



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 31/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de septiembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L., contra la Resolución de fecha 7 de junio de 2012, relativa el expediente sancionador RO 2011/1662 incoado contra dicho operador por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (AJ 2012/1444).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 7 de junio de 2012, recaída en el procedimiento RO 2012/1662, se acordó:

<< **PRIMERO.** *Que se declare responsable directa a la entidad Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854, por prestar servicios de tarificación adicional (como los de tarot o para adultos) lo que supone un uso distinto del autorizado para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados.*

SEGUNDO. *Que se imponga, por la comisión de la infracción señalada en el apartado Primero, una sanción económica a la entidad Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. por importe de veinte mil euros (20.000 euros). (...)>>*



SEGUNDO.- Recurso de reposición y solicitud de suspensión.

Contra la Resolución de fecha 7 de junio de 2012 la entidad Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. (en adelante, AUDIOTEX TELELINEA) ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión el día 27 de junio de 2012 y en el que se solicita el archivo del procedimiento sancionador, que se deje sin efecto la imposición de la sanción de 20.000 euros y, al amparo del artículo 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que se decrete la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada.

Los razonamientos aducidos por AUDIOTEX TELELINEA en su recurso de reposición son esencialmente los mismos expuestos en sus alegaciones durante la instrucción del expediente, y pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1. La vulneración del principio de tipicidad (Art. 25 CE y art. 129 de la LRJPAC) ya que, para la recurrente, no se ha incurrido en tipo infractor alguno ni se han incumplido las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número 11854. La posibilidad de encaminar las llamadas realizadas al 11854 a otros números con servicios de predicción de futuro (sean estos números geográficos o de tarificación adicional como los del rango 80X) es un valor añadido que no infringe norma alguna, por no estar expresamente tipificada sino que esta Comisión la habría deducido o interpretado, por lo que los hechos no pueden ser catalogados como infracción.

Asimismo, para AUDIOTEX TELELINEA, no hay ninguna norma que obligue a prestar servicios profesionales a través de números 806, lo que permite hacerlo a través de otros números. A su juicio, la utilización de números reservados a ese rango es una mera posibilidad que facilita su facturación a través de su inclusión en la factura telefónica y sólo en esos supuestos se sujetan al Código de Conducta de los números de tarificación adicional.

2. Vicios en la práctica de la prueba. Vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la actividad inspectora (Art. 18.3 CE). Según la recurrente, la falta de identificación de los inspectores, la mentira o engaño de éstos y la falta de emplazamiento previo y autorización judicial para grabar las llamadas invalidarían las pruebas de cargo.
3. La infracción del principio de proporcionalidad. Para la recurrente, la sanción económica de 20.000 euros es una medida desproporcionada porque no ha tenido en cuenta el beneficio obtenido por la infracción, sino que parte de los ingresos totales del operador. Además, no se habrían tenido en cuenta para minorar el importe de la sanción circunstancias atenuantes de la responsabilidad como la falta de intencionalidad y reiteración, inexistencia de reincidencia, inapreciable beneficio obtenido y ausencia de daño o perjuicio a usuarios o a terceros.
4. Se solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida al estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, y al alegarse la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación.



TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 6 de julio de 2012, se notificó a AUDIOTEX TELELINEA el inicio del procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2012/1444, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Solicitud de suspensión de la ejecutividad de la Resolución.

Con fecha 19 de julio de 2012, el Consejo de esta Comisión acordó denegar la solicitud de suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes:

II FUNDAMENTOS JURIDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, por lo que procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de AUDIOTEX TELELINEA como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 7 de junio de 2012.

SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento número RO 2011/1662 y es el operador destinatario de la resolución del mismo. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a AUDIOTEX TELELINEA para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.



TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, el recurso está fundamentado en motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. En concreto, la recurrente alega el incumplimiento del principio de tipicidad previsto en el artículo 129 de dicha ley en relación con el artículo 53.w de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como la infracción del artículo 18 de la Constitución Española, que asegura el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, el incumplimiento del principio contradictorio consagrado en el artículo 62.1 de la LRJPAC y la violación del artículo 131 de esa misma norma, que se refiere al principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

En atención a lo anterior, se admitió a trámite por acto del Secretario de fecha 6 de julio de 2012.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116.1 de la LRJPAC.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el hecho sancionado y la alegada vulneración del principio de tipicidad.

La resolución recurrida, en aplicación de lo previsto en los artículos 16 de la Ley General de Telecomunicaciones y 38 y 59 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Numeración), declara responsable directa a AUDIOTEX TELELINEA de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley General de Telecomunicaciones por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 al prestar servicios distintos al autorizado de consulta telefónica sobre números de abonados.



Este incumplimiento no es otro que el declarado probado durante la tramitación del procedimiento RO 2011/1662 consistente en facilitar la conexión directa a servicios de predicción de futuro, astrología, entre otros, a través del número 11854 sin que medie información previa sobre números de abonado. Extremo que no es discutido por la recurrente en su recurso de reposición salvo en el referente a la disquisición dialéctica sobre si procede considerar como infracción *“la progresión de llamadas tanto a números de teléfono donde se prestan servicios de predicción de futuro como a números con rangos de numeración atribuidos a servicios de tarificación adicional”* y *“la prestación de facilidades facultadas por el título undécimo de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo”* (véase páginas 2 y 3 del recurso de reposición de fecha 27 de junio de 2012).

El régimen jurídico aplicable al uso de los recursos públicos de numeración se encuentra recogido, con carácter general, en la Ley General de Telecomunicaciones (entre otros, los artículos 16.6, 17.1, 48.4 b) y en el Título IV del Reglamento de Numeración.

Por un lado, la Ley General de Telecomunicaciones establece la obligatoriedad para todos los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público de cursar las llamadas en los términos en que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo (artículo 16.6), mientras que el artículo 17 señala:

“1. Los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo designarán los servicios para los que puedan utilizarse los números¹.” y, en su caso, direcciones y nombres correspondientes, incluido cualquier requisito relacionado con la prestación de tales servicios.”
(.....)

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 34 del Reglamento de Numeración en lo relativo a las condiciones de prestación de los servicios:

“Los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación, y sus disposiciones de desarrollo designarán y, en su caso, definirán los servicios para los que puedan utilizarse dichos recursos públicos, y podrán incluir cualquier requisito relacionado con la prestación de tales servicios. Estos requisitos serán proporcionados y justificados objetivamente.”

A dichos efectos, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe de la entidad encargada de la gestión y el control de los recursos públicos correspondientes, elaborará un cuadro inicial en el que se especifiquen los requisitos relacionados con la prestación de cada servicio en función de los recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación utilizados. Las resoluciones de desarrollo de los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación podrán modificar el contenido de dicho cuadro.”

Por otra parte, según el Listado de atribuciones y adjudicaciones vigentes del referido Plan Nacional de Numeración Telefónica que figura como Anexo del Real Decreto 2296/2004 que aprobó el citado Reglamento de Numeración, los números 118AB corresponden a *“servicios de información sobre números de abonado”*.

¹ Todos los subrayados que aparecen en la presente Resolución son añadidos propios.



La recurrente alega que la Resolución impugnada no concreta el precepto legal infringido que prohíbe la conducta probada durante la fase de instrucción. Esto a pesar de que según se puede comprobar, la referida Resolución tipifica inequívocamente los hechos (Fundamento de Derecho Segundo, páginas 14 a 19) y hace especial referencia al Plan Nacional de Numeración Telefónica antes citado (en adelante, PNNT) y a la Orden Ministerial, CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (en adelante, Orden CTE/711/2002).

El apartado cuarto de la Orden CTE/711/2002 define las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y describe el servicio en los siguientes términos:

“La transmisión y conducción de llamadas desde los accesos a las redes públicas telefónicas hasta los correspondientes centros de atención de llamadas, así como el suministro, a los usuarios del servicio telefónico disponible al público, de información vocal y, opcionalmente de datos, relativa a los números de abonado de este servicio».

Dos son, pues, las actividades que comprende este servicio: (i) la conducción de llamadas hasta los “centros de atención de las llamadas” que no son otros que los del prestador del servicio de directorio, no el número de abonado, y (ii) el suministro de información sobre los números de abonado.

Ciertamente, y tal y como señala la recurrente en su recurso, a las actividades antes descritas el artículo Undécimo de la Orden CTE/711/2002 permite la incorporación de servicios de valor añadido, como la terminación de llamadas entre el extremo llamante y el llamado, tratándose éste último del abonado cuyo número se requiere. Ahora bien, si no se facilita esta información y se ofrece la posibilidad de conectar directamente con los servicios demandados por el llamante (con independencia del tipo de servicio de que se trate y de si la titularidad de los servicios conectados corresponde o no a la asignataria del número 118AB) se estarían incumpliendo las condiciones de asignación, tal y como se ha podido constatar en la gestión del número 11854, y por tanto incurriéndose en un hecho tipificable como infracción muy grave sancionable según lo dispuesto en el referenciado artículo 53.w) de la Ley General de Telecomunicaciones.

En el caso del que trae causa la Resolución recurrida se da la circunstancia adicional de que la conexión directa sin mediar previamente información sobre el número consultado se realizaba a servicios de tarificación adicional que tienen una numeración específica reservada, y distinta a la del rango 118AB que está destinado a servicios de directorio vocal.

Esta Comisión no puede compartir la percepción de AUDIOTEX TELELINEA en el sentido de que la condición de servicio telefónico de tarificación adicional depende exclusivamente del código numérico desde el que se preste el servicio, en concreto los códigos 80x, y no del contenido del servicio prestado. De atenderse esta alegación carecería de sentido el Plan Nacional de Numeración Telefónica ya que cada operador podría prestar los servicios de directorio vocal, o servicios profesionales de tarificación adicional (como adivinación, tarot o semejante) desde el rango numérico de su elección evitando cualquier sujeción a las normas específicas de protección de usuarios como el artículo 113 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de



abril, y el artículo 24 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, la referencia a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que regula en su capítulo II las ventas a distancia, invocada por la recurrente en la página 4 de su recurso refuerza lo planteado por esta Comisión en la resolución impugnada en el sentido de que el sometimiento a una regulación específica se realiza *“en función de la naturaleza del producto”* y no del canal utilizado para su comercialización. Por lo tanto, carece de toda validez el planteamiento de AUDIOTEX TELELINEA en el sentido de que los servicios profesionales de predicción de futuro, tarot o semejantes a los que se progresaban directamente las llamadas desde el número 11854 puedan tener encaje legal en el apartado cuarto de la Orden CTE 711/2002 (por no estar prohibidos) toda vez que los mismos no pueden ser considerados servicios de directorio local.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, en el procedimiento RO 2012/1662 ha quedado acreditado que a través del número 11854 se permitía la conexión directa (sin mediar información sobre números de abonado) a servicios considerados por el PNNT como de tarificación adicional y que tienen atribuidos el código numérico 806ABMCDU. Si bien es cierto que ninguna norma impide que servicios de predicción meteorológica, tráfico, horóscopos, consultas psicológicas, etc., puedan ser prestados desde numeración móvil o geográfica, y en todo caso distinta de los códigos telefónicos 806, lo que sí establece inequívocamente la normativa aplicable es que desde los números de rango 118AB, que además de escasos, están reservados para servicios específicos, se debe proveer necesariamente la información vocal o de datos sobre los números de abonado solicitados por el llamante. La posibilidad de progresión de la llamada no deja de ser un servicio de valor añadido y nunca el objetivo principal del rango numérico 118AB.

En virtud de lo anterior, carece de toda lógica pretender que sea considerado como un *“servicio de valor añadido”* la progresión de llamadas a servicios profesionales desde el número 11854 sin que previamente se preste el servicio principal, consistente exclusivamente en directorio vocal.

Finalmente, el proyecto ministerial de modificación de la Orden CTE/711/2002 sometido a consulta pública al que se refiere la recurrente (que no deja de ser un proyecto y por lo tanto cualquier razonamiento basado en el mismo es una mera especulación) parece proponer una prohibición expresa de progresión o terminación de llamadas a números de tarificación adicional. De ello deduce AUDIOTEX TELELINEA que, como hasta el momento no estaba expresamente prohibida, se trataba de una práctica permitida.

En todo caso, la interpretación que de las intenciones del Ministerio hace la recurrente no puede compartirse, pues lo cierto es podría alegarse que no pretende prohibir una práctica permitida hasta entonces, sino aclarar expresamente que conductas como la sancionada no están amparadas por las condiciones de utilización del rango de numeración que regula.

El argumento podría analizarse con más profundidad si la conducta sancionada fuese progresar llamadas a números en los que se prestan servicios de tarificación adicional. Pero ese no es el caso, pues, como ya se ha expuesto, la conducta típica consiste en incumplir las condiciones de adjudicación y asignación del número 11854, que exigen la provisión del número solicitado por el llamante e impiden la conexión directa con otros números.



SEGUNDO.- Sobre la aducida nulidad de las inspecciones por vulneración de preceptos constitucionales.

En la página 20 de su recurso la entidad impugnante señala que:

“Se ha producido la vulneración del secreto de las comunicaciones al grabarse sin el consentimiento del afectado, y perjudicado a través del conocimiento de unos hechos cuya prueba se obtiene ilícitamente, y sin la autorización judicial correspondiente. Los llamados inspectores, mediante la mentira o el engaño, sin desvelar que lo eran, sin emplazar a mi mandante para la práctica de la prueba y sin autorización judicial, se han dirigido a mi mandante planteándole problemas laborales, económicos y afectivos y pidiendo asistencia astrológica para, con base en la información obtenida e ilícitamente grabada, cancelar el uso del número y sancionarla. La prueba de cargo es nula de pleno derecho y ello vicia la irregular actuación administrativa seguida.”

Lo anterior es una reiteración exacta de las alegaciones planteadas y rechazadas en fase de instrucción² y de los argumentos esgrimidos en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que puso fin al periodo de información previa en relación a posibles usos indebidos de numeración y acordó la apertura de un expediente de cancelación de la asignación del número 11854 y de un procedimiento sancionador contra AUDIOTEX TELELINEA³. En ambos casos esta Comisión respondió de forma pormenorizada a cada uno de los argumentos y motivó extensamente su decisión rechazando la solicitud de declarar nulas las actividades inspectoras por supuesta violación del artículo 18 de la Constitución Española, en lo referente al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal, por lo que bastaría la remisión a lo allí expuesto.

En todo caso, cabe recordar que la inspección telefónica de servicios de consulta sobre números de abonado es una actuación amparada en las competencias atribuidas a esta Comisión por el artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones. La actividad telefónica inspectora realizada al número 11854 se limitó a la estricta comprobación del servicio ofrecido a través de la numeración asignada no siendo necesaria autorización judicial previa para este tipo de actuaciones. Así lo confirman la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2010 (RC 1783/200) y la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2008.

Por consiguiente, se debe rechazar, una vez más, la supuesta vulneración al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución en el marco de las inspecciones telefónicas realizadas al número 11854, ya que ninguna norma impone la obligación de avisar a quien está siendo intervenido en sus conversaciones sobre las actividades inspectoras que se le practican en el marco de un proceso de investigación. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal de fecha 20 de mayo de 1997 (RC 1204/1996).

Al hilo de lo anterior, y en respuesta a la referencia que del artículo 81 de la LRJPAC hace la recurrente en lo concerniente a la alegada necesidad de que la Administración comunique anticipadamente a los interesados la práctica de la prueba, cabe señalar que no es de

² Ver Fundamento Jurídico Sexto. Páginas 24 a 29 de la Resolución RO 2011/1662, de fecha 7 de junio de 2012.

³ Ver Fundamento Jurídico Segundo. Página 7 de la Resolución AJ 2011/1912, de fecha 27 de octubre de 2011.



aplicación a actuaciones en que no se requiere un acto específico de realización por parte del inspeccionado, como ocurre en la prueba, incorporada en el procedimiento de referencia por medio de las actas de las inspecciones realizadas al número 11854 y donde se plasma el contenido de las grabaciones de las llamadas telefónicas. Por consiguiente, siempre que el inspeccionado haya podido tener acceso al ramo de prueba documental, y como en el caso de AUDIOTEX TELELINEA presentar las alegaciones pertinentes, no cabe admitir que se le haya podido producir algún tipo de indefensión o que la práctica de la prueba o los medios empleados estén viciados de nulidad.

De igual manera, resulta importante señalar que lo que el artículo 18.3 de la Constitución protege es la injerencia de terceros en las comunicaciones ajenas, de manera que no se vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando la conversación es grabada por uno de los intervinientes, como es el caso, y al contrario que en los supuestos de las citas jurisprudenciales contenidas en el recurso. El Tribunal Constitucional así lo ha confirmado en su sentencia 114/1984, de fecha 29 de noviembre de 1984, en la que se señala que:

“Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.”

En lo concerniente a la alegación de que los inspectores de esta Comisión utilizaron la mentira y el engaño en su actividad inspectora, conviene señalar que como inspectores de una administración pública los mismos actúan bajo presunción de objetividad, facultad ésta reconocida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 25 de mayo de 1990 y de 19 de enero de 1996. Además, debe diferenciarse la provocación para la comisión de una infracción de su descubrimiento. En definitiva, debe rechazarse que los inspectores actuaran de forma improcedente ya que simplemente se limitaron a constatar el contenido de los servicios disponibles a través del número 11854 sin forzar, incitar o motivar actuación alguna por parte de las personas que atendieron las llamadas.

A juicio de esta Comisión tampoco procede admitir la alegación de que la actividad inspectora sobre el número 11854 (realizada sobre el citado número y no sobre las personas físicas que atendieron las llamadas) se encuentra viciada de nulidad por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal establecida en el artículo 18.1 CE toda vez que las sociedades mercantiles no tienen reconocido el derecho constitucional a la intimidad por su propia naturaleza, pues el bien consagrado es la vida privada de las personas individuales. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional, en su Auto 257/1985, de fecha 17 de abril.

TERCERO.- Sobre la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad.

El tercero de los motivos impugnatorios contenido en el recurso de AUDIOTEX TELELINEA, también tratado de forma pormenorizada en la resolución recurrida, se refiere a la cuantificación de la sanción económica de 20.000 Euros, considerada desproporcionada por parte de la impugnante a la vista de la imposibilidad de determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción y la incorrecta aplicación de los criterios de graduación, en concreto la falta de intencionalidad y reiteración, inexistencia de reincidencia, inapreciable beneficio obtenido y ausencia de daño o perjuicio a usuarios o a terceros.



Con carácter general, el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio constitucional informador de aquellas actividades de los poderes públicos que restrinjan o afecten de algún modo los derechos individuales de los ciudadanos, modula la actuación de la Administración al imponerle una frontera o límite en su actividad represiva, actividad que únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos que persigue.

El artículo 56.1. de la Ley General de Telecomunicaciones prevé sanciones para las infracciones muy graves recogidas en el artículo 53.w) cuyo importe superior será una de las siguientes magnitudes:

- a) El quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consista la infracción:
- b) Cuando no pueda aplicarse el criterio consistente en calcular el beneficio bruto obtenido por el infractor, dos millones de euros.

Mientras, en el artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones se establecen criterios de cuantificación de las sanciones que, junto a los recogidos en el artículo 131 de la LRJPAC, permiten su modulación en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. Ello supone que a la administración sancionadora le incumbe el deber de llevar a cabo una verdadera tarea individualizadora de la respuesta punitiva en función de la antijuridicidad del hecho, de las circunstancias del autor de la infracción y del daño causado. Dicha tarea ya fue llevada a cabo en los Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto de la resolución recurrida⁴, en los que se analizaron las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora y se motivó la sanción económica impuesta en atención al artículo 56.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones.

A pesar de lo anterior, la recurrente alega que la sanción de 20.000 Euros es desproporcionada y que para su cálculo esta Comisión realizó una estimación subjetiva sin datos fehacientes relativos al beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción. No obstante, AUDIOTEX TELELINEA, que es quien conoce los ingresos que ha obtenido por llamadas al número 11854, ni en fase de instrucción ni en el marco del actual procedimiento, ha presentado información alguna que desvirtúe los datos considerados por esta Comisión para la determinación del importe económico de la sanción. Por lo tanto, la alegación de desproporcionalidad del importe de la sanción debe ser rechazada, ya que, en definitiva, se cuestiona la objetividad y proporcionalidad del importe de la sanción sin aportar ninguna prueba documental que desvirtúe los datos considerados por esta Comisión para su determinación, incluso cuando los beneficios que la conducta típica han podido reportar a la entidad recurrente puedan ser conocidos por ésta según lo que se desprende de la página 22 de su recurso de reposición donde se manifiesta lo siguiente:

“En efecto, se está haciendo uso de datos que mi representada facilitó a esa Comisión relativos a los ingresos obtenidos como consecuencia de los servicios prestados a través del número corto 11854.

Los referidos datos, así como de los obtenidos en la Tasa General de Operadores satisfecha por mi representada, no reflejan ni de lejos, los ingresos obtenidos del presunto hecho infractor.”

⁴ Véanse páginas 19 a 24, 29 y 30 de la Resolución RO 2011/1662, de 7 de junio de 2012.



Cabe señalar que para la determinación del importe económico de la sanción impuesta a AUDIOTEX TELELINEA, la resolución impugnada tomó en cuenta, entre otros elementos, la cifra de 412.048,63 Euros declarada por como ingreso bruto de explotación en el marco de la Tasa General de Operadores para el ejercicio 2010, así como los criterios propios del principio de disuasión que representa uno de los objetivos que persigue toda sanción administrativa, de modo que la comisión de una infracción no resulte más ventajosa que el cumplimiento de la norma infringida. Además, se valoraron de manera pormenorizada los diferentes criterios de graduación concurrentes, por lo que la sanción fijada se estima proporcionada al caso concreto, considerando, por un lado, que el límite máximo previsto por el artículo 56.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones para las sanciones muy graves es de 20 millones de Euros (esto es, 100 veces la sanción impuesta) y, por otro, que se aplicó la circunstancia atenuante de escasa repercusión social de la infracción, sin que se hayan presentado alegaciones nuevas en relación a los criterios de graduación de la sanción que ameriten un pronunciamiento distinto al de la resolución recurrida.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

UNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Servicios de Información de Audiotex Telélinea, S.L. contra la Resolución de fecha 7 de junio de 2012, sobre el expediente sancionador RO 2011/1662 incoado contra dicho operador por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, que se confirma en todos sus extremos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almedros.