrollados en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante Reglamento de Mercados), por el Plan Nacional de Numeración aprobado por dicho Reglamento, que establece, en su apartado 2.3, que *“los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan”*, y, en el caso de los SMS Premium por la Orden ITC/308/2008.

Esta Orden establece en su artículo 4 los diferentes tipos de números cortos, entre los que se encuentra el rango 27YAB, sobre los que no se pueden prestar servicios de suscripción o para adultos, que expresamente están reservados para otros rangos. Asimismo, el artículo 5 de la citada Orden establece la forma de gestionar los envíos, el número de mensajes mínimo a intercambiar para cada tipo de numeración y la información a proporcionar al usuario final.

Por su parte, el artículo 38 del Reglamento de Mercados establece que los recursos públicos de numeración asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones generales:

- “a) Se utilizarán para el fin especificado en la solicitud, salvo que el organismo encargado de la gestión y control autorice expresamente una modificación de conformidad con la normativa aplicable.*
- b) Deberán permanecer bajo el control del operador titular de la asignación. (...).”*

En este mismo sentido, el artículo 8.1 de la Orden ITC/308/2008 determina que los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación y permanecerán bajo su control.

Asimismo, el artículo 59 del Reglamento de Mercados dispone que la utilización de los recursos públicos de numeración asignados está sometida a las siguientes condiciones generales:

- “a) Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo. [...].*
- b) Los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, salvo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice expresamente una modificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.”*

Concretamente, la Orden ITC/308/2008 y el Código de conducta regulan las condiciones de prestación del servicio SMS Premium, dentro del cual se atribuye el

código 27YAB a servicios que se prestan a solicitud del abonado sin que puedan tener las características de los de suscripción.

Como se ha analizado, el servicio de comunicaciones electrónicas prestado por Bytel a través del número 27020 es contrario a los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/308/2008 y al apartado 6 del Código de conducta lo que, adicionalmente, supone una infracción del artículo 59 del Reglamento de Mercados pues el uso realizado del número 27020 era contrario a las condiciones de utilización establecidas en la normativa.

Este expediente sancionador se incoó por la presunta infracción del artículo 53.r) de la LGTel teniendo en cuenta el análisis del uso que se hizo de la numeración en la resolución de asignación. No obstante, examinados con más detenimiento los comportamientos llevados a cabo por Bytel y el contenido de la Resolución, se puede afirmar que la obligación de prestación del servicio conforme a lo establecido en la Orden ITC/308/2008 y el Código de conducta constituye una condición determinante de la asignación de recursos de numeración entendida como condición asociada al uso de la numeración solicitada y asignada. Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las citadas normas constituye una infracción del artículo 53.w) de la LGTel, que considera infracción muy grave:

«w) El incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.»

Así, valorada la calificación inicial otorgada por el acuerdo de inicio del presente expediente y examinado el comportamiento producido, se concluye que este incumplimiento no es un incumplimiento de la resolución de asignación de la numeración *stricto sensu*, pues aunque la obligación pesa sobre Bytel en cuanto que titular de la numeración, condición que adquirió a partir de la Resolución de asignación de fecha 20 de julio de 2012, y a través de esa Resolución asume el otorgamiento de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de la titularidad del número, entre los que se encuentra la obligación de prestar los servicios conforme a lo dispuesto en la Orden ITC/308/2008 y el Código de conducta, la obligación no nace de la Resolución de asignación de la numeración sino que se establece en esta Orden para todos los titulares de asignaciones de recursos públicos de numeración.

En consecuencia, en virtud de lo previsto en el artículo 16.3 del Reglamento del procedimiento sancionador, se modifica la tipificación de la conducta analizada, llevada a cabo por Bytel, en el sentido señalado en los párrafos anteriores.

Como se ha señalado anteriormente, la LGTel ha sido derogada por la LGTel de 2014. Aunque con carácter general han de aplicarse las normas sancionadoras en vigor en el momento de producirse los hechos, de conformidad con el artículo 128.2 de la LRJPAC las normas sancionadoras favorables han de producir efecto retroactivo. En este sentido, el artículo 77.19 de la LGTel de 2014 tipifica como grave *“el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el*

otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración". Por tanto, la nueva norma mantiene la tipificación de la infracción pero la califica de infracción grave –y no de muy grave, como hacía el artículo 53.w) de la LGTel-.

En consecuencia, en aplicación del artículo 128 de la LRJPAC, cabe concluir que Bytel ha incurrido en una infracción administrativa grave, tipificada en el apartado 19) del artículo 77 de la LGTel de 2014, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del número 27020.

Tercero.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica debe ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del derecho penal y que es aplicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo (sentencias de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579), 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), o 21 de enero de 2011 (RJ 2011/485).

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 LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

En efecto, en el derecho administrativo sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia¹⁸. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar supuestos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 77.32 de la LGTel de 2014, que establece que se considera infracción grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de*

¹⁸ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica que *“en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 39 de la presente Ley, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.w) de la misma norma (cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento), en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia. El artículo 77.19 de la LGTel de 2014 no modifica la calificación de este tipo infractor a estos efectos.

Bytel, titular del número asignado 27020, es responsable de su uso de conformidad con la normativa aplicable. En concreto, el artículo 8.1 de la Orden ITC/308/2008 señala que los recursos asignados permanecerán bajo el control del asignatario. Además, el artículo 8.3 de la misma norma hace responsable al operador titular de la numeración SMS Premium de los servicios y contenidos suministrados, estando obligado al cumplimiento del Código de conducta.

De lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Bytel en base a los hechos que configuran el tipo infractor de los que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y del Hecho probado resulta que el inculpado ha realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

La consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil¹⁹ lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, tal y como ya se ha señalado, se imputa a Bytel una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/308/2008 y el Código de conducta al haber prestado servicios de chat –servicios de suscripción- a través del número 27020. Por su parte, el artículo 8.1 de la Orden ITC/308/2008 establece que *“los recursos asignados deberán utilizarse para el fin*

¹⁹ Artículo 1104 CC: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”*

especificado en la solicitud por el titular de la asignación y permanecerán bajo su control”.

En relación con la conducta citada, la inobservancia de las obligaciones relativas a la utilización del número 27020 por Bytel determinantes de la adjudicación y asignación de este recurso es atribuible al menos a título de culpa a este operador, toda vez que tenía que haber puesto la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con la normativa y regulación de servicios de mensajes STA.

Cuarto.- Criterios de graduación de la sanción.

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado.*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

Por su parte, el artículo 80.1 de la LGTel de 2014 establece como criterios para la determinación de la cuantía de la sanción los siguientes:

- “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”.*

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC 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.”*

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que no procede apreciar en el presente caso ninguno que implique imponer una sanción a Bytel en sus tramos superiores.

Sin embargo, se considera que procede aplicar en el presente caso el siguiente criterio de graduación de la sanción como circunstancia que minora la sanción a imponer a Bytel:

- Escaso beneficio obtenido en la comisión de la infracción

Debido a tratarse de un único número y al periodo en que ha resultado probada la comisión de la infracción (febrero y marzo de 2013), y a los datos aportados por los operadores, no ha resultado probado un beneficio elevado obtenido por la conducta imputada.

Asimismo se considera que procede aplicar el siguiente criterio de graduación como circunstancia que agrava la sanción a imponer a Bytel:

- Repercusión social alcanzada por la infracción

A pesar del breve lapso de tiempo en el que ha quedado probada la comisión de la infracción (apenas dos meses) la misma alcanzó una inmediata y apreciable repercusión social. Consta en el expediente (documento número 16) copia de las páginas web www.indefenso.com y www.listaspam.com, en las que se denuncia la recepción de mensajes no solicitados desde el número 27020. alguna de estas denuncias (la página de Internet www.indefenso.com, por ejemplo) se encuentran fechadas en 11 de febrero de 2013, con lo que la repercusión social de la conducta, que alcanzó la denuncia de la misma a través de páginas de internet, se produjo desde los primeros días de su comisión. Igualmente consta en el expediente los datos aportados por Bytel respecto al elevado número de mensajes remitidos en los dos meses en los que duró la infracción. Enviar mensajes sin solicitud previa del usuario ha sido considerado por la CMT como una práctica perjudicial para el mercado y para el conjunto de agentes relacionados con este tipo de servicios, tanto para aquellos operadores que actúan correctamente, como para los operadores que

prestan el servicio telefónico móvil a los abonados que recibirán y deberán gestionar las quejas de los abonados por este tipo de mensajes.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1.- Límite legal de la sanción.

La LGTel fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 b) de la LGTel, la Comisión impondrá las siguientes sanciones:

“[m]ulta 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.

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.”

Por su parte, el artículo 79.1.c) de la LGTel de 2014 establece para las infracciones graves como la prevista en su artículo 77.19 la siguiente sanción:

“c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.”

En conclusión, tanto la LGTel como la LGTel de 2014 establecen como límite máximo del importe de la sanción por la infracción de las condiciones de asignación (en la actualidad, el otorgamiento de derechos de uso de recursos de numeración) dos millones de euros, siendo, en consecuencia, el límite máximo de la sanción idéntico en ambos casos (a no ser que pueda calcularse la sanción en función del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción).

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en el apartado 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales.

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, para el cálculo de la sanción deberá determinarse si se ha obtenido, en el presente procedimiento, un beneficio como consecuencia de la infracción cometida. El beneficio bruto resulta de la diferencia entre los ingresos y costes estimados. En el presente procedimiento los costes derivados de la actividad no han podido ser calculados por la falta de datos.

En cuanto a los ingresos brutos obtenidos por la entidad, en el periodo correspondiente al año 2013, a día de hoy no se conocen todavía las cantidades correspondientes a la liquidación de la Tasa General de Operadores de Bytel por el servicio de transmisión de datos, almacenamiento y reenvío de mensajes, por estar todavía la exacción de esta tasa en periodo voluntario de liquidación.

Según la entidad inculpada, en el mes de febrero de 2013 no obtuvo beneficios. Por otra parte, de los datos proporcionados por TME y Vodafone, no se puede calcular el beneficio exacto pues falta algún importe. Teniendo en cuenta las cifras aportadas por TME **[CONFIDENCIAL]**

1.

De conformidad con los datos aportados por Vodafone, **[CONFIDENCIAL]**

1.

De forma adicional, se desconoce qué otros gastos ha tenido la compañía, que habría que deducir a las cantidades anteriores. Finalmente, se estima que no todos los ingresos obtenidos se pueden considerar beneficio derivado de la comisión de la infracción (puesto que habrá ingresos que se habrían obtenido de todas formas, de utilizarse el número 270120 de una forma ajustada a la normativa).

Por consiguiente, la falta de los datos relativos a los costes originados por la prestación de la actividad y la ausencia de información sobre qué ingresos realmente pueden imputarse a la actividad sancionada, motivan que no pueda calcularse de forma concluyente una estimación de los beneficios brutos obtenidos por la citada entidad.

Por todo ello, la sanción máxima que se podría imponer a la entidad asciende a dos millones de euros, en función del límite señalado por el artículo 56.1 b) de la LGTel, idéntico al previsto en el artículo 79.1.c) de la LGTel de 2014 -al no calcularse la sanción en función del beneficio obtenido-, mientras que no se puede establecer la cuantía mínima de la sanción, puesto que no es seguro qué parte de los **[CONFIDENCIAL]**, corresponden a beneficios obtenidos por la comisión de la infracción. Por ello, no existirá límite alguno motivado por la inexistencia de beneficio bruto para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias debe prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En

consecuencia, la sanción que se proponga imponer a la entidad Bytel deberá atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.

Asimismo, la cuantía de la sanción ha de imponerse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66.1ª del Código Penal. El citado precepto determina que, cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, las penas se individualizarán imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos sancionadores trata, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 –RJ 1996/6401-).

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

3.- Determinación de la sanción.

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

- Como se ha indicado el límite máximo de la sanción que se le puede imponer a Bytel es de 2.000.000 €.
- No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta la concurrencia como circunstancia atenuante del escaso beneficio obtenido en la comisión de la infracción y como circunstancia agravante de la inmediata e importante repercusión social alcanzada por la infracción en la breve duración de la conducta.
- En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta la circunstancia atenuante y la agravante anteriormente señaladas, se considera que procede imponer una sanción de diez mil (10.000) euros.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a BYTEL PROJECTS, S.L., sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por haber incumplido los artículos 4 y 5 de la 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.- Imponer a BYTEL PROJECTS, S.L. sociedad unipersonal, una sanción por importe de diez mil (10.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera Caixabank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.