

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
NEXTCARD-CONSULTORES E SERVIÇOS LDA POR EL PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA
ATRIBUCIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE LOS DERECHOS DE USO DEL
NÚMERO 25998.**

SNC/D TSA/2115/14/SMS PREMIUM NEXTCARD 25998

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 1 de diciembre de 2015

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Solicitud y asignación del número 25998.

Con fecha 9 de noviembre de 2009 (folios 1 a 10), se recibió en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito conjunto de las entidades Electronic Commerce Factory (en adelante E-comm) y Nextcard-Consultores e Serviços LDA (en lo sucesivo, Nextcard), mediante el cual Nextcard solicitaba la asignación de varios códigos numéricos previamente asignados a E-comm, entre los que se encontraba el número 25998, para prestar servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (en lo sucesivo, SMS Premium).

Con fecha 29 de diciembre de 2009 (folios 13 a 17), se recibió en el registro de la CMT escrito de subsanación de E-comm y Nextcard en el que la segunda

manifestó que tenía previsto “utilizar el 25998 para la prestación de servicios de micropagos con el fin de que los usuarios de Internet puedan descargar y recibir todo tipo de servicios y contenidos de las websites con las que contrate NEXTCARD la prestación del referido servicio. El precio al que se activará el número corto 25998 será de 1,2€ por SMS.”

Mediante Resolución de la CMT de fecha 14 de enero de 2010¹(folios 18 a 23), se autorizó la asignación a Nextcard, entre otros, el código numérico 25998 previamente asignado a E-comm, para la prestación de servicios de SMS Premium. Dicho número pertenece al rango de numeración 25YAB incluido en la modalidad a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008 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 (en lo sucesivo, Orden ITC/308/2008).

SEGUNDO.- Resolución de la SETSI de bloqueo del número 25998 y solicitud de cancelación.

Con fecha 6 de junio de 2014 (folios 24 a 26), tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito del Secretario de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA), por el que se ponía en conocimiento de la CNMC la Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en lo sucesivo, SETSI), de 30 de mayo de 2014², en la que se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procedieran a bloquear el acceso al número 25998, asignado a Nextcard, por el incumplimiento del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes³ (en adelante, Código de conducta SMS Premium).

En concreto, las conductas de Nextcard se referían al funcionamiento del servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes prestado por ese operador.

A la vista de los anteriores hechos, la SETSI instaba a la CNMC para que adoptase la decisión de cancelar la asignación del número 25998 durante un año, en cumplimiento del artículo 10.3º.b de la Orden ITC/308/2008.

¹ Resolución de 14 de enero de 2010 sobre la solicitud de Electronic Commerce Factory, S.L. de transmisión de numeración a Nextcard-Consultores e Serviços LDA, para la prestación de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2009/1860).

² Resolución de la SETSI de 30 de mayo de 2014 (exp. CSSMS_00030/14).

³ Resolución de 8 de julio de 2009, de la SETSI, por la que se publica el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (BOE de 27 julio 2009).

TERCERO.- Cancelación temporal de la numeración.

Una vez tramitado el correspondiente procedimiento, mediante Resolución de esta Comisión de fecha 29 de septiembre de 2014, se procedió a cancelar temporalmente por un año la asignación del número 25998 a la entidad Nextcard (folios 27 a 29)⁴.

CUARTO.- Requerimiento a la SETSI del expediente de bloqueo del acceso al número 25998.

Mediante escrito de fecha 6 de noviembre de 2014 (folios 30 a 36), se solicitó a la SETSI la remisión de la documentación obrante en el expediente en virtud del cual se dictó la Resolución por la que se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procediesen a bloquear el acceso al número 25998 asignado a Nextcard.

QUINTO.- Documentación remitida por la SETSI.

Con fecha 19 de noviembre de 2014 (folios 37 a 107), se recibió en el registro de esta Comisión escrito de la SETSI en contestación al requerimiento señalado en el apartado anterior, acompañado de copia íntegra del expediente CSSMS_000030/14, relativo al bloqueo del número SMS Premium 25998 asignado a la entidad Nextcard, que pasó a incorporarse al expediente administrativo.

Entre la documentación remitida y dentro de dicho expediente, constaba el acta de inspección en la que se recogen los intercambios de mensajes entre el usuario final y el correspondiente número SMS Premium, las denuncias presentadas por usuarios que han llegado a conocimiento de la SETSI⁵, y el informe de la CSSTA, de 6 de mayo de 2014, en el que se analizaban los comportamientos acreditados por el acta y denunciados por los usuarios en relación con el número 25998.

SEXTO.- Extinción de la condición de operador y cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores.

Mediante sendos escritos de 31 de julio y 3 de octubre de 2014, Nextcard comunicó el cese de sus actividades de comunicaciones electrónicas y solicitó a la CNMC la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores.

De conformidad con los artículos 6.2 y 14 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, mediante Resolución de fecha 1 de diciembre de

⁴ Expediente DT 2014/1145.

⁵ Algunas de las denuncias fueron remitidas a la SETSI por las Oficinas Municipales de Información al Consumidor de Chiclana de la Frontera (Cádiz) y Villarrobledo (Albacete).

2014⁶, la CNMC declaró la extinción de la condición de operador de Nextcard y procedió a cancelar su inscripción en el Registro de Operadores por cese en la actividad (folios 108 a 110).

SÉPTIMO.- Incoación del presente procedimiento sancionador.

El 11 de diciembre de 2014 (folios 111 a 124), se aprobó el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador contra Nextcard, por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, debido a la utilización llevada a cabo del número 25998.

El acuerdo fue remitido a Nextcard el día 15 de diciembre de 2014 y lo recibió el día 22 de diciembre de 2014 (folios 124.1.1 a 124.1.3).

OCTAVO.- Requerimientos de información.

En fecha 10 de marzo de 2015 (folios 126 a 129), por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, se requirió de Vodafone España, S.A. Unipersonal (en adelante, Vodafone), Orange Espagne, S.A. Unipersonal (en adelante, Orange), Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Yoigo) y Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (en adelante, TME) la siguiente información:

“- Indique el número de mensajes recibidos por abonados de [el operador móvil correspondiente] desde el número 25998, y los enviados hacia ese mismo número, desde enero de 2012 hasta enero de 2014 desglosados mensualmente.

- Indique los importes abonados a Nextcard correspondientes a los servicios prestados a través del número 25998 desglosados mensualmente durante ese mismo periodo de tiempo, así como los importes cobrados a Nextcard por el servicio de acceso correspondiente al mismo periodo y número”.

El citado requerimiento fue notificado a los operadores en fechas 10 y 11 de marzo de 2015 (folios 125 y 130 a 132). Las contestaciones de Yoigo, Orange, Vodafone y TME (folios 133 a 148), se recibieron los días 17, 23, 27 y 30 de marzo de 2015, respectivamente.

NOVENO.- Requerimientos de información a Ericsson España e Internet Payment Exchange.

Algunos operadores móviles indicaron en sus contestaciones que los pagos a Nextcard relacionados con el número 25998 se hacían a través de los

⁶ Expediente RO/DTSA/1515/14/CANCELACIÓN/NEXTCARD.

operadores Internet Payment Exchange, S.L. Unipersonal (en adelante, IPE) y Ericsson España, S.A. (en lo sucesivo, Ericsson). En consecuencia, con el objeto de obtener una información más completa, con fecha 26 de mayo de 2015, se remitió a dichos operadores sendos escritos (folios 157 y 158) mediante los que se solicitaba información sobre cobros y pagos de los SMS Premium objeto de este procedimiento sancionador gestionados a Nextcard.

Dichos requerimientos fueron notificados a IPE y Ericsson los días 1 y 2 de junio de 2015 (folios 161 y 162) respectivamente. Las contestaciones de IPE y Ericsson se recibieron los días 11 y 15 de junio de 2015, respectivamente (folios 164 a 170).

DÉCIMO.- Reiteración de los requerimientos de información y solicitud de aclaración sobre determinados datos.

Ante la necesidad de que Yoigo y Vodafone completaran los datos aportados, con fecha 27 de mayo de 2015 se reiteró el requerimiento a los citados operadores (folios 155 y 156). Las respuestas a los mismos se recibieron en esta Comisión con fechas 11 de junio y 1 de julio de 2015 respectivamente (folios 163 y 171 a 176).

UNDÉCIMO.- Comunicación al Ministerio Fiscal.

En fecha 9 de junio de 2015 y en virtud del artículo 7.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se remitió copia de las actuaciones practicadas a la Fiscalía General del Estado.

Asimismo, en el supuesto que el Ministerio Fiscal considerase que las actuaciones del operador Nextcard pudieran ser constitutivas de ilícito penal, se solicitó testimonio de las actuaciones que, en su caso, se practicasen sobre dicha para determinar la posible existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, en cuyo caso se acordaría la suspensión hasta la resolución judicial (folio 177).

Con fecha 1 de julio de 2015 (folio 182), se recibió escrito remitido por la Fiscalía General del Estado comunicando el traslado de la citada documentación a la Fiscalía provincial de Madrid a efectos de estudio y valoración, sin que a fecha de la presente propuesta se haya recibido posterior contestación al citado requerimiento por parte de dicha Fiscalía.

DUODÉCIMO.- Requerimiento de información a Nextcard.

Con fecha 5 de agosto de 2015, se requirió a Nextcard para que remitiera determinada información sobre sus costes e ingresos y para que explicara los servicios que se ofrecieron a través del número 25998 (folios 184 y 185).

Dicho requerimiento fue notificado a Nextcard el día 13 de agosto de 2015, sin que se haya recibido contestación a fecha de la presente propuesta.

DECIMOTERCERO.- Nuevos requerimientos de información.

Con fechas 11 y 12 de agosto de 2015, se requirió más información a los operadores de Vodafone, TME, Orange y Yoigo (folios 186 a 188) relativa al *“número de mensajes recibidos por abonados de [el operador móvil correspondiente] desde el número 25998, y los enviados hacia ese mismo número, durante el mes de febrero del año 2014.”*

El citado requerimiento fue notificado a los operadores en fechas 11 y 13 de agosto de 2015 (folios 189 a 191). Las contestaciones de TME y Orange se recibieron el día 18 de agosto de 2015 (folios 194 a 206). Por su parte, las respuestas de Yoigo y Vodafone (folios 207 a 213), se recibieron los días 24 de agosto y 15 de septiembre de 2015, respectivamente.

Asimismo, con fecha 11 de agosto de 2015 (folio 183), se requirió al operador IPE información adicional sobre *“el número de mensajes recibidos en el número 25998, y los enviados desde ese mismo número, durante el mes de febrero del año 2014, desglosados por operador de acceso”* y sobre *“los importes abonados a Nextcard correspondientes a los servicios prestados a través del número 25998 desglosados por operador durante ese mismo periodo de tiempo, así como los importes cobrados a Nextcard por el servicio de acceso correspondiente al mismo periodo y número.”*

Dicho requerimiento fue notificado a IPE en fecha 17 de agosto de 2015. Por su parte, la contestación de dicho operador se recibió en la CNMC el día 1 de septiembre de 2015 (folios 192 y 193).

DECIMOCUARTO.- Incorporación de documentos.

Con fecha 8 de septiembre de 2015, se incorporó al expediente administrativo del presente procedimiento sancionador una copia del expediente completo de solicitud de asignación del número 25998⁷ a E-comm y de la solicitud de dicho operador para la transmisión del mencionado número, entre otros, en favor de Nextcard⁸ (folios 1 a 23).

⁷ DT 2008/176

⁸ DT 2009/1860

DECIMOQUINTO.- Incorporación de denuncias en Internet.

Con fechas 22 y 23 de septiembre de 2015, se incorporó al presente expediente una copia de las páginas de Internet de www.listaspam.com y www.telefonospam.es en las que se denuncia la recepción de mensajes no solicitados desde el número 25998 de Nextcard (folios 110.1.1 a 110.1.7).

DECIMOSEXTO.- Declaraciones de confidencialidad.

Con fechas 30 de septiembre y 1 de octubre de 2015, fueron declaradas confidenciales determinadas informaciones relativas a números de mensajes y cantidades abonadas entre TME, Vodafone, Yoigo y Orange, de un lado, e IPE, de otro, así como de los datos aportados por IPE en sus escritos recibidos los días 11 de junio y 1 de septiembre de 2015 (folios 214 a 228).

DECIMOSÉPTIMO.- Propuesta de Resolución.

El instructor formuló propuesta de resolución el 8 de octubre de 2015 (folios 233 a 256), por la que se ha propuesto declarar a la entidad Nextcard-Consultores e Servicios, LDA responsable directa de la comisión de dos infracciones graves del artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las condiciones determinantes de la asignación de la numeración 25998, en concreto, por haber utilizado la numeración para un fin distinto del especificado en la correspondiente solicitud, así como por haber prestado servicios de envío de mensajes sin mediar solicitud previa del abonado.

Se propone imponer a Nextcard dos sanciones por importes de doce mil ochocientos euros (12.800 euros) y diez mil (10.000 euros), respectivamente, por las anteriores conductas.

DECIMOCTAVO.- Audiencia.

En fecha 13 de octubre de 2013 (folio 257) se le dio traslado a Nextcard de la propuesta de resolución, poniéndole de manifiesto que disponía del plazo de un mes para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimara pertinentes. Transcurrido dicho plazo, Nextcard no ha presentado alegaciones.

DECIMONOVENO.- Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Sala de Supervisión Regulatoria.

Por medio de escrito de fecha 13 de noviembre de 2015 (folio 258), el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el expediente original, debidamente numerado, para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

VIGÉSIMO.- Informe de la Sala de Competencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2.b) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Competencia acordó informar sin observaciones el presente expediente.

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Nextcard utilizó el número 25998 para fines distintos de los declarados en su solicitud de asignación, en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014.

Nextcard es un operador de comunicaciones electrónicas inscrito, por Resolución de la CMT de fecha 15 de octubre de 2009, en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, como entidad autorizada para la prestación del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos.

Como se ha puesto de manifiesto en el Antecedente Primero, Nextcard solicitó, con fecha 9 de noviembre de 2009 (folios 1 a 10), la asignación de recursos de numeración –previamente asignados a E-comm- para prestar servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (SMS Premium). Asimismo, en el escrito de subsanación presentado en fecha 29 de diciembre de 2009 (folios 13 a 17), solicitaba el código numérico 25998 para *“la prestación de servicios de micropagos con el fin de que los usuarios de Internet puedan descargar y recibir todo tipo de servicios y contenidos de las websites con las que contrate NEXTCARD la prestación del referido servicio.”*

En esas mismas solicitudes pedía otras numeraciones que, según declara, se dedicarían a servicios de ocio, entretenimiento, información y descarga de contenidos, así como a servicios de suscripción y a servicios exclusivos para adultos.

Mediante Resolución de la CMT de fecha 14 de enero de 2010⁹ (folios 18 a 23) se asignó a Nextcard, entre otros, el código numérico 25998¹⁰ que, de conformidad con la declaración del solicitante, se emplearía para prestar *“servicios de micropagos, con una tarifa de 1,2 €”*.

⁹ Véase la nota al pie 1.

¹⁰ Para servicios SMS/MMS Premium de precio neto por servicio completado menor o igual a 1,2 euros.

Ante la existencia de denuncias de usuarios finales, con fecha 24 de febrero de 2014 (folios 38 a 40) la SETSI llevó a cabo una inspección para conocer el uso que se realizaba del número 25998. En concreto, del contenido del acta de inspección emitida por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones se puede constatar que el número 25998 era utilizado de la siguiente manera:

- De los 22 mensajes intercambiados entre el inspector y la entidad Nextcard el día 24 de febrero de 2014, se desprende que la finalidad de los mismos era *“fundar en el receptor de los mensajes la creencia de que se quiere establecer un contacto personal”*.
- Los mensajes recibidos por el inspector finalizan con el siguiente texto: *“Chat NextCard 902933076 1,45 eur”*.
- A modo de ejemplo, en el mensaje recibido número 15 a la pregunta del inspector por el significado de este texto se contesta: *“No tengo ni idea cielo”*.

Por tanto, ha quedado acreditado que Nextcard solicitó la numeración 25998 para prestar servicios de micropagos basados en descarga y recepción de servicios y contenidos Premium. Sin embargo, dicho número fue utilizado para prestar servicios de conversación o chat con los usuarios como queda demostrado por las actas de inspección de la SETSI y las denuncias de los usuarios.

Por lo que se refiere al periodo de realización de los hechos constitutivos de la infracción que se está examinando, ha quedado acreditado que estos se realizaron en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, de acuerdo con las denuncias de usuarios remitidas por la SETSI y con la inspección realizada por dicho órgano (folios 52 y 74).

Asimismo, en los foros de Internet existen varias quejas de usuarios que han recibido mensajes no solicitados procedentes del número 25998 haciéndose pasar por *“una chica de badoo”* durante el periodo que se extiende desde el mes de diciembre de 2013 al mes de abril de 2014 (folios 110.1.1 a 110.1.7).

En conclusión, ha quedado acreditado que, como mínimo, en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, Nextcard ha estado ofreciendo a través del número 25998 servicios Premium consistentes en mantener conversaciones entre el usuario y la entidad Nextcard. Estos servicios no son servicios de descarga y recepción de contenidos y servicios solicitados por los usuarios y, por tanto, no se ajustan a los declarados en su solicitud de asignación del número anteriormente señalado.

SEGUNDO.- Nextcard prestó servicios de mensajes SMS Premium desde el número 25998, en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, sin una previa solicitud del servicio por parte de los usuarios.

Con fecha 19 de noviembre de 2014 (folios 37 a 107) y por requerimiento previo de esta Comisión, la SETSI remitió entre otros documentos, copia de dos denuncias de abonados -remitidas a su vez por las Oficinas Municipales de Información al Consumidor de Chiclana de la Frontera (Cádiz) y Villarrobledo (Albacete)-, que habían recibido un elevado número de mensajes SMS Premium no solicitados a través del número 25998 asignado a Nextcard durante el mes de noviembre de 2013¹¹.

Por su parte, en diversos foros de Internet, también se denuncia que se ha recibido un mensaje no solicitado de un remitente desconocido procedente del número 25998¹² (folios 110.1.1 a 110.1.7).

En consecuencia, la CNMC ha comprobado que Netxcard no siempre prestaba los servicios a solicitud del usuario, sino que en ocasiones era el propio operador el que remitía un primer mensaje desde el número 25998 a usuarios que no solicitaron ningún servicio a través de ese número, para incitar al usuario a continuar remitiendo SMS Premium.

En conclusión, ha quedado acreditado que en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, Nextcard ha estado ofreciendo a través del número 25998 servicios Premium consistentes en mantener conversaciones entre el usuario y la entidad Nextcard sin que hubiera una solicitud previa por parte del usuario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

Las competencias de la 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 (en adelante, Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹³, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

¹¹ De acuerdo con la documentación aportada en dichas denuncias, los abonados recibieron 510 y 456 mensajes no solicitados entre los días 26 y 27 de noviembre de 2013 y del 11 al 14 de noviembre de 2013 respectivamente.

¹² <http://www.telefonospam.es/25998>.

¹³ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Entre las funciones que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones –en adelante, LGTel de 2003- otorgaba a esta Comisión se encontraba, en el artículo 48.4.b), 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, se señalaba que *“la Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados”*.

En el ejercicio de estas competencias, la CMT asignó a Nextcard, entre otros, el número 25998 para la prestación de servicios SMS Premium. Nextcard debía utilizar esta numeración respetando las condiciones determinantes de su atribución y el otorgamiento de los derechos de uso previstas en los artículos 38 y 59 del 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).

El incumplimiento de esta obligación se encontraba tipificado en el artículo 53.w) de la LGTel de 2003 como infracción muy grave consistente en *“el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados”*, correspondiendo su competencia sancionadora a la CNMC –artículo 58 del mismo texto legal-.

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) que derogó, entre otras normas, la LGTel de 2003.

Los artículos 19 y 69.1 de la LGTel de 2014 disponen que la competencia para otorgar 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 (en adelante, Minetur).

Las conductas tipificadas en el artículo 53.w) de la LGTel de 2003 como infracción muy grave pasan a considerarse infracción grave en la LGTel de 2014. En efecto, 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”*. De conformidad con el artículo 84.1 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Minetur.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el Minetur asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y las sancionadoras relacionadas, éstas se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y en el Hecho probado y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones de asignación del número 25998 a Nextcard.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la Ley CNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley CNMC, *“para 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”*.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Nextcard-Consultores e Serviços LDA ha incumplido las condiciones determinantes de la atribución y el otorgamiento de los derechos de uso del número 25998.

III.- Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión por Nextcard de una infracción contemplada en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, que tipifica como infracción grave –ya no como muy grave como se recogía en el artículo 53.w) de la LGTel de 2003-, 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”*, concretamente previstas en los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/308/2008.

En particular, se consideró que Nextcard prestaba servicios de chat través de la numeración 25998.

Según se señaló en el acuerdo de incoación, estas actividades contravenían la normativa por los siguientes motivos:

- a) Esta numeración no podía emplearse para servicios de chat.

Los servicios de chat, según disponía el Código de conducta SMS Premium, debían ofrecerse a través de la numeración que empieza por los códigos 79 o 99 (este último código es exclusivo para servicios de adultos), correspondientes a las categorías c) y d) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008. Así, quedaba excluida la posibilidad de ofrecerlos a través de números pertenecientes al código 25YAB, encuadrado en la categoría a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008, que soporta otro tipo de mensajes.

- b) Nextcard no había solicitado el número 25998 para la prestación de servicios de chat.
- c) De conformidad con la normativa, el servicio debía prestarse a solicitud del usuario. Sin embargo, en algunos de los casos analizados, Nextcard iniciaba la actividad al enviar un primer mensaje que no había sido solicitado por el cliente final.

Tras las comprobaciones realizadas durante la instrucción del expediente, se ha determinado que:

- 1. Nextcard ha incumplido las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso a las que se vincula la Resolución de asignación de la numeración 25998, al haber prestado unos servicios (*servicios de chat*) distintos de los servicios comunicados en la solicitud de asignación (*servicios de descarga de contenidos*).**

Los servicios de tarificación adicional prestados a través de SMS Premium suponen el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de mensajes sobre el que se soportan, en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros, encontrándose sujetos a las prescripciones establecidas en la Orden ITC/308/2008.

Las condiciones de utilización de la numeración se establecen en el Reglamento de Mercados)¹⁴. En lo que se refiere a los SMS Premium, la Orden ITC/308/2008 desarrolla las previsiones del Reglamento de Mercados. Asimismo, el Código de Conducta SMS Premium establecía regulación adicional para la utilización de dicha numeración.

¹⁴ Norma vigente de conformidad con la Disposición transitoria primera de la LGTel de 2014, de conformidad con la cual "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."

Con posterioridad a la incoación de este procedimiento sancionador, el Código de conducta SMS Premium fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015¹⁵. Por este motivo, dado que los servicios de chat únicamente aparecían definidos en el citado Código, las referencias al mismo no serán tomadas en cuenta a la hora de tipificar la conducta llevada a cabo por Nextcard.

En todo caso, Nextcard sigue sujeto al resto de la normativa que regula estos servicios. En este sentido, el apartado 2 del artículo 4 de la Orden ITC/308/2008 establece que *“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”*.

Los artículos 16.1 de la LGTel de 2003 y 19.1 de la LGTel de 2014 –se analizan las dos normas en la medida en que la conducta se desarrolló estando vigente la LGTel de 2003- establecen 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.

Los artículos 17 de la LGTel de 2003 y 20 de la LGTel de 2014 disponen que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo las que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Los citados artículos son desarrollados en el Reglamento de Mercados, así como 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.

En cuanto a las condiciones aplicables al uso de la numeración, el artículo 38 del Reglamento de Mercados, bajo el epígrafe *“condiciones generales de uso de los recursos asignados”* establece que los recursos públicos de numeración asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones generales:

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 en relación con el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Empresas de servicios a móviles (AESAM) contra el Acuerdo de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de 29 de junio de 2009, que aprobó el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

“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. (...)”.

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.

c) Los recursos asignados deberán permanecer bajo el control del titular de la asignación.”

En sentido similar al apartado b del artículo 59 del Reglamento de Mercados, 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.

Por otro lado, la Orden ITC/308/2008 también establece entre las condiciones de uso la forma de prestación del servicio SMS Premium. Por lo que se refiere a la numeración correspondiente al código 25YAB, los servicios se prestarán a solicitud del abonado. En concreto, el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 establece cómo ha de ser la solicitud y prestación de servicios a través de SMS Premium, distinguiéndose dos regímenes de funcionamiento distintos: uno para la numeración de la modalidad a) del artículo 4.1, en la que se encuadra el número 25998, y otro para el resto.

Para el rango 25YAB–al que pertenece el número 25998-, 27YAB y 280AB, tras ser solicitado el servicio e “*inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada*”¹⁶, los titulares de los números deben proporcionar gratuitamente a dicho usuario, mediante uno o más mensajes, su nombre o denominación social, el número telefónico de contacto o centro de atención al cliente y el precio total del servicio recibido, incluyendo impuestos.

¹⁶ Artículo 5.3 de la Orden ITC/308/2008.

Sin embargo, ha quedado acreditado que Nextcard utilizó el número 25998 sin respetar la Orden ITC/308/2008, ya que una vez que el usuario remitía un SMS al número citado o contestaba al mensaje de incitación a responder, Nextcard no le suministraba un contenido o servicio Premium descargable sino que iniciaba una conversación con ese usuario con el objetivo de aumentar el consumo mediante el incremento del número de SMS Premium intercambiados, apartándose así de lo declarado en su solicitud de numeración.

Por tanto, resulta probado que el servicio de comunicaciones electrónicas prestado por Nextcard a través del número 25998 es contrario a la normativa y constituye una infracción de los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados y del artículo 5 de la Orden PRE/308/2008, pues el uso realizado de los citados números es contrario a las condiciones de utilización establecidas en la normativa para tales números SMS Premium al no ajustarse al servicio señalado en la solicitud por el operador, esto es, a un servicio de descarga de contenidos.

2. Nextcard ha incumplido las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso a las que se vinculan las Resoluciones de asignación del número 25998 al haber prestado servicios de mensajes SMS Premium sin una previa solicitud del servicio por parte de los usuarios.

La Orden ITC/308/2008 también fija, entre las condiciones de uso, la forma de prestación del servicio SMS Premium. Por lo que se refiere a la numeración correspondiente a los códigos 25YAB y 27YAB, los servicios se prestarán a solicitud del abonado.

En concreto, el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 establece cómo ha de ser la solicitud y prestación de servicios a través de SMS Premium, distinguiéndose dos regímenes de funcionamiento distintos: uno para la numeración de la modalidad a) del artículo 4.1, en la que se encuadra el número 25998, y otro para el resto.

Para los rangos 25YAB –al que pertenece el número 25998 - , 27YAB 280AB, tras ser solicitado el servicio e *“inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada”*¹⁷, los titulares de los números deben proporcionar gratuitamente a dicho usuario, mediante uno o más mensajes, su nombre o denominación social, el número telefónico de contacto o centro de atención al cliente y el precio total del servicio recibido, incluyendo impuestos.

El artículo 38 del Reglamento de Mercados exige entre las condiciones que deben cumplir los operadores con los recursos de numeración asignados lo siguiente:

¹⁷ Artículo 5.3 de la Orden ITC/308/2008.

“d) Deberán utilizarse de forma eficiente, con respeto a la normativa aplicable (...)”.

El artículo 59 del Reglamento de Mercados, en relación con los recursos públicos de numeración, junto con la obligación del artículo 38 d) del mismo reglamento, añade la siguiente:

“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”.

Sin embargo, ha quedado acreditado que Nextcard procedió a remitir mensajes SMS Premium desde el número 25998 sin que hubiera sido solicitada ninguna prestación anteriormente por un usuario. Ello supone que la utilización de los números no se ajustaba a las previsiones recogidas en el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 que exigían una solicitud previa del servicio por el abonado.

Por tanto, resulta probado que el servicio de comunicaciones electrónicas prestado por Nextcard a través del número 25998 es contrario a la normativa y constituye una infracción de los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados y del artículo 5 de la Orden ITC/308/2008, pues el uso realizado de los citados números es contrario a las condiciones de utilización establecidas en la normativa para tales números SMS Premium al no prestarse el servicio previa solicitud del usuario.

3. En conclusión, Nextcard ha incurrido en dos infracciones administrativas graves.

En definitiva, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las citadas normas constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la LGTel de 2003¹⁸, infracción que se mantiene en la LGTel de 2014 pero con el carácter de grave en su artículo 77.19, en el que expresamente se considera como tal *“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”*.

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que *“serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”*. No obstante, de conformidad con los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC, las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

¹⁸ El artículo 53.w) de la LGTel de 2003 consideraba 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”*.

En este sentido, el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, al tipificar como grave – y no como muy grave- la conducta analizada, resulta la norma más favorable a la entidad imputada en este procedimiento.

En consecuencia, cabe concluir que Nextcard ha incurrido en dos infracciones administrativas graves, tipificadas en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, consistentes en (1) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del número 25998 por prestar servicios de chat distintos a los especificados en su solicitud de asignación de numeración, en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, y; (2) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del citado número 25998 por prestar servicios SMS Premium sin mediar solicitud previa del abonado, en el mes de noviembre del año 2013¹⁹.

IV.- Culpabilidad en la comisión de las infracciones.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador²⁰, 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).

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.”*

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de derechos de uso de la numeración, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas 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 2004²¹) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

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.

¹⁹ Ver nota al pie 12

²⁰ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

²¹ RJ 2005/20.

En el presente caso, se imputa a Nextcard una conducta dolosa, consistente en el incumplimiento de los artículos 38 y 59 del Reglamento de Mercados y 5 de la Orden ITC/308/2008, al no haber prestado los servicios SMS Premium a través del número 25998 de conformidad con lo indicado en su solicitud de asignación y sin ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008.

Los hechos acreditados a lo largo del procedimiento ponen de manifiesto la existencia de una clara intencionalidad, atribuible a título de dolo, por parte de Nextcard, de llevar a cabo un uso del número 25998 contrario a la normativa y a lo que declaró en su solicitud de asignación.

En efecto, Nextcard utilizó el número 25998 sin respetar la Orden ITC/308/2008, ya que una vez que el usuario remitía un SMS al número citado o contestaba al mensaje de incitación a responder, Nextcard no le suministraba un contenido o servicio Premium descargable sino que iniciaba una conversación con ese usuario con el objetivo de aumentar el consumo mediante el incremento del número de SMS Premium intercambiados. En conclusión, Nextcard actuó dolosamente en el caso que nos ocupa.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

V.- Criterios de graduación de las sanciones.

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 80.1 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 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”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles 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”.*

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede aplicar en el presente caso el criterio de graduación de la sanción de la elevada repercusión social de la infracción cometida, como circunstancia que incrementan las sanciones a imponer a Nextcard.

Así, de la instrucción del expediente sancionador se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública que se refleja en los numerosos foros²² donde se recogen quejas sobre los servicios prestados por Nextcard y la forma de utilizar la numeración 25998. Asimismo, la SETSI aportó copia de dos denuncias de usuarios que demuestran el impacto de la actividad irregular de Nextcard²³.

Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 80.1 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC se estima que las circunstancias concurrentes conducen a valorar la repercusión social de las infracciones como una agravante de las sanciones a imponer.

Finalmente, en atención al artículo 80.2 de la LGTel se considerarán los posibles ingresos obtenidos por el operador, estimados por esta Comisión, como resultado de la actividad económica de Nextcard –relacionada con las infracciones cometidas- para graduar las sanciones a imponer, como se analiza más adelante.

²² Por ejemplo, <http://www.telefonospam.es/25998>

²³ En las dos denuncias aportadas por la SETSI se constata que Nextcard podía facturar a un único abonado entre 456 y 510 SMS Premium en períodos no superiores a cuatro días.

VI.- Cuantificación de la sanción aplicable.

1.- Límite legal.

La LGTel fija unas reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones. Así, el artículo 79.1.c) de la LGTel establece los siguientes límites para las infracciones graves, en función de si la competencia para conocer y sancionar corresponde al Minetur o a la CNMC:

“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”.

Esta Comisión ejerce la competencia para sancionar el tipo de infracción del artículo 77.19 de la ley de forma transitoria.

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

Para determinar la cuantía de las sanciones hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar las sanciones, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC, según el cual *“el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas”*. Por ello, ha de procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

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, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁴.

En aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones, se tiene en cuenta a continuación la situación económica de la entidad imputada.

En cuanto a los ingresos brutos obtenidos por la entidad en los meses en los que se cometieron las infracciones -noviembre de 2013 para ambas infracciones y, además, febrero de 2014 para la primera de ellas, no se conocen las cantidades correspondientes a la liquidación de la Tasa General de Operadores de Nextcard, por no haber presentado esta entidad la liquidación correspondiente a esos periodos.

Por otra parte, obra en el expediente la declaración de IPE –operador que gestionaba cobros y pagos entre Nextcard y los operadores móviles- en la que detalla los pagos realizados a Nextcard correspondientes al tráfico generado a través del número 25998, en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014 (folios 166 a 170 y 192 a 193).

Dicha cantidad asciende a un total de **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**²⁵. Esta cantidad no coincide con el total de los importes que los operadores móviles declararon haber abonado a IPE por estos mismos conceptos en los requerimientos de información realizados en el presente procedimiento. Esta diferencia podría deberse a que una parte de la cuantía remuneró a IPE por su labor como plataforma entre Nextcard y los operadores

²⁴ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].

²⁵ La cantidad total se reparte entre los operadores de la siguiente manera: TME **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**, Orange **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**, Vodafone **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**, Yoigo **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL** y otros operadores **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**.

móviles, y por otra a la diferente forma de desglosar los importes abonados y cobrados por la prestación de servicios sobre la red.

Por otro lado, la falta de datos exactos relativos a los costes originados por la prestación de las actividades y la ausencia de información sobre qué ingresos realmente pueden imputarse a cada una de las actividades sancionadas motivan que no pueda calcularse de forma concluyente una estimación de los beneficios brutos obtenidos por la citada entidad a los efectos de aplicar el límite del duplo del beneficio bruto del artículo 79.1c) LGTel. Por tanto, al desconocerse el beneficio bruto obtenido por el infractor, el límite máximo de la sanción sería de dos millones de euros.

No obstante lo anterior, los ingresos contenidos en las declaraciones de IPE (folios 166 a 170 y 192 a 193), serán considerados dentro de los criterios de graduación para la imposición de una sanción proporcional.

3.- Determinación de las sanciones.

A partir de los datos expuestos, aplicando al presente caso los criterios de graduación anteriormente mencionados, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- El límite máximo a imponer es de 2.000.000 Euros, sin que pueda determinarse el importe mínimo.
- No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que se imputa dolo en la comisión de las infracciones analizadas y que concurre una circunstancia agravante de la sanción a imponer: la repercusión social de la infracción cometida.
- Las infracciones han tenido lugar durante un período temporal concreto y acotado: los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014.
- Asimismo, tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción se tiene en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos. De forma adicional, la LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 131.2 de la LRJPAC establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse si se ha obtenido un beneficio claro de dicha comisión.
- Como se ha señalado anteriormente, según la información que obra en el expediente y que ha sido aportada por IPE en su escrito de contestación a los requerimientos formulados por el instructor (folios 166 a 170 y 192 a 193) los pagos recibidos por Nextcard por el tráfico cursado en los meses de noviembre de 2013 y febrero de 2014, hacia el

número 25998 ascienden a **INICIO CONFIDENCIAL** [] **FIN CONFIDENCIAL**.

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 y en el artículo 80.1 de la LGTel de 2014, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta los ingresos recibidos por la actividad y el criterio de graduación de las sanciones anteriormente señalado, se considera que procede imponer:

- Una sanción de doce mil ochocientos (12.800) euros por haber prestado servicios de envío de mensajes no acordes con el uso previsto en la solicitud de numeración.
- Una sanción de diez mil (10.000) euros por enviar SMS Premium sin mediar solicitud previa del abonado.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Nextcard-Consultores e Serviços, LDA, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido de las condiciones determinantes de la asignación de la numeración 25998, en concreto, por haber utilizado la numeración para un fin distinto del especificado en la correspondiente solicitud.

SEGUNDO.- Imponer a Nextcard-Consultores e Serviços, LDA una sanción por importe de doce mil ochocientos euros (12.800 euros) por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directa a la entidad Nextcard-Consultores e Serviços, LDA de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido de las condiciones determinantes de la asignación de la numeración 25998, en concreto, por haber prestado servicios de envío de mensajes sin mediar solicitud previa del abonado.

CUARTO.- Imponer a Nextcard-Consultores e Serviços, LDA una sanción por importe de diez mil euros (10.000 euros) por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso

contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.