

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A COMERCIAL POLINDUS 21, S.L., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE LOS DERECHOS DE USO DE LOS NÚMEROS 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407.

SNC/DTSA/2114/14/ SMS PREMIUM POLINDUS 21

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.- Asignación de numeración.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asignó con fecha 26 de agosto de 2008 y 22 de marzo de 2011¹ a Comercial Polindus 21, S.L., (Polindus 21), a solicitud de dicho operador los números cortos 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 para la prestación de servicios de descarga de contenidos *premium*.

Estos números pertenecen a los rangos de numeración 25YAB y 27YAB incluidos 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

¹ Expediente DT 2008/1352 (25414, 27140 y 25655), expediente DT 2010/2384 (25658, 27139 y 27407).

numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en lo sucesivo, Orden ITC/308/2008).

SEGUNDO.- Resoluciones de la SETSI de bloqueo de los números 25658, 25655, 25414, 27407, 27140 y 27139.

En las resoluciones del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) de fecha 26 de noviembre de 2013, 20 de enero, 7 de febrero y 27 de mayo de 2014², se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procedieran a bloquear el acceso a los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407, asignados a Polindus 21, 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 se referían al funcionamiento del servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes prestado por ese operador.

Dichas resoluciones se pusieron en conocimiento de esta Comisión por medio de tres escritos del Secretario de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) que tuvieron entrada en el registro de esta Comisión los días 16 de diciembre de 2013, 27 de enero, 14 de febrero y 3 de junio de 2014.

A la vista de los anteriores hechos, la SETSI instaba a la CNMC para que adoptase las correspondientes decisiones de cancelar las asignaciones de los citados números durante un año, en cumplimiento del artículo 10.3º.b de la Orden ITC/308/2008.

TERCERO.- Cancelación temporal de la numeración.

Tras la tramitación de los correspondientes procedimientos, y en cumplimiento del requerimiento realizado por la SETSI, la CNMC canceló temporalmente por un año la asignación de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y

² En concreto y por lo que afecta al presente procedimiento, se recibieron las siguientes resoluciones de la SETSI: una Resolución de la SETSI de 26 de noviembre de 2013 (exp. CSSMS_00003/13) relativa al número 27139, dos Resoluciones de la SETSI 20 de enero de 2014 (exp. CSSMS_00005/13 y CSSMS_00006/13) en relación con los números 25658 y 25655, respectivamente, dos resoluciones de 7 de febrero de 2014 (exp. CSSMS_00007/13 y CSSMS_00008/13) en relación con los números 27407 y 25414, respectivamente, y una resolución de la SETSI de 27 de mayo de 2014 (exp. CSSMS_00017/14) relativa al número 27140 (documentos núm. 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7 y 1.9).

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).

27407 a la entidad Polindus 21⁴ por medio de cuatro resoluciones de fecha 7 de octubre de 2014 y una de fecha 1 de diciembre de 2014.

CUARTO.- Requerimiento a la SETSI de los expedientes en los que se acordó el bloqueo del acceso a los números 25658, 25655, 25414, 27407, 2714 Y 27139.

En el marco de la instrucción del presente procedimiento, mediante un oficio de fecha 6 de noviembre de 2014, se solicitó a la SETSI la remisión de la documentación obrante en los expedientes en virtud de los cuales se dictaron las Resoluciones por las que se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procediesen a bloquear el acceso a los números 25414, 25655, 25658, 27140 y 27407 asignados a Polindus 21 (folios 2 a 4 del expediente administrativo).

Con fecha 4 de diciembre de 2014 también se solicitó a la SETSI la remisión de determinada documentación correspondiente a las actuaciones previas y al expediente CSSMS_00003/13 en virtud del cual se dictó la Resolución de la SETSI por la que se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procediesen a bloquear el acceso al número 27139 asignado a Polindus 21 (folios 64 a 80 del expediente administrativo).

La SETSI remitió a esta Comisión la copia íntegra de los expedientes (folios 5 a 63 y 83 a 209 del expediente administrativo), que pasaron a incorporarse al expediente administrativo por medio de dos escritos que tuvieron entrada el registro de esta Comisión los días 19 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015. Al primero de ellos se acompañaba copia íntegra de los expedientes CSSMS_00005/13, CSSMS_00006/13, CSSMS_00007/13, CSSMS_00008/13 y CSSMS_000017/14 relativos al bloqueo de los números SMS Premium 25658, 25655, 27407, 25414 y 27140. Junto con el segundo, se adjuntaba copia de la documentación solicitada en relación con el expediente CSSMS_00003/13 correspondiente al número 27139, que pasó a incorporarse al expediente administrativo.

Entre la documentación remitida, y dentro de cada uno de los expedientes, constaban las actas de inspección en las que se recogían los intercambios de mensajes entre el usuario final y el correspondiente número SMS Premium, las denuncias presentadas por usuarios que habían llegado a conocimiento de la SETSI, incluida una sentencia del Juzgado de Instrucción número 1 de Granada (folios 76 a 80), y los informes de la CSSTA en los que se analizaban los comportamientos acreditados en el acta y denunciados por los usuarios.

⁴ Los números de expedientes de los procedimientos de cancelación fueron: DT 2013/2465 (27139), DT 2014/153 (25658); DT 2014/155 (25655); DT 2014/350 (27407 Y 25414) y DT 2014/1318 (27140).

QUINTO.- Denuncias de usuarios recibidas en la CNMC.

El 23 de septiembre de 2014 se recibió en esta Comisión copia de una serie de mensajes enviados desde el número 25658 a usuarios que no habían solicitado ningún servicio a ese número entre los días 19 y 23 de diciembre de 2013 (folio 1 del expediente administrativo). Los mensajes incluían un texto que invitaba a responder a los mensajes sin especificar el servicio que se pretendía ofrecer.

SEXTO.- Incoación del presente procedimiento sancionador.

El 11 de diciembre de 2014, se aprobó el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador contra Polindus 21, 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 de los números 25414, 25655, 25658, 27140 y 27407 (folios 291 a 306 del expediente administrativo).

El acuerdo fue remitido a Polindus 21 el día 15 de diciembre de 2014, que lo recibió el día 21 de enero de 2015.

SÉPTIMO.- Requerimientos de información.

En fecha 13 de febrero de 2015, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, se requirió de Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal (en adelante, TME), Vodafone España, S.A. Unipersonal (en adelante, Vodafone), Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Yoigo) y Orange Espagne, S.A. Unipersonal (en adelante, Orange) la siguiente información (folios 308, 310 a 312, 314 y 316, respectivamente):

“- Indique el número de mensajes recibidos por abonados de [el operador móvil correspondiente] desde los números 27139, 25658, 25655, 25414, 27407 y 27140, y los enviados hacia estos mismos números, desde enero de 2012 hasta enero de 2014 desglosados por número y mes a mes.

- Indique los importes abonados a Polindus 21 correspondientes a los servicios prestados a través de los números 27139, 25658, 25655, 25414, 27407 y 27140 desglosados por número y mes durante ese mismo periodo de tiempo, así como los importes cobrados a Polindus 21 por el servicio de acceso correspondiente al mismo periodo y números”.

Las contestaciones de TME, Yoigo, Vodafone se recibieron los días 3, 4 y 9 de marzo de 2015, respectivamente (folios 318 a 322; 323 a 325 y 330 a 335, respectivamente).

OCTAVO.- Comunicación del mandamiento judicial del Juzgado de Instrucción nº5 de Alicante.

Con fecha 17 de abril de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil al que se adjuntaba un mandamiento judicial del Juzgado de Instrucción número 5 de Alicante por el que se interesaba, en virtud de lo acordado en el procedimiento N°002709/2012, la cancelación urgente de toda la numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, servicios de mensajes STA) asignados, entre otros, al operador Polindus 21.

NOVENO.- Cancelación definitiva de la numeración para la prestación de servicios SMS Premium de Polindus 21.

Por Resolución de 30 de abril de 2015⁵, la CNMC procedió a cancelar definitivamente la asignación de toda la numeración de Polindus 21 para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, entre la que se encontraba incluida los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407.

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

Ante la falta de contestación por parte de Orange y la necesidad de que Yoigo y Vodafone completaran los datos aportados, con fecha 26 de mayo de 2015, se reiteró el requerimiento a estos tres operadores (folios 336 y 337 y 340 a 341, respectivamente).

Las respuestas se recibieron con fechas 9, 11 de junio y 1 de julio, respectivamente (folios 352 a 356; 357 y 359 a 363, respectivamente).

UNDÉCIMO. - Requerimiento a Internet Payment Exchange, S.L.

Los operadores móviles indicaron en sus contestaciones que los pagos a Polindus 21 se hacían a través del operador Internet Payment Exchange, S.L. (en adelante, IPE). En consecuencia, con el objeto de obtener una información más completa, con fecha 26 de mayo de 2015, se remitió a este operador un escrito en el que se le solicitaba información sobre cobros y pagos de los SMS

⁵ Resolución por la que se da cumplimiento al mandamiento del juzgado de instrucción nº5 de Alicante por el que se interesa, en virtud de lo acordado en el procedimiento nº002709/2012, la cancelación urgente de la numeración asignada a Ocioterapia Levante S.L., Comercial Polindus 21 S.L., Buscando Suerte S.L., Iebolina Tradicional S.L., Natural Flavor International 21 S.L. y Arabbesko Madrileña S.L. para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (expediente núm. NUM/DTSA/557/15/VARIOS-SMS).

Premium objeto de este procedimiento sancionador gestionados a Polindus 21 (folio 342).

Con fecha 14 de julio de 2015, se notificó –después de tres intentos infructuosos- a IPE el requerimiento de información. Con fecha 31 de julio de 2015, el operador Netsize España, S.L. (en adelante, Netsize) remitió a esta Comisión la información solicitada a IPE (folios 379 a 390)⁶.

DUODÉCIMO.- Requerimiento al Juzgado de Instrucción nº 5 de Alicante.

En fecha 5 de junio de 2015 y en virtud del artículo 7.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se solicitó al Juzgado de Instrucción nº 5 de Alicante comunicación sobre las actuaciones adoptadas en el procedimiento N°002709/2012 en relación con el operador Polindus 21, para determinar una posible 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 (folios 348 y 349).

A fecha de la presente propuesta, no se ha recibido contestación al citado requerimiento.

DECIMOTERCERO.- Requerimiento al Juzgado de Instrucción nº 1 de Granada.

Con fecha 22 de julio de 2015, se requirió al Juzgado de Instrucción nº 1 de Granada información sobre la firmeza de la Sentencia de 3 de abril de 2014 (ejecutoria número 100/14) a los efectos del artículo 7.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Con fecha 2 de septiembre de 2015, se recibió escrito del Juzgado de Instrucción nº 1 de Granada en el que se declara que la sentencia de 3 de abril de 2014 devino firme por auto de fecha 9 de junio del mismo año.

DECIMOCUARTO.- Solicitud de documentación.

Con fecha 31 de julio de 2015, se incorporó al expediente administrativo del presente procedimiento sancionador una copia de los expedientes completos de solicitud de asignación a Polindus 21 de los números 25414, 25655, 25658,

⁶ Consultado el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas, se comprueba que en julio de 2015 el operador IPE y la entidad Netsize comparten domicilio y representante, lo que explicaría que fuera este último el que remitiera la información solicitada.

27139, 27140 y 274077 y de las Resoluciones por las que se cancelan esos números⁸.

DECIMOQUINTO.- Requerimiento de información a Polindus 21.

Con fecha 31 de julio de 2015, se requirió a Polindus 21 para que remitiera determinada información sobre sus costes e ingresos y para que explicara los servicios que se ofrecieron a través de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 (folios 377 a 378).

Habiéndose detectado un error en la redacción del requerimiento a Polindus 21, se remitió con fecha 5 de agosto de 2015 una rectificación con el texto correcto (folios 391 a 392).

No se ha recibido hasta la fecha contestación de Polindus 21 a este requerimiento.

DECIMOSEXTO.- Incorporación de denuncias en Internet.

Con fecha 27 de agosto de 2015, se incorporó al presente expediente una copia de las páginas de Internet de www.indefenso.com, www.números.tóxicos.com, y www.adslzone.net en las que se denuncia la recepción de mensajes no solicitados desde los números de Polindus 21 (folios 393 a 458).

DECIMOSÉPTIMO.- Declaraciones de confidencialidad.

Con fecha 8 de julio de 2015, fueron declaradas confidenciales determinadas informaciones relativas a números de mensajes y cantidades abonadas entre TME, Vodafone, Orange y Yoigo, de un lado, y Polindus 21, de otro lado (folios 364 a 375).

Posteriormente, con fecha 16 de septiembre de 2015 se declaró la confidencialidad (folios 460 a 462) de los datos aportados por Netsize en su escrito recibido el 31 de julio de 2015

DECIMOCTAVO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 7 de octubre de 2015 el instructor del procedimiento emitió la propuesta de resolución (folios 464 a 493 del expediente administrativo) en la que proponía que se declarase a Polindus 21 responsable de la comisión de dos infracciones muy grave tipificadas en el artículo 77.19 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, por haber incumplido las condiciones determinantes de la asignación de los números 25414, 25655, 25658, 27139,

⁷ DT 2008/1352 y DT 2010/2384.

⁸ DT 2013/2465, DT2014/153, DT 2014/155, DT 2014/350, DT 2014/1318 y NUM/DTSA/557/15/VARIOS-SMS.

27140 y 27407 de dos maneras: (i) al haber utilizado la numeración para un fin distinto del especificado en la correspondiente solicitud y (ii) por haber prestado servicios de envío de mensajes sin mediar solicitud previa del abonado, así como la imposición de dos multas de 576.500 euros y 50.000 euros, respectivamente.

La propuesta de resolución fue notificada a través de la publicación de su anuncio de notificación en el BOE de fecha 20 de octubre de 2015 (folio 493.3 del expediente administrativo).

No consta que Polindus 21 haya presentado alegaciones a la propuesta de resolución.

DECIMONOVENO.- Informe de la Sala de Competencia de la CNMC.

Con fecha 26 de noviembre de 2015 la Sala de Competencia de la CNMC emitió el informe al que se refiere el artículo 14.2.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley CNMC) (folio 508 del expediente administrativo).

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente cabe considerar probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- Polindus 21 utilizó los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 para fines distintos de los declarados en su solicitud de asignación, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014.

Polindus 21 es un operador de comunicaciones electrónicas inscrito, por Resolución de la CMT de fecha 22 de mayo de 2008, 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, Polindus 21 solicitó los días 5 de agosto de 2008 y 21 de diciembre de 2010, la asignación de los recursos de numeración 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 para prestar servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (SMS Premium). En sus solicitudes declaraba que esa numeración se destinaría a *“servicios de descarga de contenidos premium”*.

En esas mismas solicitudes pedía la asignación de otros números que, según declaraba, se dedicarían a servicios de suscripción y servicios para adultos.

Mediante Resoluciones de la CMT de fecha 26 de agosto de 2008 y 22 de marzo de 2011, se asignaron a Polindus 21, entre otros, los códigos numéricos solicitados a los que se ha hecho referencia. De conformidad con la declaración del solicitante, la numeración se emplearía para la prestación de servicios de descarga de contenidos *premium*.

Ante la existencia de denuncias de usuarios finales y para conocer el uso que se realizaba de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407, la SETSI llevó a cabo una serie de inspecciones a lo largo de los años 2013 y 2014. Del contenido de las actas de inspección elaboradas por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones y que fueron recibidas en el registro de esta Comisión el día 19 de noviembre de 2014 y el día 20 de enero de 2015, se puede constatar que los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 eran utilizados de la siguiente manera:

- Número 25414

Del acta de una inspección de la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, de 31 de octubre de 2013, cabe destacar lo siguiente:

- De los 25 mensajes intercambiados entre el inspector y Polindus 21 el día 10 de octubre de 2013, se desprende que la finalidad de los mismos era fundar en el receptor de los mensajes la creencia de que se quería establecer un contacto personal.
- A los mensajes recibidos por el inspector les sigue otro mensaje con el siguiente texto: publi, 1,45 eur, +18 CPolin, CAC 902001315.
- A modo de ejemplo, en el mensaje recibido número 3, se indica literalmente *“hola, ¿podrías hacer algo por mí? Si te mando hacer un recado ¿sería un abuso por mi parte?”*. En el mensaje recibido número 10 a la pregunta del inspector *“Oye, ¿me puedes decirme que es eso de la publi 1,45 eur?”* (pregunta formulada en el mensaje número 9) se contesta que *“¿Qué es lo que dices?”*.

- Número 25655

Del acta de una inspección de la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, de 12 de septiembre de 2013, se deduce lo siguiente:

- Los 26 mensajes, en número total intercambiados entre el inspector y Polindus 21 el día 10 de septiembre de 2013, tienen el formato de una conversación entre dos personas, de lo que se desprende que su finalidad era la de propiciar un contacto personal.

- A los mensajes recibidos por el inspector les sigue otro mensaje con el siguiente texto: publi, 1,45 eu, +18, CPolin, CAC 902001315.
- A modo de ejemplo del tipo de servicio que se prestaba, en el mensaje recibido número 3, a la pregunta del inspector de “*quién eres*” (mensaje número 1) se contestaba que “*hay algo en tu vida q me ocultas por me da corte si tú me lo cuentas yo te cuento otra cosa de mi quieres?*”.

Sobre el número 25658

Del acta de inspección de la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones de 11 de julio de 2013, se desprende lo siguiente:

- El acta recoge un total de 32 mensajes intercambiados entre el inspector y Polindus 21 el día 10 de julio de 2013. De su contenido se percibe claramente que su finalidad era propiciar un contacto personal mediante una conversación con el usuario del servicio.
- A los mensajes recibidos por el inspector les sigue otro mensaje con el siguiente texto: publi, 1,45 eu, CPolin, CAC 902001315.
- A modo de ejemplo, en los mensajes número 22, 24 y 26 a las preguntas del inspector por el significado de este texto se contesta respectivamente: “*pues no lo entiendo y cuando tú me mandas el tuyo nada*”; “*perdona pero no entiendo pero como tienes tú la tarifa con tu compañía dime*”; “*pues entonces no entiendo dime una cosa pero no tienes algún bono o algo de eso*”. Estos comentarios ponen de manifiesto que se está produciendo una conversación y que se está tratando de ocultar el tipo de servicio que se está prestando al usuario.

Sobre el número 27139

Del acta de inspección de fecha 6 de junio de 2013, se concluye que:

- Todos los mensajes intercambiados entre el inspector y Polindus 21 el día 5 de junio de 2013 (24) corresponden a una conversación dirigida a propiciar un contacto con el usuario del servicio.
- A los mensajes recibidos por el inspector les sigue otro mensaje con el siguiente texto: publi, 1,45 eu, CPolin, CAC 902001315.
- A modo de ejemplo del diálogo sostenido por las partes, en los mensajes número 5 a la pregunta del inspector por el significado del texto señalado en el párrafo anterior se contesta: “*yo tampoco y a mi me sale lo mismo sabes*”. Otros ejemplos de conversación mantenida son el mensaje número 8 en el que desde el número 27139 se dice: “*bueno es*”.

que yo a ti te vi en una foto sabes? y mew gustyo lo que vi”; en el mensaje 10 ante la pregunta del inspector sobre si le conoce, se contesta desde el número 27139 “no personalmente no porque? Eso hace mucha diferencia?”.

Sobre el número 27140

Del acta de inspección de fecha 29 de enero de 2014, se concluye que:

- De los 55 mensajes intercambiados entre el inspector y Polindus 21 el día 22 de enero de 2014 recogidos en el acta se constata que era una conversación en la que se intentaba establecer un contacto personal entre las partes.
- A los mensajes recibidos por el inspector, les sigue otro mensaje con el siguiente texto: Comercial Polindus SL 1,45 Eur. SMS n atn. Clte. 902001315, info@comercialpolindus.es.
- Entre los mensajes intercambiados por el inspector cabe destacar que en el mensaje recibido número 28 a la pregunta del Inspector de “¿Me puedes decir que es eso de comercial polindus 1,45 Eur” (pregunta formulada en el mensaje número 27) se contesta “no sé porque me lo preguntas”».

Sobre el número 27407

Del acta de una inspección de la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, de 31 de octubre de 2013, cabe destacar lo siguiente:

- De los 23 mensajes enviados por el inspector y recibidos el día 23 de octubre de 2013, se desprende que la finalidad de los mismos era fundar en el receptor de los mensajes la creencia de que se quería establecer un contacto personal.
- A los mensajes recibidos sigue otro mensaje con el siguiente texto: publi, 1,45 eu, CPolin, CAC 902001315.
- A lo largo de los mensajes intercambiados existen numerosos ejemplos de que se trata de una conversación. Así, en el mensaje recibido número 7, a la pregunta del inspector “Oye, ¿me puedes decir si lo sabes qué es eso que aparece en la publi 1,45 eur...?” (pregunta formulada en el mensaje número 6) se contesta que “Bueno, eso será cosa de mi jefe, pero no creo que sea nada, es que este móvil es de mi empresa ¿sabes?”.

- Por ejemplo en el mensaje número 13 desde el 27407 se pregunta *“bueno es normal pero a ver dime, lo tuyo sería el Facebook no?”*, a lo que se contesta *“ya te dije que no tenía Facebook así que por si acaso vamos a cortar”* y replica desde el 27407 *“es verdad siii es verdad lo siento, bueno pero a ver, y d dnd ers?”*. Como en los casos anteriores, estos comentarios ponen de nuevo de manifiesto que se estaba produciendo una conversación y que se estaba tratando de ocultar el tipo de servicio que se estaba prestando al usuario.

Por su parte, la SETSI ha remitido denuncias de abonados que han intercambiado mensajes similares a los recogidos en las actas de inspección a través de la numeración 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 asignada a Polindus 21. Las denuncias se corresponden a mensajes intercambiados con Polindus 21 en fecha 25 de febrero de 2011 (25414), 23 de enero de 2012 (27407), y entre el 25 de abril de 2013 (25658) y el 22 de enero de 2014 (27140)⁹.

Entre la documentación remitida por la SETSI, se incluía copia de la Sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granada en la que se condena al administrador de Polindus 21 como autor de una falta consumada de estafa y se declara responsable civil subsidiaria a Polindus 21.

En la Sentencia se declaran probados los siguientes hechos en relación con el número 25658 asignado a Polindus 21:

«El día 9 de diciembre de 2013, la denunciante, recibió en su teléfono móvil un SMS desde el número 25658, con el contenido siguiente: “te vi en una foto y me hablaron de ti! Me gustaría agregarte al whasap puedo?” La denunciante desconocedora de quién podía haber enviado el mensaje, remitió a dicho número otro SMS con el siguiente contenido: “h! Q tal! Supongo que te hablarían bien. Quién eres?”.

La denunciante recibió del mismo remitente, el mismo día dos nuevos SMS con el siguiente contenido:

“me habló muy bien, claro que sí. Sé que no sabes quién soy, pero si te agrego y así me ves el perfil no?”

“Comercial Polindus, SL 1,45 euros, SMS n atn. Clte. 902001315, info @comercialpolindus.es”

La denunciante, que no respondió a estos SMS, no tenía noticia alguna de la referida COMERCIAL POLINDUS.ES, ni había recibido publicidad o cualquier SMS anterior sobre las actividades de dicha mercantil.

⁹ También hay una denuncia de unos mensajes recibidos el 7 de agosto de 2013 (25655) y el 5 de mayo y 14 de julio de 2013 (27139).

La denunciante recibió un SMS más del mismo remitente, el día 10 de diciembre de 2013, a las 19:28 horas, con el siguiente contenido:

“Se acabaron los malos entendidos... se acabaron los silencios incómodos!! Di lo que piensas, lo que quieres y lo que vas a hacer, así todo terminará si quieres”.

Se ha acreditado que a la denunciante le fue cobrado el importe del SMS que remitió a COMERCIAL POLINDUS 21, SL, para conocer quién le había remitido el que ella había recibido previamente, amén del IVA correspondiente que también sufragó la denunciante, esto es, 1,20 euros por el mensaje y 0,25 de IVA, en total, 1,45 euros.

COMERCIAL POLINDUS 21, SL, tiene como administrador único al imputado JOAQUÍN PEDRO DOMÍNGUEZ ORTS».

De los datos aportados por los operadores de acceso no es posible obtener conclusiones claras acerca del número exacto de mensajes enviados entre los usuarios finales y Polindus 21 que responden al patrón de conductas descrito – conversación entre dos personas-. Por este motivo, se solicitó a Polindus 21 que aclarase el tipo de servicio y probase que el uso de los números analizados se ajustaba a su solicitud, sin que el operador haya presentado ninguna aclaración hasta la fecha de la presente propuesta.

En definitiva, ha quedado acreditado que Polindus 21 solicitó la numeración 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 para prestar servicios de descarga de contenidos Premium. Sin embargo, los números fueron utilizados para prestar servicios de conversación o chat con los usuarios, como queda demostrado por las actas de inspección de la SETSI, las denuncias de los usuarios y la sentencia del Juzgado de Instrucción número 1 de Granada.

Por lo que se refiere al periodo de realización de los hechos constitutivos de la infracción analizada, ha quedado acreditado que éstos se llevaron a cabo desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014 a través de los diferentes números implicados en este procedimiento. A este periodo corresponden tanto las denuncias de usuarios remitidas por la SETSI como las inspecciones realizadas por este organismo. Además, hay conductas anteriores de los años 2011 y 2012 que no se han tenido en cuenta pues las infracciones habrían prescrito.

Los detalles de los tráficos remitidos por los operadores del servicio telefónico móvil también apuntan a estos periodos como los de comisión de las conductas objeto de este procedimiento sancionador. Así, el número de SMS Premium que se cursaron hacia la numeración SMS Premium de Polindus 21 se incrementó significativamente en los siguientes periodos:

Número	Periodo en el que se incrementa significativamente el número de SMS Premium cursados			
27139	Abril-13	Mayo-13	Junio-13	Julio-13
25655	Agosto- 2013	Septiembre-2013		
27407	Octubre-2013	Noviembre-2013		
25658	Dic.-2013	Enero-2014		
25414 ¹⁰	Enero-2014			
27140	No hubo aumentos significativos			

Se observa de los datos analizados que cada cierto número de meses el incremento de SMS Premium se produce desde una numeración distinta lo que hace presumir la existencia de un ánimo de confundir al receptor del mensaje que ve diferentes números como emisores y también podría constituir un medio para mantener la actividad a pesar del bloqueo del acceso hacia un determinado número por orden de la SETSI.

Asimismo, en los foros de Internet las quejas de los usuarios corresponden al periodo que se extiende desde el mes de abril de 2013 al mes de enero de 2014.

En conclusión, ha quedado acreditado que entre los meses de abril de 2013 y enero de 2014, Polindus 21 ha estado ofreciendo a través de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 servicios Premium consistentes en mantener apariencias de conversación con el usuario. Estos servicios no tienen la consideración de servicios de descarga de contenidos y, por tanto, no se ajustan a los declarados en su solicitud de asignación de los números anteriormente señalados.

SEGUNDO.- Polindus 21 prestó servicios de mensajes SMS Premium desde los números 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014, sin una previa solicitud del servicio por parte de los usuarios.

Se considera acreditado que Polindus 21 no siempre prestaba los servicios a solicitud del usuario, sino que en ocasiones era el propio operador el que remitía un primer mensaje. Así, con fecha 19 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015, se recibieron escritos de la SETSI a los que acompañaban denuncias de abonados que han recibido mensajes no solicitados a través de la numeración 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 asignada a Polindus 21.

Posteriormente, con fecha 23 de septiembre de 2014, la CNMC tuvo conocimiento de que desde el número 25658 se habían remitido mensajes a usuarios que no solicitaron ningún servicio a través de ese número entre los

¹⁰ En octubre de 2012, también hubo un incremento del número de SMS Premium desde este número, pero no se ha acreditado por otras vías los comportamientos denunciados.

días 19 y 23 de diciembre de 2013. Los mensajes incluían un texto que invitaba a responder sin especificar el servicio que se pretendía ofrecer. En concreto, los mensajes tenían el siguiente contenido:

- *“Te estoy escribiendo por el whasap. Dime si te llegan mis mensajes. Me agregaste el otro día?”* (enviado el 19 de diciembre de 2013).
- *“He pensado en algo que se q te dara mas tranquilidad, vamos a ver si te gusta pero dime si ahora mismo estas o no disponible vale?”* (enviado el 20 de diciembre de 2013).
- *“Tengo algo para ti! Te aclarara muchas cosas! Quieres ver qué es? Contéstame ahora si o acabamos ya? Lo envío de una vez por aquí o hablamos x WASSAP? Contéstame”* (enviado el 21 de diciembre de 2013).
- *“Hola!! no quiero molestarte, pero he visto q hace un rato te has conectado puedes ahora? porque necesito enviarte algo, aunq no lo creas es importante, puedes?”* (enviado el 22 de diciembre de 2013).

“Quizá sea 1 fallo de mi móvil con el wassap. El caso es q no paro d enviarte 1 foto y no me dices nada. Puedes abrirla? No puedo estar mas en este plan. Q hago?” (enviado el 23 de diciembre de 2013).

En este mismo sentido, la Sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granada viene a confirmar la existencia de casos en los que Polindus 21 remitía el primer mensaje sin esperar a recibir una solicitud del abonado, cuando señala:

“El día 9 de diciembre de 2013, la denunciante, recibió en su teléfono móvil un SMS desde el número 25658, con el contenido siguiente: “te vi en una foto y me hablaron de ti! Me gustaría agregarte al whasap puedo?” La denunciante desconocedora de quién podía haber enviado el mensaje (...)”.

Por su parte, en diversos foros de Internet, también se denuncia que se han recibido mensajes no solicitados de remitente desconocido procedentes de los números 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407.

Por todo lo anterior, se considera acreditado que en ocasiones no era el usuario el que solicitaba el servicio, sino que era Polindus 21 la que remitía el primer mensaje para incitar al usuario a continuar remitiendo SMS Premium.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Las competencias de la CNMC para instruir y resolver el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley CNMC, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹¹, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (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 Polindus 21 los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 para la prestación de servicios SMS Premium. Polindus 21 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).

¹¹ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

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, su artículo 77.19 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 los hechos probados y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones de asignación de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 a Polindus 21.

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 (LRJPAC).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 20.2, 21.2 b) 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, *“[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”*.

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

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Polindus 21 ha incumplido las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración 25414; 25655; 25658; 27140; 27407 y 27139.

III. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión por parte de Polindus 21 de una infracción contemplada en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, que tipifica como infracción 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”*. Dichas condiciones son las previstas en los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/308/2008.

En particular, se consideró que Polindus 21 prestaba servicios de chat través de la numeración 25414, 25655, 25658, 27140 y 27407. Con posterioridad a la incoación del expediente sancionador contra Polindus 21, se recibió documentación de la SETSI en la que se aportaban pruebas sobre el uso del número 27139 en términos similares a los del resto de la numeración analizada en el acuerdo de incoación del presente procedimiento. En consecuencia, se incluyó este número entre los que se analizarían en las actuaciones del presente procedimiento sancionador.

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 y 27YAB, encuadrados en la categoría a) del artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008, que soportan otro tipo de mensajes.

- b) Polindus 21 no había solicitado estos números para la prestación de servicios de chat.
- c) De conformidad con la normativa, el servicio debía prestarse a solicitud del usuario. Sin embargo, en bastantes de los casos analizados, Polindus 21 iniciaba la actividad al enviar un primer mensaje que no había sido solicitado por el cliente final.

Tras las comprobaciones realizadas, se ha determinado que:

1. Polindus 21 ha incumplido las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso a las que se vinculan las Resoluciones de asignación de las numeraciones 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 al haber prestado servicios distintos de los comunicados en la solicitud de asignación.

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. Se encuentran sujetos a las prescripciones establecidas en la Orden ITC/308/2008.

Las condiciones de utilización de la numeración se establecen en el Reglamento de Mercados¹². 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 una regulación adicional para la utilización de dicha numeración.

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 2015¹³. Puesto que los servicios de chat aparecían únicamente definidos en el citado Código de conducta, las referencias al mismo no serán tomadas en cuenta a la hora de tipificar la conducta llevada a cabo por Polindus 21.

En todo caso, Polindus 21 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”¹⁴.

¹² El Reglamento de mercados está vigente de conformidad con la Disposición transitoria primera de la LGTel de 2014, que señala que *“las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.”*

¹³ 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.

¹⁴ En la tabla que figura en la Orden ITC/308/2008 únicamente se detallan los servicios para campañas de tipo benéfico o solidario, los de suscripción y los de adultos.

Por su parte, el artículo 16.1 de la LGTel de 2003 y en la actualidad el artículo 19.1 de la LGTel de 2014, 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.

De la misma manera, el artículo 17 de la LGTel de 2003 y el artículo 20 de la LGTel de 2014 disponen que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo los que designarán los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Los citados preceptos 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”.

En el caso de los SMS Premium, dicha normativa es 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:

“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.

Sin embargo, Polindus 21 no utilizó los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 de la forma prevista en la Orden ITC/308/2008, al quedar acreditado que:

- a) Una vez que el usuario remitía un SMS a los números citados o contestaba a un mensaje de incitación a responder, Polindus 21 no descargaba un contenido Premium, sino que iniciaba una conversación con el 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.
- b) En los mensajes recogidos por las actas de inspección de los números 25414 y 25655, Polindus 21 informaba del precio y condiciones mediante el texto *“publi, 1,45 eur + 18, (Polin,902001315)”*. Del hecho de que al informar sobre las condiciones de servicio Polindus 21 incluyera la referencia *“+18”* se infiere que Polindus 21 consideraba que el contenido que se prestaba bajo estos números era propio de los servicios destinados para adultos (mayores de 18 años) que deben prestarse a través del rango 995ABM o 997ABM, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 de la Orden ITC/308/2008.

Por tanto, resulta probado que el servicio de comunicaciones electrónicas prestado por Polindus 21 a través de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 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 ajustarse al servicio señalado en la solicitud por el operador, esto es, a un servicio de descarga de contenidos.

2. Polindus 21 ha incumplido las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso a las que se vinculan las Resoluciones de asignación de las numeraciones 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 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 encuadran los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407, y otro para el resto.

Así, según el artículo 5.3 de la Orden ITC/308/2008, para los rangos 25YAB y 27YAB –al que pertenecen los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 - y 280AB, tras ser solicitado el servicio e *“inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada”*, los titulares de los números deben proporcionar gratuitamente al 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 que *“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 Polindus 21 procedió a remitir mensajes SMS Premium desde los números 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 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 Polindus 21 a través de los números 25655, 25658, 27139, 27140

y 27407 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.

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 2003¹⁵. Dicha infracción 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.

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 Polindus 21 ha cometido dos infracciones administrativa graves, tipificadas en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, al realiza las conductas consistentes en (1) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 por prestar servicios de chat distintos a los especificados en su solicitud de asignación de numeración, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014, y; (2) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso de los números 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 por prestar servicios SMS Premium sin mediar solicitud previa del abonado, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014.

IV. Culpabilidad en la comisión de las infracciones.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador¹⁶, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la

¹⁵ 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”*.

¹⁶ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser 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 sancionadas 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 2004¹⁷) 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.

En el presente caso, se imputa a Polindus 21 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 de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 de conformidad con lo indicado en sus solicitudes de asignación y sin ajustarse las condiciones de prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes ligadas al uso de recursos públicos de numeración previstas 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 culpabilidad, atribuible a título de dolo, por parte de Polindus 21, de llevar a cabo un uso de la numeración 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 contrario a la normativa y a lo que declaró en su solicitud de asignación. Por un lado, Polindus 21 no se limitó a emplear un único número, sino que por el contrario usó diferente numeración para lograr sus fines espurios. Por otro lado, lo hizo a lo largo de un periodo de 10 meses, empleando nuevos números en el momento en que eran detectados los anteriores y se ordenaba su bloqueo por la SETSI.

¹⁷ RJ 2005/20.

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

V. Cuantificación de las sanciones aplicables.

1. Límite máximo.

La LGTel de 2014 fija unas reglas para determinar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Asimismo, el artículo 79.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:

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

Por la comisión de infracciones muy 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 aquellas, 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. Independientemente de la diferencia establecida en el precepto con respecto al límite máximo de las sanciones a imponer, tal y como se detalla a continuación, se desconoce el beneficio bruto obtenido por Polindus 21 como consecuencia de la comisión de las infracciones sancionadas. Por ello, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

El artículo 79 de la LGTel de 2014 simplifica las reglas hasta el momento establecidas en la LGTel de 2003 (artículo 56) para fijar la cuantía máxima de la sanción que pueda imponerse, eliminando los criterios de la rama de actividad afectada y de los fondos utilizados en la infracción.

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

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

Para determinar la cuantía de las sanciones hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes para graduar las sanciones, anteriormente

citados, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC, que señala que:

“2. 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.”

En este sentido, 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). El principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción han 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 disuasión¹⁸.

En lo que respecta a la situación económica del operador, los ingresos brutos obtenidos por la entidad, para el periodo de comisión de la infracción –desde el 23 de abril de 2013 a 22 de enero de 2014- no se conocen, al no haber presentado Polindus 21 la declaración de ingresos brutos correspondiente a esos periodos para la liquidación de la Tasa General de Operadores.

Por otra parte, obra en el expediente la declaración de Netsize –operador que gestionaba cobros y pagos entre Polindus 21 y los operadores móviles- en la

¹⁸ 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 [...].”

que detalla los pagos realizados a Polindus 21 correspondientes al tráfico generado a través de los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 entre los meses de abril de 2013 y enero de 2014.

Dicha cantidad asciende a un total de **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL**¹⁹. Si bien este importe no coincide con el total de los que los operadores móviles declararon haber abonado a Netsize por estos mismos conceptos, esta diferencia podría deberse a que una parte de la cuantía sirvió para remunerar a Netsize por su labor como plataforma entre Polindus 21 y los operadores móviles.

Por su parte, en los requerimientos que se efectuaron a los operadores móviles se declararon las siguientes cuantías: TME señala que abonó a Netsize en concepto de tráfico de SMS Premium de Polindus 21 para el periodo de infracción un total de **INICIO CONFIDENCIAL** [euros] **FIN CONFIDENCIAL**, Orange **INICIO CONFIDENCIAL** [euros] **FIN CONFIDENCIAL** Yoigo **INICIO CONFIDENCIAL** [euros] **FIN CONFIDENCIAL** y Vodafone **INICIO CONFIDENCIAL** [euros] **FIN CONFIDENCIAL**, lo que suma un total de **INICIO CONFIDENCIAL** [euros] **FIN CONFIDENCIAL**.

Por consiguiente, la falta de los datos exactos relativos a los costes originados por la prestación de las actividades, la ausencia de información sobre qué ingresos realmente pueden imputarse a las actividades sancionadas debido a que no se puede comprobar si todos los ingresos obtenidos por la empresa provienen de la comisión de las infracciones -ya que podrían existir ingresos derivados de la prestación de las actividades de una forma ajustada a derecho- motivan que no pueda calcularse de forma concluyente una estimación de los beneficios brutos obtenidos por la citada entidad.

De forma adicional, se tiene en cuenta que la operadora tendría unos costes en la prestación de su actividad, para considerarlo en la imposición de una sanción proporcional.

Para la graduación de la sanción se considerarán los criterios recogidos en los artículos 80 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC. En concreto, se tendrá en cuenta a estos efectos

➤ **La elevada repercusión social de las infracciones cometidas.**

Durante la instrucción del expediente sancionador se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública y en los medios de comunicación, como lo

¹⁹ La cantidad total se reparte entre los operadores de la siguiente manera: TME **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL**, Orange **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL**, Yoigo **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL** y Vodafone **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL**.

demuestra el hecho de que varios medios de comunicación se hicieran eco de la supuesta irregularidad de las prácticas. Asimismo, hay constancia de las denuncias en numerosos foros²⁰ donde se recogen quejas sobre los servicios prestados por Polindus 21 y la forma de utilizar los números 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407. Finalmente, la SETSI aportó copia de múltiples denuncias de usuarios que demuestran el impacto de la actividad irregular de Polindus 21²¹.

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 un criterio para ponderar al alza la sanción a imponer.

➤ **El daño causado.**

La actuación de Polindus 21 ha supuesto un importante daño que ha afectado a numerosos usuarios que han sufrido menoscabos económicos; a múltiples operadores del servicio telefónico móvil que, junto con la pérdida de imagen de marca que las actividades realizadas por Polindus 21 les suponen, también han debido asumir pérdidas de carácter económico –devoluciones de importes, impagos, mayor uso de los servicios de atención al cliente-, y a los servicios SMS Premium en general puesto que estas actuaciones contribuyen a incrementar la desconfianza de los usuarios finales en este tipo de servicios.

En consecuencia, se tendrá en cuenta el daño causado como circunstancia agravante de las infracciones, de conformidad con el artículo 80.1.d) de la LGTel.

Finalmente, en atención al artículo 80.2 de la LGTel se considerará que Polindus 21 no se limitó a utilizar un número sino que empleó en sus prácticas seis, cinco de ellos de forma consecutiva para dificultar o impedir la detección de las conductas objeto de este procedimiento, junto con los posibles ingresos obtenidos por el operador, estimados por esta Comisión, como resultado de la actividad económica de Polindus 21 –relacionada con las infracciones cometidas- para graduar las sanciones a imponer, como se analiza más adelante.

3.- Determinación de las sanciones.

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

²⁰ Enlaces a web como por ejemplo <http://www.listaspam.com/busca.php?Telefono=27139> o <http://www.numerostoxicos.info/2013/12/25658.html>.

²¹ A modo de ejemplo, en relación con el número 27139, la SETSI adjunto copia de denuncias de un total de 36 usuarios.

- El límite máximo de las sanciones que se puede imponer a Polindus 21 es de 2.000.000 euros, sin que pueda determinarse el límite mínimo. No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que se imputa dolo en la comisión de las infracciones analizadas y que concurren dos circunstancias que aconsejan imponer las sanciones en un grado elevado: la repercusión social de la infracción cometida y el daño causado.
- Según la información que obra en el expediente y que ha sido aportada por Netsize en su escrito de contestación al requerimiento formulado por la instructora, los pagos recibidos por Polindus 21 por el tráfico cursado entre abril de 2013 y enero de 2014, hacia los números 25414, 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407 ascienden a **INICIO CONFIDENCIAL [euros] FIN CONFIDENCIAL**.
- No obstante, tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de las sanciones se tiene en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos. Así, 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.
- Sin embargo, se estima que, dado que no es posible calcular los costes y tampoco desglosar aquellos mensajes que cumplieron con las condiciones establecidas para esa numeración, es decir, que ofrecían contenidos Premium, no se pueden determinar los beneficios que supuso para Polindus 21 la realización de las conductas infractoras. Por ello, no puede cuantificarse el beneficio directo derivado del incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de la numeración, en su aplicación a este caso concreto.

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 las actividades infractoras y teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones anteriormente señalados, se considera que procede imponer:

- Una sanción de quinientos setenta y seis mil quinientos (576.500) euros, por haber prestado servicios de envío de mensajes no acordes con el uso previsto en la solicitud de numeración, y
- Una sanción de cincuenta mil (50.000) 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 directo a Comercial Polindus 21, S.L., 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 las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los números 25658, 25655, 25414, 27407, 27140 y 27139, al haber utilizado la numeración para un fin distinto del especificado en las solicitudes correspondientes, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 de enero de 2014.

SEGUNDO.- Imponer a Comercial Polindus 21, S.L., una multa por importe de quinientos setenta y seis mil quinientos euros (576.500 euros) por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directo a la entidad Comercial Polindus 21, S.L., 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 25655, 25658, 27139, 27140 y 27407, al prestado servicios de envío de mensajes sin mediar solicitud previa del abonado.

CUARTO.- Imponer a Comercial Polindus 21, S.L. una sanción por importe de cincuenta mil euros (50.000 euros) por la anterior conducta.

Comuníquese esta resolución a la DTSA y notifíquese al interesado haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar a partir del día siguiente al de su notificación.