

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR INCOADO CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 8 DE MARZO DE 2012 POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO AL CONFLICTO PLANTEADO POR NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L. Y OTROS OPERADORES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (Expdte. RO 2012/2687)

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. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de enero de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Telefónica Móviles España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 8 de marzo de 2012 relativa a la adopción de medidas cautelares en el procedimiento en relación con el conflicto planteado por NVIA y otros operadores de comunicaciones electrónicas contra Telefónica Móviles España, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 8 de marzo de 2012

Con fecha 8 de marzo de 2012, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L. (en adelante, NVIA),

Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L., sociedad unipersonal, y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal¹ (en adelante, TME) (documento núm. 1.2) en la que se resolvió:

«Único.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica Móviles España, S.A.U. a restablecer el acceso a la numeración de la que son titulares los operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA GESTION DE DATOS, S.L. para la prestación de estos servicios con objeto de poner a disposición de los usuarios y consumidores finales sus contenidos mediante mensajes cortos. Está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM.

Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012».

La citada Resolución (en adelante, Resolución por la que se adoptan medidas cautelares) así como los documentos obrantes en dicho procedimiento que son relevantes a los efectos del presente expediente constan como documento núm. 1 del expediente.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador

El 5 de diciembre de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se acordaba la apertura de un procedimiento sancionador contra TME por el presunto incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, de 8 de marzo de 2012, que se dictó en el marco del conflicto planteado por NVIA y otros operadores contra TME (expediente RO 2012/391), cuya Resolución se dictó en fecha 5 de diciembre de 2012 (en adelante, Resolución del conflicto) (documento núm. 1.17).

En la Resolución del conflicto, se concretaba que TME había incumplido la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares puesto que había procedido a la apertura sólo de una parte de los números de servicios SMS Premium gestionados por NVIA y previstos en la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares. Además, no había justificado de forma suficiente la negativa a abrir otra

¹ Expediente RO 2012/391.

parte de los restantes, en concreto, diecisiete números de servicios para adultos que no eran de suscripción, cuatro más asignados a Datatalk Comunicaciones, S.L. (en adelante, Datatalk) y el número 27003 de Operalia Corporación Empresarial, S.L. (en adelante, Operalia).

El acuerdo de inicio fue notificado a TME el día 7 de diciembre de 2012 (documento núm. 1.18).

Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora en fecha 12 de diciembre de 2012, con traslado de las actuaciones practicadas en el expediente RO 2012/391 (documento núm. 2). Por su parte, con fecha 14 de diciembre de 2012 se comunicó a TME el número de referencia para la tramitación del procedimiento sancionador (RO 2012/2687) (documento núm. 3).

TERCERO.- Escrito de alegaciones de TME

Con fecha 4 de enero de 2013, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TME en el cual formulaba alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador de referencia (documento núm. 4) en las que indicaba las razones de la falta de apertura de determinada numeración que, a su juicio, excluían la posibilidad de considerar su comportamiento como un incumplimiento. En concreto, TME señala las siguientes justificaciones en relación con la apertura de las 22 numeraciones denunciadas en la Resolución de 5 de diciembre de 2012 que sustentaron la incoación del presente procedimiento sancionador:

1. Siete (7) números (25666; 27270; 35522; 37722; 995800; 997200 y 997447) estaban asignados a Datatalk, empresa que pertenece al grupo de NVIA y a la que, según TME, no era aplicable la medida cautelar.
2. Once (11) números (995300; 995498; 995666; 995683; 995756; 995974; 997371; 997468; 997596; 997820 y 997888) no estaban activados con anterioridad al 21 de febrero de 2012, fecha en que TME procedió al corte de las numeraciones por lo que no entraban en el ámbito de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares.
3. Tres (3) números (995005; 997123 y 995522) habían tenido escaso tráfico en los meses anteriores.
4. Un (1) número (27003) no se abrió por error, que se procedió a subsanar una vez detectado, abriéndose algo más tarde.

En su escrito, TME omite cualquier explicación sobre la falta de apertura del número 995656, asignado a Datatalk. Además, la entidad menciona el número 995800 correspondiente a NVIA y que no estaba incluido en la relación de números cuyo incumplimiento se tuvo en cuenta para incoar este procedimiento.

TME señala asimismo que en el presente caso no puede apreciarse culpabilidad porque se incurrió en un error con algunas numeraciones que tuvieron un carácter muy puntual.

Por último, TME recoge los importes relativos al tráfico que en los últimos meses se ha cursado a través de varias de las numeraciones para fundamentar que el perjuicio económico fue muy escaso.

CUARTO.- Requerimiento de información a NVIA

Por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto de referencia, con fecha 7 de febrero de 2013, se requirió a NVIA la siguiente información adicional (documento núm. 5):

1. Que indicara si los números 995300, 995498, 995666, 995683, 995756, 995974, 997371, 997468, 997596, 997820 y 997888 fueron abiertos en la red de TME con anterioridad al 21 de febrero de 2012. En caso de que así se hubiera hecho, que remitiera una copia del documento en el que se haya solicitado a TME dicha apertura y cualquier otro que acreditara esta circunstancia.
2. El tráfico generado por abonados de TME en los números 995005, 997123 y 995522 en los meses de noviembre, diciembre de 2011 y enero de 2012 desglosado por meses.

QUINTO.- Contestación al requerimiento de información

Con fecha 21 de febrero de 2013, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de NVIA en respuesta al requerimiento de información referido en el apartado anterior (documento núm. 6).

Respecto a la información solicitada, NVIA no acredita la apertura de los números indicados en el punto uno del requerimiento. El operador no adjunta copia del documento de solicitud de apertura a TME, como expresamente se le solicitó. En el escrito, únicamente remite a un cuadro en el que se relacionan los 97 números cortos que, según NVIA, estaban conectados a su plataforma y abiertos con TME en el momento en que este último cortó el acceso. Este documento ya fue aportado durante la tramitación del conflicto con TME.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión objeto del requerimiento, NVIA remite un archivo Excel con el tráfico cursado con TME de los números SMS Premium durante los meses de noviembre y diciembre de 2011 y enero de 2012.

SEXTO.- Propuesta de Resolución

Con fecha 8 de octubre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (documento núm. 8), en la que proponía:

“PRIMERO.- Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de 8 de marzo de 2012 por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (RO 2012/391).

SEGUNDO.- Que se imponga a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de 400.000 euros por la anterior conducta.”

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a TME.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 4 de octubre de 2013, se procedió a declarar confidenciales los datos relativos a los ingresos obtenidos por TME en la rama de actividad afectada por la presente resolución (documento núm. 7).

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de TME a la propuesta de la instructora

Durante el trámite de audiencia y mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2013, TME formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora (documento núm. 10), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 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).

Las alegaciones de TME son analizadas y tenidas en cuenta a lo largo de la presente Resolución.

NOVENO.- Ampliación del plazo de resolución y notificación del expediente

Con fecha 14 de noviembre de 2013, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó Resolución por la que acordó ampliar en tres meses el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento (documento núm. 11).

Esta Resolución se notificó a TME el 21 de noviembre de 2013 (documento núm. 12).

DÉCIMO.- Modificación de los documentos obrantes en el expediente

Examinado el conjunto de los documentos incorporados al expediente, se constató que únicamente 18 de los 81 escritos que integraban el documento 1 habían sido

tenidos en cuenta durante la tramitación. En consecuencia, con fecha 19 de noviembre de 2013, se comunicó a TME la nueva relación de documentos que integraban el expediente del presente procedimiento.

UNDÉCIMO.- Cierre de la fase de instrucción

Con fecha 17 de diciembre de 2013, 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, así como el escrito de alegaciones presentado por TME sobre dicha propuesta de resolución.

II. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO.- TME no abrió su red a la totalidad de los números señalados en la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una resolución adoptando medidas cautelares con fecha 8 de marzo de 2012. Esta Resolución le fue notificada a TME el día 12 de marzo de 2012, como figura en el acuse de recibo electrónico obrante en el expediente. En ella, se obligaba a TME a restablecer el acceso a la numeración de mensajes cortos para servicios de tarificación adicional (en adelante, SMS Premium) de la que eran titulares los operadores de comunicaciones electrónicas que prestaban servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes a través de la plataforma de NVIA, excepto los números que soportaban servicios de tarificación adicional de suscripción.

El plazo para mantener abierta la red de TME se extendía hasta que se resolviera el procedimiento de conflicto o, si la resolución recayese en fecha posterior, hasta el 21 de mayo de 2012². Puesto que la Resolución definitiva del conflicto fue posterior (5 de diciembre de 2012), el plazo finalizó el 21 de mayo de 2012.

Por lo tanto, TME conocía el alcance de la medida cautelar dictada y la obligación de abrir en su red determinada numeración gestionada en ese momento por la plataforma de NVIA. Este extremo no ha sido discutido por la operadora.

De los 97 números que NVIA identificó como gestionados por su plataforma, en la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares se excluyó la numeración SMS Premium para servicios de suscripción que se prestasen a través de los rangos de numeración 795ABM, 797ABM, 995ABM y 997ABM.

² Fecha en la que el contrato de acceso entre NVIA y TME, resuelto por este último, que dio lugar al conflicto, podía considerarse definitivamente resuelto en virtud de sus cláusulas.

NVIA, en su escrito de denuncia de 27 de marzo de 2012, denunció que TME no procedió a la apertura de un total de sesenta y nueve (69) números SMS Premium que deberían haber sido abiertos en aplicación de la citada medida cautelar.

Una vez examinados los sesenta y nueve números, en la Resolución del conflicto, de 5 de diciembre de 2012, se identificaron cuáles eran los números que debían haber sido abiertos y cuáles por distintas circunstancias, o bien fueron abiertos o bien no estaban sujetos a esa obligación³.

Finalmente, se identificaron un total de 37 números SMS Premium que deberían haber sido abiertos por TME. De estos, 15 números fueron abiertos correctamente en la red de TME y los 22 restantes no lo fueron durante el periodo de vigencia de las medidas cautelares (del 13 de marzo de 2012 al 21 de mayo de 2012). En concreto, se trataba de siete números (7) asignados a Datatalk⁴, otros catorce (14) números SMS Premium de servicios para adultos⁵ de distintos operadores y uno (1) de Operalia⁶.

En relación con estas conclusiones de la Resolución del conflicto, TME reconoce en su escrito de 4 de enero de 2013 (documento núm. 4) que no procedió a la apertura de diez (10) de los números que no prestaban servicios de mensajes de suscripción, en base a una serie de razones que se examinarán más adelante, y que otro más, el 27003, de Operalia, se abrió con posterioridad a la fecha establecida para ello, el día 13 de marzo de 2012 (día siguiente a la fecha del acuse de recibo de la Resolución por la que se adoptaron las medidas cautelares).

Por último, respecto a los once (11) números restantes, no ha sido acreditado que su activación haya sido notificada a TME con anterioridad al 21 de febrero de 2012 – fecha en que se produjo el corte del acceso-.

Para acreditar su afirmación, TME ha remitido un correo de NVIA en el que figuran los números activados por TME con fecha 9 de enero de 2012 en la que no aparecen estos once números (documento núm. 4). Trasladada esta cuestión a NVIA, el operador no ha aportado ningún documento que pruebe que se había solicitado su apertura con anterioridad al 21 de febrero de 2012, fecha en que TME procedió a la suspensión de la interconexión. Asimismo, en las liquidaciones que durante la tramitación del conflicto presentó TME de los meses de noviembre y diciembre de 2011, así como enero y febrero de 2012, tampoco figuran esos números (anexo del documento núm. 1.9). Por ello, se acepta la alegación formulada por TME.

³ En el procedimiento RO 2012/391 se analizó la obligación de TME de abrir los restantes números denunciados por NVIA. Respecto de veintidós (32) números, la Resolución de la CMT concluyó que no quedaban afectados por la medida cautelar y no son tratados en el presente expediente.

⁴ 25666, 27270, 35522, 37722, más tres números de adultos: 997200, 997447 y 995656.

⁵ 995005, 995300, 995498, 995522, 995666, 995683, 995756, 995974, 997123, 997371, 997468, 997596, 997820 y 997888.

⁶ 27003.

En conclusión, TME reconoce que no abrió diez (10) números que gestionaba la plataforma de NVIA cuando recibió la notificación de la Resolución de 8 de marzo de 2012, a los que habría que añadir otro más que fue abierto con retraso. Esto será analizado posteriormente.

Sobre los once (11) restantes, no ha quedado acreditado que su apertura fuese solicitada con anterioridad al 21 de febrero de 2012, y por tanto no está claro que TME estuviese obligada a abrir su red a estos números en virtud de la Resolución por la que se adoptan las medidas cautelares.

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

III.FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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 esta Comisión *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

El artículo 48.4.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) recoge entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión *“la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, (...)”*.

En uso de la habilitación competencial citada, con fecha 5 de diciembre de 2012, se adoptó la Resolución del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L.U. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U.⁷. En esta Resolución se llegó a la conclusión de que TME había presuntamente incumplido la Resolución de 8 de marzo de 2012, por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso referido.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala

⁷ Expediente número RO 2012/391.

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 3/2013⁸, 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.

Asimismo, los artículos 48.4 letra j) y 50.7 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”.

En aplicación de los preceptos citados, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares anteriormente mencionada, de conformidad con el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica 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.

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”.

SEGUNTO.- Tipificación de los hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta 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

⁸ 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.

los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En particular, tal y como consta en la Resolución del conflicto por la que se incoa el presente procedimiento sancionador, el expediente se inició contra TME por existir indicios de incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, al no haber procedido a la apertura de todos los números previstos en la misma ni haber justificado de forma suficiente la negativa a abrir algunos de ellos.

Del análisis llevado a cabo en la instrucción del presente procedimiento, así como de las consideraciones recogidas en los Hechos Probados, se concluye que TME ha incumplido la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares al no abrir su red a toda la numeración para la prestación de servicios de mensajes de tarificación adicional gestionada por NVIA afectada por dicha Resolución.

A continuación, se procede a analizar las cuestiones principales planteadas por TME en el presente expediente y, en particular, en su escrito de alegaciones, a la propuesta de resolución formulada por la instructora.

NVIA es un operador de almacenamiento y reenvío de mensajes que actúa como plataforma de otros operadores de servicios SMS Premium gestionando su numeración y firmando acuerdos de acceso con los operadores del servicio telefónico móvil.

En concreto, con fecha 23 de noviembre de 2009, NVIA firmó con TME un Contrato para la Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros con objeto de proveer a NVIA el acceso a la red de sus servicios (en adelante, Contrato de Intermediación).

Ante la existencia de varios incumplimientos del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes⁹ por parte de algunos operadores cuya numeración era gestionada por NVIA, TME resolvió el Contrato de Intermediación con fecha 21 de febrero de 2012. Ante esta situación, NVIA planteó un conflicto y, asimismo, solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de medidas cautelares para obligar a TME a mantener el servicio de acceso de la numeración SMS Premium desde la plataforma de NVIA hasta la resolución del conflicto.

Esta Comisión dictó la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares imponiendo a TME el restablecimiento del acceso a su red. La obligación de TME se extendía desde el 13 de marzo de 2012 –día siguiente a la notificación de la resolución- hasta la fecha de la Resolución que pusiera fin al procedimiento principal o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012. Puesto que la Resolución definitiva fue posterior, la obligación finalizó el día 21 de mayo de 2012.

⁹ Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

En ella, se exigía la apertura por parte de TME de la numeración que gestionaba la plataforma de NVIA que cumpliera los siguientes requisitos:

- Los operadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes titulares de la numeración debían haber suscrito un acuerdo con NVIA para la prestación de servicios a través de su plataforma.
- La Resolución especificaba que TME debía “*restablecer el acceso a la numeración*”. Por tanto, se trataba de numeración que ya estaba abierta antes de la resolución del contrato (21 de febrero de 2012).
- El tercer requisito excluía a los números a través de los que se prestasen servicios de tarificación adicional de servicios de suscripción.

Aplicando los criterios establecidos en la Resolución de medidas cautelares, desde el 13 de marzo de 2012, TME debería haber permitido el acceso a su red de todos los números gestionados a través de la plataforma de NVIA para que se cursaran a través de esta todos los servicios SMS Premium, salvo los de suscripción, que se venían prestando antes del 21 de febrero de 2012, fecha en la que TME resolvió su contrato de acceso con NVIA, hasta el 21 de mayo de 2012.

Con fecha 27 de marzo de 2012, NVIA puso en conocimiento de esta Comisión que TME no había cumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 al no haber abierto la totalidad de la numeración prevista en dicha decisión (documento núm. 1.6).

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicó, con fecha 30 de marzo de 2012¹⁰, dicha circunstancia a TME para que aclarase por qué únicamente había abierto 15 números y no había restablecido el acceso al resto de la numeración afectada (documento núm. 1.8). TME confirmó que sólo había abierto algunos números y trató de justificar la falta de apertura del resto (documento núm. 1.10).

Como se ha analizado en los Hechos probados, aunque NVIA planteó que TME debería haber abierto 69 números de servicios SMS Premium, en la Resolución del conflicto se determinó que 15 habían sido correctamente abiertos en la red de TME, incoándose el presente procedimiento por el incumplimiento presunto de la Resolución de 8 de marzo de 2012, únicamente respecto de 22 números.

Respecto de estos números, procede analizar los tres escenarios que se plantearon en el ámbito del conflicto (exp. RO 2012/391):

- a) Sobre la afectación de la medida cautelar a la numeración de NVIA y a la de las empresas de su grupo

En concreto, la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares establecía que TME debía abrir su red a los “operadores de comunicaciones electrónicas

¹⁰ Acuse de recibo 2 de abril de 2012.

prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA”.

La redacción anterior admite una interpretación restrictiva que podría excluir la numeración de NVIA¹¹. Si bien esta Comisión entendió que TME debería haber solicitado del presente organismo una aclaración del alcance de la misma, consideró –en la Resolución del conflicto- que cabría esa interpretación, por lo que la numeración de NVIA que no había sido abierta no se tuvo en cuenta a efectos de incoar el presente procedimiento sancionador.

En cuanto a la numeración de Datatalk, TME señaló en el procedimiento RO 2012/391 (documento núm. 1.14) y ha vuelto a alegar en el presente procedimiento sancionador que esta entidad y NVIA pertenecen al mismo grupo empresarial en base a las siguientes consideraciones:

«NVIA GESTION DE DATOS S.L., tiene como órganos de Administración el Consejo de Administración (Presidente: JOSE MARIA LAMAS SANCHEZ, vocal: VICTOR LAMAS SANCHEZ y Consejero Delegado: VICTOR LAMAS SANCHEZ), y como socios partícipes, entre otros, a la mercantil “PLANET ARENA S.L. vinculada con Víctor [Lamas], que coincide como participe en ambas sociedades (Nvia y Datatalk). El Domicilio social hasta marzo 2012 estaba en C/ Castillo de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, y desde Marzo 2012 han cambiado el domicilio social a C/ Alcalá 85, planta 6º de Madrid (coincidente con el de Datatalk). Como Documento 1 se adjuntan los documentos correspondientes del Registro mercantil.

Datatalk Comunicaciones, S. L. tiene como órganos de Administración al Administración Único que es VICTOR LAMAS SANCHEZ, y son socios partícipes, entre otros, Nvia que es titular de un 25% de las participaciones y la sociedad Planet Arena S.L, con vinculación de Victor Lamas con dicha sociedad. El domicilio social de la sociedad tenía su domicilio social en c/ Camino de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, pero a partir de Marzo 2012 ha cambiado el domicilio social a C/ Alcalá nº 85, planta 6º de Madrid (se adjuntan documentos del Registro mercantil)».

Asimismo, la entidad indicó que en las relaciones operativas y comerciales que mantenía con NVIA y con Datatalk, las comunicaciones se hacían indistintamente con la identificación de una u otra mercantil.

Sin embargo, aun cuando NVIA y Datatalk podrían considerarse del mismo grupo empresarial, la Resolución era clara en su pronunciamiento sobre este extremo.

¹¹ TME entendió que al señalar que “hubieran suscrito un acuerdo con NVIA” se excluía a esta entidad.

NVIA y Datatalk son dos entidades con personalidad jurídica propia que figuran inscritas individualmente en el Registro de Operadores de la CNMC para la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes y con numeración asignada de forma diferenciada. Asimismo, NVIA actúa como plataforma que gestiona numeración de otros, mientras que Datatalk únicamente es prestador de servicios SMS Premium.

Por lo tanto, a los efectos de la prestación de servicios, ambas empresas deben ser consideradas independientes, sin perjuicio de su pertenencia al mismo grupo empresarial. Únicamente deberá entenderse de aplicación a ambas las Resoluciones que expresamente lo indiquen o salvo que una norma extienda a un grupo empresarial una determinada medida.

En el caso que se examina, ambos operadores tenían su propia numeración claramente diferenciada, de forma que no existían dudas por parte de TME a la hora de conocer el sujeto titular de la numeración a la que debía abrir su red, al igual que hizo en el caso de otros números analizados en el conflicto principal (37378, 25251, 27371 y 37371), en el que comprobó quién era el actual asignatario.

TME hizo una interpretación muy amplia al considerar que NVIA no estaba incluida por no haber suscrito un acuerdo consigo misma, pero extenderlo a cualquier otro operador resulta claramente contrario a la Resolución de medidas cautelares, que es muy clara en su literalidad, y por ello no puede acogerse esta alegación de TME. Esto es, ha de estarse al estricto contenido de la Resolución sin que quepa acoger una interpretación extensiva del Resuelve para excluir de la obligación de TME otros supuestos no específicamente mencionados, como sociedades del grupo empresarial, participadas o con cualquier otro tipo de relación.

Por lo tanto, queda acreditado que TME incumplió la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares respecto de los siete (7) números que habían sido habilitados a Datatalk (4 incluidos en los rangos 995ABM y 997ABM)¹².

b) Sobre la numeración de servicios para adultos

17¹³ números denunciados pertenecen a los rangos 995ABM y 997ABM y corresponden a servicios para adultos que no eran de suscripción.

En el ámbito del conflicto, TME entendió que la medida cautelar no alcanzaba a estos números. NVIA argumentó que la medida cautelar específica que *“está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 795ABM, 797ABM, 995ABM y 997ABM”*. Por tanto, toda la numeración que comienza por 79,

¹² 25666, 27270, 35522, 37722, 995656, 997200 y 997447.

¹³ 995005, 995300, 995498, 995522, 995656, 995666, 995683, 995756, 995974, 997123, 997200, 997371, 997447, 997468, 997596, 997820 y 997888.

que la Orden ITC/308/208 atribuye exclusivamente a servicios de tarificación adicional de suscripción, estaba excluida. Sin embargo, no puede predicarse dicho carácter respecto de la numeración que comienza por 99, puesto que son servicios para adultos que pueden soportar o no servicios de suscripción.

Los servicios de suscripción para adultos se definen como aquéllos que se prestan con numeración comprendida dentro del rango dedicado a adultos (995ABM, 997ABM y 999ABMC) aunque manteniendo los requisitos de los servicios de suscripción y, en particular, el precio máximo de 1,2 € por mensaje recibido¹⁴. Por lo tanto, este tipo de servicios fueron englobados dentro de la modalidad d) de la Orden ITC/308/2008, en lugar de utilizar los rangos atribuidos a la modalidad de suscripción. NVIA señala que TME conocía cuáles eran los números que daban servicios de suscripción y que 17 de ellos eran sólo de adultos y deberían haber sido abiertos.

En este sentido, en el marco del expediente del conflicto se recogen documentos, por los que TME conoce claramente cuando un número del rango 99 es de adultos o de suscripción.

La Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares fue muy clara con respecto a la numeración que no debía abrirse por TME: los servicios de tarificación adicional de suscripción. Por lo tanto, como se señaló en la Resolución de 5 de diciembre de 2012, TME debería haber abierto el acceso a todos aquellos números, incluidos los de adultos, que no quedaban comprendidos en esa categoría.

De los 17 números que se detectaron en esta situación en el expediente RO 2012/391, TME ha formulado las siguientes alegaciones dentro del presente procedimiento:

- TME ha señalado que once de ellos¹⁵ no estaban activados antes de la fecha de aprobación de la medida cautelar. Como se ha analizado en los Hechos probados, no ha quedado acreditado que estos once (11) números estuviesen incluidos en el ámbito de la medida cautelar.
- Del resto de la numeración, tres (3) son de Datatalk, considerados en el anterior apartado, y sobre los otros tres (3)¹⁶, TME señala que no fueron abiertos porque no fueron detectados: uno de ellos debido a que no había cursado tráfico y los otros dos por haber sido activados en el mes de febrero, poco antes de la resolución del contrato por parte de TME.

TME ha incumplido la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, respecto de los números anteriores.

¹⁴ Modificación del Código de Conducta de 2 de julio de 2010.

¹⁵ 995300, 995498, 995666, 995683, 995756, 995974, 997371, 997468, 997596, 997820 y 997888.

¹⁶ 995005, 995522 y 997123.

c) Número 27003 (de Operalia)

Respecto al número 27003, como se ha señalado en los Hechos probados, TME alegó que no se abrió en plazo por un error. Una vez advertido, TME indica que le dio acceso a partir del 17 de abril de 2012. Por lo tanto, desde el 13 de marzo al 17 de abril de 2012, debe considerarse que se incumplió parcialmente la medida cautelar.

d) Conclusión

TME debería haber abierto 26 números en cumplimiento de la Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares. Quince (15) fueron efectivamente abiertos. Sin embargo, TME no procedió a la apertura de los once (11) restantes y no ha justificado de forma suficiente y válida la no apertura en su red de dicha numeración.

En concreto, respecto de seis números de adultos que no eran de suscripción, cuatro más asignados a Datatalk Comunicaciones, S.L. y el número 27003 de Operalia Corporación Empresarial, S.L. que se abrió con retraso.

TME señala en sus alegaciones a la propuesta de resolución que no puede equipararse el incumplimiento de una obligación con su incumplimiento defectuoso pues en este caso, a su juicio, estamos ante un cumplimiento parcial de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares puesto que sí se abrió la red de TME a determinada numeración.

El cumplimiento de las medidas cautelares exigía la apertura de la totalidad de la numeración afectada. A pesar de no suponer un elevado número, TME restringió al máximo la interpretación de la Resolución y excluyó algunos números que claramente debían haber sido abiertos.

En sus alegaciones a la propuesta de la instructora, TME señala que el conflicto en el que se dictaron las medidas cautelares por cuyo presunto incumplimiento se incoó el presente sancionador se debió a diversos incumplimientos de NVIA y Datatalk relacionados con los servicios SMS Premium y el uso de numeración SMS Premium. Y que es en este contexto de perseguir conductas de abuso a clientes finales mediante prácticas fraudulentas masivas cuando la CMT dicta la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares.

Las circunstancias señaladas por TME se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la medida cautelar que excluyó de su aplicación a toda la numeración infractora. Efectivamente, los incumplimientos a los que se refiere TME se realizaron a través de números SMS Premium que soportaban servicios de suscripción. Puesto que la supresión del acceso que había realizado TME era una medida con un fuerte impacto en el mercado, la adopción de la medida cautelar trató de mitigar ese efecto, al menos, hasta que se tomase una decisión por parte de este organismo. Por ello, se obligó a TME a prestar temporalmente su servicio de acceso excluyendo toda la numeración (la de servicios de suscripción) que había dado origen al problema.

En definitiva, de los documentos obrantes en el expediente y aportados por TME se puede concluir que dicha operadora no ha procedido a abrir en su red toda la numeración gestionada a través de la plataforma de NVIA que correspondía a tenor de lo dispuesto en la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, es decir, se produjo un incumplimiento de esta Resolución.

El incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia constituye una infracción muy grave recogida en el artículo 53.r) de la LGTel, siendo su bien jurídico protegido la “auctoritas” de esta Comisión como recoge el fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007 cuando señala que:

“(...) el menoscabo de la auctoritas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros.”

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la jurisprudencia en materia sancionadora, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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*”.

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, 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 imprudencia¹⁷. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple

¹⁷ 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*

negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil 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 2004¹⁸) 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 la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos: unos 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 53 e) o el 53 o) de la LGTel¹⁹, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53 r) 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 consistente en no dar cumplimiento a determinadas Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, se imputa a TME una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de una Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en concreto, la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares de fecha 8 de marzo de 2012, en un porcentaje de incumplimiento muy elevado respecto del total de números afectados por la medida cautelar.

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”.

¹⁸ RJ 2005/20.

¹⁹ El artículo 53 e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “*la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley [...]*”. De la misma forma, el artículo 53 o) determina como infracción muy grave “*el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley*”.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que TME era plenamente consciente de que el incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004 que:

“Debe referirse que, desde la perspectiva constitucional, el Derecho administrativo sancionador, en las relaciones especiales de sujeción constituye una expresión del principio de autotutela al atribuirse poderes coercitivos sancionadores a la Administración Pública para reprimir los ilícitos administrativos que lesionen los intereses protegido por el ordenamiento administrativo por lo que la compañía (...) no puede desobedecer la Ley administrativa sectorial aplicada, interpretando de modo unilateral que puede dejar de cumplir las medidas cautelares adoptadas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

En cuanto al elemento volitivo, TME era plenamente conocedora de la importancia del cumplimiento de las medidas cautelares impuestas en cuanto que permitía a los otros operadores continuar con la prestación del servicio. TME conocía la existencia de la obligación a la que debía adaptar su conducta y cuyo incumplimiento le podría acarrear consecuencias sancionadoras.

En definitiva, TME tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica. Concorre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de TME, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

De todo lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable a título doloso por parte de TME en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y de los Hechos Probados que constan en la presente resolución, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción con pleno conocimiento y voluntad.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se

refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas en el Hecho Probado.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

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, a la hora de graduar la sanción es necesario determinar 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 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.”

1.-Circunstancias agravantes.

En el presente caso la prepuesta de la Instructora consideraba que concurren las siguientes circunstancias agravantes:

a) Reiteración

El artículo 131.3.a) de la LRJPAC se refiere a la reiteración como un posible criterio a tomar en consideración en la graduación de la sanción a aplicar. La jurisprudencia y la doctrina, siguiendo el criterio del anterior Código Penal, considera que la reiteración no exige que se produzca la repetición en un periodo de tiempo determinado ni que las dos conductas participen de la misma naturaleza.

En la propuesta de resolución, la instructora consideró que TME era perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación no sólo con la garantía de la interoperabilidad de los servicios, sino también con el respeto de la *auctoritas* de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, habiendo sido sancionada por el incumplimiento de otra Resolución.

En concreto, en la Resolución de 26 de julio de 2007 del procedimiento sancionador incoado contra TME por el supuesto incumplimiento de la Resolución, de 8 de junio del 2000, sobre las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles²⁰, se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. *Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de esta Comisión, de 8 de junio de 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificadas por Resolución de 5 de junio de 2003, y por ello el apartado 3 del artículo 44 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.*

SEGUNDO. *Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por importe de trescientos cincuenta mil euros (350.000) euros.”*

En el citado procedimiento, por tanto, TME fue sancionada por incumplir una Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo que se

²⁰ Expediente RO 2006/1173.

consideró constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

Alegaciones de TME

Frente a estas consideraciones, TME alegó que:

1. La interpretación de la reiteración coincide con la que sostenía el anterior Código Penal que debe ser rechazada pues en el vigente ya no regula esta figura.
2. Existe una Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 que considera que la reiteración debe ser de conductas no de sanciones ni de infracciones al afirmar que:

“Los criterios establecidos en el artículo 131 LRJPAC de reincidencia [apartado 3.c)] y reiteración [apartado 3.a)] se diferencian en que el primero se refiere a una reiteración de infracciones (declaradas por resolución firme) y el segundo a una reiteración de conductas, que no de infracciones o de sanciones.”

Contestación

En relación con las alegaciones de TME, se estima que:

1. La reiteración se establece en el artículo 131.3.a) de la LRJPAC. Por lo tanto, es aplicable en el ámbito administrativo aunque no figure en el vigente Código Penal. Sin embargo, su regulación anterior puede servir de guía interpretativa de su alcance y su diferenciación de la figura de la reincidencia.
2. La doctrina y la jurisprudencia señalan que *“la diferencia entre reiteración y reincidencia se basa en que aquélla comprende infracciones cometidas incluso con una diferencia temporal superior a un año y es también independiente de que dichas infracciones participen o no de la naturaleza de la considerada en la que se quieren hacer valer los efectos agravatorios— artículo 131.3 de la LRJPAC”²¹.*

La reiteración en las conductas a la que hace referencia la Sentencia aducida por TME, se refiere a que debe existir reiteración en la comisión de conductas prohibidas o reprochadas. Esto no implica que deba existir una identidad absoluta en los hechos que dan lugar a la aplicación de la agravante de reiteración. En el caso que se está examinando, además, las conductas reprochadas en ambas resoluciones atentan contra el mismo bien jurídico protegido, al tratarse de actos contrarios a las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 1999 (Sentencia núm. 392/1999).

Como ejemplo de la aplicación de estos mismos criterios, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 23 de marzo de 2005 se ha pronunciado en relación con la agravante de *“reiteración en la realización de las conductas prohibidas”* establecida en el artículo 10.2.f) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

En este caso, el TS apreció reiteración entre tres Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia por las que se sancionaba a Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) por incurrir en prácticas abusivas de posición de dominio en el mercado nacional (artículo 6 de la Ley 16/1989), siendo distintos los tres comportamientos que dieron lugar a la imposición de las tres sanciones en tres procedimientos diferentes. En concreto, las actividades sancionadas de TESAU fueron: (i) modificación irregular de las tarifas de sus servicios; (ii) negativa y retraso injustificado de suministro de líneas telefónicas a una compañía; (iii) aplicación de distintas tarifas para el servicio de alquiler de circuitos entre BT y los miembros de una asociación denominada AMMI.

En la Sentencia, el TS apreció la existencia de reiteración a pesar de que la actividad que realizó TESAU era distinta a la que dio lugar a sanción en los otros dos casos, por considerar que los tres suponían *“prácticas abusivas de posición de dominio”*.

En conclusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 131.3 a) de la LRJPAC, la existencia de reiteración puede ser tomada en cuenta a la hora de determinar la sanción a aplicar en el presente caso.

No obstante, en atención al tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción y sanción anteriores, se estima la alegación de TME en el sentido de no considerar la concurrencia de reiteración

b) Intencionalidad

En la propuesta de resolución, la instructora consideró aplicable al presente caso la agravante de intencionalidad recogida en el artículo 131.1.a) de la LRJPAC. Se valoró que en el presente supuesto TME conocía el alcance de la medida cautelar aprobada y, deliberadamente, no había permitido la apertura a su red de determinada numeración que se gestionaba a través de la plataforma de NVIA.

TME ha alegado que no puede apreciarse intencionalidad en este caso pues tenía motivos para no haber abierto su red. En 7 números porque eran de Datatalk (empresa del grupo NVIA, lo que le hizo aplicarle el mismo criterio), en 3 números por falta de tráfico en los meses anteriores y, en un caso, por error –que se rectificó posteriormente-. Además, sí abrió su red a otros 15 números.

Esta Comisión acepta las alegaciones de TME y considera que no tuvo una especial intencionalidad en la comisión de la infracción fuera de la general que el incumplimiento imputado a título de dolo. A este respecto, habiéndose considerado

la voluntariedad de la conducta como elemento de la infracción, no se percibe un plus de intencionalidad con entidad suficiente para justificar esta circunstancia agravante.

En atención a lo anterior, esta Comisión no considera de aplicación ninguna circunstancia agravante.

2.-Circunstancias atenuantes.

En el presente caso no concurre circunstancia atenuante alguna.

SEXTO.- Sanción aplicable a las infracciones.

1.- Límite legal.

La LGTel establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, así como una cuantía mínima para el caso de que pueda cuantificarse el beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel,

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- 20 millones de euros.”*

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, debiendo respetarse los principios de proporcionalidad y disuasión.

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

2.1.- Beneficio bruto

El comportamiento de TME no le ha supuesto mayores ingresos puesto que ha consistido en impedir a otros operadores la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a través de su red. Por lo tanto, ha impedido que los usuarios finales accedieran a estos servicios lo que ha supuesto una merma de ingresos tanto para TME, a nivel mayorista, como para los titulares de las numeraciones afectadas, a nivel minorista. En consecuencia, no ha habido beneficio bruto directo del incumplimiento.

Por tanto, no procede utilizar en el presente procedimiento el **criterio del beneficio bruto obtenido** por la comisión de la infracción imputada a TME.

2.2.- Ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada

En cuanto al 1% de los ingresos obtenidos por TME en la rama de actividad en el último ejercicio o en el ejercicio actual, tal y como se ha venido señalando por esta Comisión, no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad. No obstante, esta Comisión ha entendido que cuando los servicios mayoristas afectados son esenciales para que un operador alternativo pueda competir, la rama de actividad debe incluir el nivel minorista. Este criterio ha sido refrendado por la Audiencia Nacional en las Sentencias de 18 de enero de 2010²² y de 19 de septiembre de 2011²³.

En este sentido, en su acuerdo de prestación de servicios, TME y NVIA mantienen una doble relación puesto que la plataforma de este último está conectada a la red del operador móvil, lo que le permite actuar de agregador, y, al mismo tiempo, NVIA junto con todos los operadores de servicios SMS Premium conectados a su plataforma son prestadores de servicios SMS Premium minoristas a los abonados de TME. De esta forma, el presunto incumplimiento de TME tendría efectos tanto en el ámbito mayorista como en el minorista.

Por tanto, se estima que la rama de actividad afectada se conforma por los ingresos procedentes de los servicios mayoristas y minoristas de servicios de SMS Premium.

En el caso de los servicios minoristas, los ingresos declarados por TME en relación a los servicios de valor añadidos fueron de **CONFIDENCIAL []** euros para todo el año 2012. Respecto a los ingresos mayoristas, estos alcanzaron la cifra de

²² Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2010, en relación con el recurso contencioso-administrativo presentado contra la Resolución de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de enero de 2006.

²³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2011, en relación con la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de enero de 2009 por la que se aprobó la concreta sanción cuyo pago correspondía a la sociedad ahora recurrente en cumplimiento de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2008, que fue dictada en el recurso de casación 7144/2005.

CONFIDENCIAL [] euros para todo el año 2012²⁴. La suma de las dos cantidades es de **CONFIDENCIAL** [] euros.

Por tanto, el 1% de los “*ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada*” ascendieron a **CONFIDENCIAL** [] euros.

2.3.- Determinación del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la presunta infracción que se imputa a TME

En cuanto a la determinación de la cuantía consistente en el **5% de los fondos propios totales**, propios y ajenos, utilizados en la comisión de la infracción que se imputa a TME, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria, cabe señalar que no resulta posible su determinación, porque el incumplimiento por parte de TME de su obligación de apertura de la red se traduce en una falta de actuación al respecto. Es decir, simplemente con dedicar menos recursos de los necesarios para cumplir con su obligación se consiguen los efectos descritos. Por lo tanto, no son necesarios fondos para cometer la infracción, sino más bien al contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.

Como último criterio para determinar el límite máximo de la infracción, el artículo 56 de la LGTel se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse.

2.4.- Conclusión

Una vez determinados los criterios que fija la LGTel para calcular el importe de la sanción, y en aplicación de las reglas enunciadas anteriormente, se obtienen las siguientes cantidades:

- Beneficio bruto: no se puede determinar.
- 1% de los ingresos brutos anuales en el último ejercicio en la rama de actividad afectada: **CONFIDENCIAL** [] euros.
- 20.000.000 €.

Tomando en consideración todas las cantidades señaladas, la de mayor importe es 20 millones de euros, siendo esta cuantía el límite máximo de la sanción que puede imponerse.

3.- Determinación de la sanción.

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

²⁴ Datos provistos por el Departamento de Estudios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones provenientes de las declaraciones de los operadores en el marco de captación de datos para el informe anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros, sin existir un límite mínimo.

Se considera que la infracción cometida es relevante, dado el conocimiento que TME tenía del alcance de la medida cautelar. Además, TME sólo estaba sujeta a su cumplimiento durante un plazo muy breve que no llegaba a dos meses y, a pesar del escaso esfuerzo que le suponía, no cumplió con todos los extremos exigidos. Se fija el inicio en el momento mismo de la notificación de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares (que exigía con carácter inmediato el restablecimiento del acceso a la numeración SMS Premium que se gestionaba por la plataforma de NVIA en los términos señalados en esta propuesta), es decir, al día siguiente de la notificación, el 12 de marzo de 2012.

No se aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y 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 y 56 de la LGTel –teniendo en cuenta que no se han tenido en cuenta las circunstancias agravantes indicadas en la propuesta de resolución-, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer la siguiente sanción:

- Doscientos cincuenta mil (250.000) euros por el incumplimiento de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L. (en adelante, NVIA), Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de 8 de marzo de 2012 por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (RO 2012/391).

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de doscientos cincuenta mil (250.000) euros por la anterior conducta.

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 al interesado, haciéndole 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.