

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A IEBOLINA TRADICIONAL, S.L., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LA ATRIBUCIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE LOS DERECHOS DE USO DEL NÚMERO 25568.

SNC/DTSA/1846/14/SMS PREMIUM IEBOLINA 25568

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 27 de octubre de 2008¹ a Iebolina Tradicional, S.L. (en adelante, Iebolina), a solicitud de dicho operador, entre otros, el código numérico 25568 para la prestación de servicios de descarga de contenidos *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).

¹ Resolución de 27 de octubre de 2008 por la que se asigna a Iebolina Tradicional, S.L., entre otros, el número 25568, para la prestación de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2008/1655).

SEGUNDO.- Resoluciones de la SETSI de bloqueo del número 25568.

En la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) de fecha 20 de enero de 2014² se ordenaba a los operadores de redes telefónicas públicas que procedieran a bloquear el acceso al número 25568, asignado a lebolina, 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 un escrito del Secretario de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 27 de enero de 2014.

A la vista de los anteriores hechos, la SETSI instaba a la CNMC para que adoptase las correspondientes decisiones para cancelar la asignación del citado número 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 del número 25568 a la entidad lebolina por medio de una resolución de fecha 17 de septiembre de 2014⁴.

CUARTO.- Requerimiento a la SETSI de remisión del expediente en el que se acordó de bloqueo del acceso al número 25568 para su incorporación el presente procedimiento.

Mediante un oficio de fecha 21 de julio de 2014, 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 25568 asignado a lebolina.

² Resolución de la SETSI de 20 de enero de 2014 (exp. CSSMS_00004/13).

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).

⁴ Expediente DT 2014/0154.

La SETSI remitió a esta Comisión la copia íntegra del expediente CSSMS_00004/13, relativo al bloqueo del número 25568, que pasó a incorporarse al expediente administrativo.

El expediente se acompañaba al escrito de la SETSI que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de agosto de 2014 y en él se incluye 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 SETSI, y el informe de la CSSTA, de 12 de diciembre de 2013, en el que se analizaban los comportamientos acreditados por el acta y denunciados por los usuarios en relación con el número 25568.

QUINTO.- Denuncia de un usuario recibida en la CNMC.

Con fecha 21 de julio de 2014 se recibió en esta Comisión la denuncia de un usuario final mediante la cual se pone en conocimiento de esta Comisión que, con fecha 13 de enero de 2014 recibió un mensaje enviado a través del número 25568 con un texto que invitaba a responder a dicho mensaje 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 lebolina 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 del número 25568 (folios 1 a 14 del expediente administrativo).

El acuerdo fue remitido a lebolina el día 15 de diciembre de 2014 y notificado el día 22 de diciembre de 2014 (folio 15).

SÉPTIMO.- Requerimientos de información.

Durante la instrucción del procedimiento, en fecha 10 de marzo de 2015, 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 (folios 314; 317; 320 y 323, respectivamente):

“- Indique el número de mensajes recibidos por abonados de [el operador móvil correspondiente] desde el número 25568, y los enviados hacia ese mismo número, desde enero de 2012 hasta enero de 2014 desglosados mensualmente.

- Indique los importes abonados a lebolina correspondientes a los servicios prestados a través del número 25568 desglosados mensualmente durante ese mismo periodo de tiempo, así como los importes cobrados a lebolina por el servicio de acceso correspondiente al mismo periodo y número”.

El citado requerimiento fue notificado a los operadores los días 10 y 11 de marzo de 2015. Las contestaciones de Yoigo (folio 326), Orange (folios 331 a 334), Vodafone (folios 337 a 343) y TME (folios 344 a 348), se recibieron los días 16, 23, 27 y 30 de marzo de 2015, respectivamente.

OCTAVO.- Comunicación del mandamiento judicial del Juzgado de Instrucción nº 5 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 lebolina (folios 349 a 350)

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

Por Resolución de 30 de abril de 2015⁵, la CNMC procedió a cancelar definitivamente la asignación de toda la numeración de lebolina para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, entre la que se encontraba incluida el número 25568.

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

Ante la necesidad de que Vodafone completara los datos aportados, con fecha 26 de mayo de 2015, se reiteró el requerimiento a este operador (folio 351). Las respuestas al mismo se recibieron en esta Comisión los días 3 de junio y 1 de julio de 2015 (folios 362 a 366 y 382 a 386).

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 lebolina S.L., Buscando Suerte S.L., lebolina 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).

UNDÉCIMO.- Requerimientos de información a Netsize España y Ericsson España.

Algunos operadores móviles indicaron en sus contestaciones que los pagos a lebolina relacionados con el número 25568 se hacían a través de los operadores Netsize España, S.L. (en adelante, Netsize) y de 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 mediante los que se solicitaba información sobre cobros y pagos de los SMS Premium objeto de este procedimiento sancionador gestionados a lebolina.

Dichos requerimientos fueron notificados a Ericsson y Netsize en fecha 1 de junio de 2015 (folios 354 y 358, respectivamente). Las contestaciones de Netsize y Ericsson se recibieron los días 3 y 18 de junio de 2015, respectivamente (folios 380 a 381 y 376 a 381).

Asimismo, a partir de las manifestaciones de dichos operadores, se consideró necesario solicitar la misma información al operador Internet Payment Exchange, S.L. Unipersonal (en adelante, IPE). Este requerimiento fue notificado a IPE el día 11 de agosto de 2015, sin que éste haya remitido respuesta (folio 392).

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

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 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 lebolina para determinar si existe 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 370 y 371).

DECIMOTERCERO.- Requerimiento de información a lebolina.

Con fecha 4 de agosto de 2015, se requirió a lebolina para que remitiera determinada información sobre sus costes e ingresos y para que explicara los servicios que se ofrecieron a través del número 25568 (folios 387 y 388).

Asimismo, con fecha 10 de septiembre de 2015 se procedió a notificar el citado requerimiento mediante publicación en el Boletín Oficial del Estado, tal y como se prevé en el artículo 59, apartado quinto, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al no haber resultado posible la notificación por dos veces a la entidad lebolina por causas

no imputables a esta Comisión. Asimismo, se advirtió a lebolina de la suspensión del plazo máximo para resolver el presente procedimiento de conformidad con el artículo 42.5 de la LRJPAC (folios 390 a 391).

No consta la respuesta a dicho requerimiento.

DECIMOCUARTO.- Incorporación de denuncias en Internet.

Con fecha 25 de agosto de 2015, se incorporó al presente expediente una copia de las páginas de Internet de www.indefenso.com, www.abc.es, www.rtve.es y www.numerostoxicos.info en las que se denuncia la recepción de mensajes no solicitados desde el número 25568 de lebolina (folios 396 a 415).

DECIMOQUINTO.- 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 a lebolina del número 25568⁶ y de las Resoluciones sobre la cancelación de dicho número⁷ (folios 28 a 312).

DECIMOSEXTO.- Declaraciones de confidencialidad.

Con fecha 23 de septiembre de 2015, fueron declaradas confidenciales determinadas informaciones relativas a números de mensajes y cantidades abonadas entre TME, Vodafone y Orange, de un lado, y lebolina, de otro, así como de los datos aportados por Netsize en su escrito recibido el 11 de junio de 2015 (folios 416 a 418; 421 a 423; 426 a 428 y 431 a 433, respectivamente).

DECIMOSÉPTIMO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 7 de octubre de 2015 el instructor del procedimiento emitió la propuesta de resolución (folios 437 a 460 del expediente administrativo) en la que proponía que se declarase a lebolina responsable de la comisión de dos infracciones muy grave tipificadas en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (Ley General de Telecomunicaciones de 2014), por haber incumplido las condiciones determinantes de la asignación del número 25568 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 197.800 euros y 10.000 euros, respectivamente.

⁶ DT 2008/1655

⁷ NUM/DTSA/154/14/lebolina-SMS y NUM/DTSA/557/15/VARIOS-SMS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 59.5 de la LRJPAC, la propuesta de resolución fue notificada mediante su publicación en el BOE del día 20 de octubre de 2015, al no ser posible su notificación personal en el domicilio del operador.

No costa que Iebolina haya practicado alegaciones a la propuesta de resolución.

DECIMOCTAVO.- 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 CNMC (folio 490 del expediente administrativo).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Iebolina utilizó el número 25568 para fines distintos de los declarados en su solicitud de asignación, desde el 11 de julio de 2013 hasta el 18 de enero de 2014.

Iebolina es un operador de comunicaciones electrónicas inscrito, por Resolución de la CMT de fecha 27 de octubre 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, Iebolina solicitó con fecha 6 de octubre de 2008 la asignación de recursos de numeración 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 otras numeraciones que, según declara, se dedicarían a servicios de suscripción y a servicios exclusivos para adultos.

Mediante Resolución de la CMT de fecha 27 de octubre de 2008⁸, se asignó a Iebolina, entre otros, el código numérico 25568⁹ que, de conformidad con la declaración del solicitante, se emplearía para la *“prestación de servicios SMS/MMS Premium de precio neto por servicio completado menor o igual a 1,2 euros”*.

⁸ Véase la nota al pie 1.

⁹ 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 11 de julio de 2013 la SETSI llevó a cabo una inspección para conocer el uso que se realizaba del número 25568. En concreto, del contenido del acta de inspección emitida por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones en fecha 12 de julio de 2013 y recibida en el registro de esta Comisión el 4 de agosto de 2014, se puede constatar que el número 25568 era utilizado de la siguiente manera:

- De los 26 mensajes intercambiados entre el inspector y la entidad lebolina el día 11 de julio de 2013, se desprende que la finalidad de los mismos era *“propiciar un contacto de orden personal”*.
- Los mensajes recibidos por el inspector finalizan con el siguiente texto: *“publi, 1,45 eur + 18, contactacon.com, 902005436”*.
- A modo de ejemplo, en el mensaje recibido número 19 a la pregunta del inspector por el significado de este texto se contesta: *“es un servicio de SMS po eso te pedio el face”*. En el mensaje recibido número 22, a la observación del inspector de *que “no entiendo lo que quieres decir con eso de SMS”* se contesta diciendo que *“es un servicio de mensajería”*. En el mensaje recibido número 26, ante la insistencia del inspector por el significado de la frase se vuelve a indicar que *“es un servicio SMS porque tengo el móvil cortado”*.

Por su parte, la SETSI ha remitido numerosas denuncias de abonados -algunas remitidas a su vez por la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid-, que han intercambiado con el citado número mensajes similares a los recogidos en el acta de inspección entre los días 11 de julio de 2013 y 18 de enero de 2014.

En este sentido, 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 el operador que responden al patrón de conductas descrito –conversación entre dos personas-. Por este motivo, se solicitó a lebolina que aclarase el tipo de servicio y probase que se ajustaba a su solicitud, sin que el operador lo haya realizado.

En definitiva, ha quedado acreditado que lebolina solicitó la numeración 25568 para prestar servicios de descarga de 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 examinado, ha quedado acreditado que estos se realizaron desde el día 11 de julio de 2013 hasta el 18 de enero de 2014. A

este periodo corresponden tanto las denuncias de usuarios remitidas por la SETSI como la inspección realizada por dicho órgano y la denuncia recibida en esta Comisión.

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

En conclusión, se considera acreditado que, al menos entre los meses de julio de 2013 y enero de 2014, Iebolina ha estado ofreciendo a través del número 25568 servicios *premium* consistentes en mantener supuestas conversaciones entre el usuario y la entidad Iebolina. Estos servicios no son servicios de descarga de contenidos y, por tanto, no se ajustan a los declarados en su solicitud de asignación del número anteriormente señalado.

SEGUNDO.- Iebolina prestó servicios de mensajes SMS Premium desde el número 25568, desde el 11 de julio de 2013 hasta el 18 de enero de 2014, sin una previa solicitud del servicio por parte de los usuarios.

Con fecha 21 de julio de 2014 se aportó a esta Comisión la copia de un mensaje recibido por un usuario en fecha 13 de enero de 2014 procedente del número 25568, que incluía un texto invitando a responder sin especificar el servicio que se pretendía ofrecer.

Por otra parte, con fecha 4 de agosto de 2014 y tras el requerimiento de esta Comisión, la SETSI remitió, entre otros documentos, la copia de múltiples denuncias de abonados que habían recibido mensajes SMS Premium no solicitados a través del número 25568.

Finalmente, en diversos foros de Internet también se denunció que se había recibido un mensaje no solicitado de un remitente desconocido procedente del número 25568¹⁰.

En consecuencia, la CNMC ha comprobado que Iebolina 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 25568 a usuarios que no solicitaron ningún servicio a través de ese número, para incitar al usuario a continuar recibiendo SMS Premium.

En conclusión, ha quedado acreditado que entre los meses de julio de 2013 y enero de 2014, Iebolina ha estado ofreciendo a través del número 25568 servicios *premium* consistentes en mantener supuestas conversaciones entre el usuario y el operador sin que hubiera una solicitud previa por parte del usuario.

¹⁰ <http://www.numerostoxicos.info/2012/11/25568.html>

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 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (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 Iebolina, entre otros, el número 25568 para la prestación de servicios SMS Premium. Iebolina 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 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 del número 25568 a lebolina.

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 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 lebolina ha incumplido las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso del número 25568.

III. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión por parte de lebolina 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 Iebolina 21 prestaba servicios de chat través de la numeración 25568. Según se señaló en el acuerdo de incoación, estas actividades contravenían la normativa por los siguientes motivos:

a) Este número 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) Iebolina 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 muchos de los casos analizados, Iebolina 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:

1.1. Iebolina ha incumplido las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso a las que se vincula la Resolución de asignación de la numeración 25568, al haber prestado unos 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

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*

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 Iebolina.

En todo caso, Iebolina está sujeta 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.

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:

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.

“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, lebolina no utilizó el número 25568 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, lebolina 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, lebolina 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 lebolina incluyera la referencia “+18” se infiere que lebolina 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 lebolina a través del número 25568 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. lebolina 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 incluye el número 25568, 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 pertenece el número 25568, 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 lo 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 Iebolina procedió a remitir mensajes SMS Premium desde el número 25568 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, se considera que el servicio de comunicaciones electrónicas prestado por Iebolina a través del número 25568 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 *“[s]erán 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.

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”*.

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

En consecuencia, cabe concluir que Iebolina ha cometido dos infracciones administrativas graves, tipificadas en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, al realizar las conductas consistentes en (1) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del número 25568 por prestar servicios de chat distintos a los especificados en su solicitud de asignación de numeración, desde el 11 de julio de 2013 al 18 de enero de 2014, y; (2) el incumplimiento de las condiciones determinantes del otorgamiento de los derechos de uso del número 25568 por prestar servicios SMS Premium sin mediar solicitud previa del abonado, desde el 11 de julio de 2013 al 18 de enero de 2014.

IV. Culpabilidad en la comisión de la infracción.

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 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.

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

¹⁷ RJ 2005/20.

En el presente caso, se imputa a lebolina dos conductas dolosas, 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 25568, 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 intencionalidad por parte de lebolina de llevar a cabo un uso de la numeración contrario a la normativa y a lo que indicó en su solicitud de asignación.

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 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:

“C) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de 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 posible aplicar 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 la sanción a imponer, tal y como se detalla a continuación, se desconoce el beneficio bruto obtenido por lebolina como consecuencia de la comisión de la infracción sancionada. Por ello, el límite máximo de la sanción será el 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.

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

A partir del límite legal máximo, para determinar la cuantía de las sanciones hay que tener en cuenta los criterios de graduación a los que más adelante se hará referencia, 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.

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 [...].”

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 11 de julio al 18 de enero de 2014- no se conocen, al no haber presentado lebolina la declaración de ingresos brutos correspondiente a esos periodos para liquidar la Tasa General de Operadores.

Por otra parte, obra en el expediente la declaración de Netsize –operador que gestionaba cobros y pagos entre lebolina y los operadores móviles- en la que detalla los pagos realizados a lebolina correspondientes al tráfico generado a través del número 25568 entre los meses de julio de 2013 y enero de 2014.

Dicha cantidad asciende a un total de **INICIO CONFIDENCIAL [euros] FIN CONFIDENCIAL**¹⁹. Esta cantidad no coincide con el total de los importes que los operadores móviles declararon haber abonado a Netsize por estos mismos conceptos. Esta diferencia podría deberse a que una parte de la cuantía remuneró a Netsize por su labor como plataforma entre lebolina 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 lebolina para el periodo de infracción un total de **INICIO CONFIDENCIAL [euros] FIN CONFIDENCIAL**, Orange **INICIO CONFIDENCIAL [€] FIN CONFIDENCIAL** y Vodafone **INICIO CONFIDENCIAL [€] FIN CONFIDENCIAL**, lo que suma un total de **INICIO CONFIDENCIAL [€] 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, considerarán a estos efectos:

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** y Vodafone **INICIO CONFIDENCIAL [euros] FIN CONFIDENCIAL**.

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

De la instrucción del expediente sancionador se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública y en los medios de comunicación²⁰ que se refleja en los numerosos foros²¹ donde se recogen quejas sobre los servicios prestados por lebolina y la forma de utilizar la numeración 25568. Asimismo, la SETSI aportó copia de múltiples denuncias de usuarios que demuestran el impacto de la actividad irregular de lebolina²².

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 la sanciones a imponer.

➤ **El daño causado.**

La actuación de lebolina 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 lebolina 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 la infracción, de conformidad con el artículo 80.1.d) de la LGTel.

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 lebolina – 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:

- El límite máximo de las sanciones que se le puede imponer a lebolina es de 2.000.000 euros, sin que se pueda determinarse el límite mínimo. No

²⁰ Por ejemplo, <http://www.rtve.es/noticias/20140117/facua-denuncia-fraude-masivo-sms-desde-25568-simula-ser-contacto-whatsapp/852244.shtml>

²¹ Por ejemplo, <http://www.numerostoxicos.info/2012/11/25568.html>

²² La SETSI adjunto copia de denuncias de un total de 38 usuarios.

obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que se imputa dolo en la comisión de la infracción analizada 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.

- 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
- Según la información que obra en el expediente y que ha sido aportada por Netsize en su escrito de contestación al requerimiento formulado por el instructor, los pagos recibidos por lebolina por el tráfico cursado entre julio de 2013 y enero de 2014, hacia el número 25568 ascienden a **INICIO CONFIDENCIAL** [euros]**FIN CONFIDENCIAL**. Esta cifra resulta ser más favorable para la entidad imputada -que no ha contestado al requerimiento formulado a este respecto-, que la declarada por los operadores.

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*, de los que se tienen en cuenta en la comisión de la infracción, no se pueden determinar los beneficios que supuso para lebolina la realización de la conducta infractora. Por ello, no puede cuantificarse el beneficio directo derivado de la omisión del cumplimiento 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 ciento noventa y siete mil ochocientos (197.800) 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 directo a Iebolina Tradicional, 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 25568 al haber utilizado la numeración para un fin distinto del especificado en la correspondiente solicitud

SEGUNDO.- Imponer a Iebolina Tradicional, S.L., una multa por importe de ciento noventa y siete mil ochocientos euros (197.800 €) por la anterior conducta.

TERCERO.- Declarar responsable directo a Iebolina Tradicional, 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 la asignación de la numeración 25568, en concreto, al haber prestado servicios de envío de mensajes sin mediar solicitud previa del abonado.

CUARTO.- Imponer a Iebolina Tradicional, S.L., una multa por importe de diez mil euros (10.000 €) 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.