



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 30/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de septiembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Elette Servicios Televisión, S.L. contra la resolución de fecha 28 de junio de 2012, relativa al expediente sancionador de referencia RO 2011/1802 incoado contra dicho operador por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11863 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (AJ 2012/1656).**

## I ANTECEDENTES

### PRIMERO.- Resolución recurrida.

La resolución recurrida, de fecha 28 de junio de 2012 y notificada el día 13 de julio de 2012, declaraba a Elette Servicios Televisión, S.L. (Elette, en adelante) responsable de una infracción muy grave, en concreto el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11863, y la imposición de una sanción consistente en una multa de 3.000 euros.

### SEGUNDO.- Recurso de reposición de Elette.

Con fecha 31 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Elette por el que presentaba un recurso de reposición contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba en el que se solicita el archivo del procedimiento sancionador y que se deje sin efecto la sanción.

Los motivos en los que se fundamenta el recurso son esencialmente los mismos expuestos en sus alegaciones durante la instrucción del expediente:



## 1. Vulneración del principio de tipicidad.

La recurrente alega que los hechos contenidos en el acto recurrido no son constitutivos de la infracción sancionada.

Así, en primer lugar, señala que no se ha producido un incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11863 porque no prestó los servicios de tarot, tal y como se le reprocha, sino que se limitó a progresar la llamada a números que sí prestaban ese servicio y de los que no era asignatario. A su juicio, a través del número 11863 se estaba prestando el servicio de directorio vocal, además de ofrecerse otras facilidades, como la progresión de llamadas a los números facilitados.

En cuanto a la supuesta prestación del servicio a través de otro número, acreditada en las actas de inspección, se debería a errores de los teleoperadores de la empresa que gestiona el centro de llamadas y que también tendría como cliente a la asignataria de ese otro número. Dichos fallos estarían causados, a su vez, por un error al canalizar las llamadas. A tal efecto, se acompaña al recurso una declaración firmada por el Jefe de Operaciones de la citada empresa.

Elette también alega que la progresión de llamadas, expresamente permitida por la normativa, puede hacerse indistintamente a números geográficos como a otros pertenecientes a rangos atribuidos a servicios de tarificación adicional. En todo caso, a su juicio, no se estaría prestando un servicio de tarificación adicional porque éstos se han de prestar a través de números del rango 80X, con independencia del servicio prestado.

La recurrente también rechaza que el número 11863 estuviera siendo publicitado para la prestación de servicios de adivinación del futuro porque dicha publicidad solo se limitaba a señalar que a través de ese número se ofrecía al usuario llamante la posibilidad de acceder a una guía comercial de prestadores de ese servicio a través del encaminamiento de la llamada. De esta manera, para Elette, se le está sancionando en razón de la naturaleza del servicio prestado mediante la progresión de la llamada, pues otros operadores ofrecerían servicios de directorio especializados con progresión de llamada y esta Comisión estaría permitiendo esa práctica.

El siguiente de los argumentos impugnatorios se refiere a la falta de acreditación de que los prestadores de los servicios de predicción del futuro a los que se encamina las llamadas tienen relación jurídica alguna con la recurrente, que se limitaría a informar a los usuarios llamantes sobre números que prestan diversos servicios profesionales.

Asimismo, para Elette, 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. De esta manera, pueden prestarse servicios profesionales con números móviles o geográficos, sin que ello les convierta en números de tarificación adicional pese a que se cobre por hacerlo por otros medios diferentes a la inclusión del precio de la llamada en la factura del servicio telefónico.



En todo caso, la conducta sancionada no estaría expresamente tipificada, sino que esta Comisión la habría deducido o interpretado. Así, la referencia al incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración sería un tipo en blanco que exige concretar el incumplimiento y la inclusión de la conducta infractora, lo que supondría:

- a) La prohibición (inexistente) de dar acceso a través de los números del rango 118AB a servicios profesionales.
- b) La previsión expresa de que ofrecer y publicitar servicios de directorio vocal especializados no es una facilidad adicional permitida.
- c) La obligación de que todos los servicios profesionales deben prestarse siempre a través de números atribuidos a rangos de tarificación adicional.

La falta de tipicidad se acreditaría, asimismo, con los cambios propuestos por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en su borrador de modificación de la Orden CTE/711/2002 sometido a consulta pública en el momento de presentarse el recurso. En concreto, se pretende modificar su artículo 11 de manera que se prohíba expresamente el servicio de terminación de llamadas a números que hayan sido atribuidos a la prestación de servicios de tarificación adicional. De ello se deduciría que, en la actualidad, esa práctica está permitida.

## **2. Vicios en la práctica de la prueba. Vulneración del secreto de las comunicaciones.**

El segundo de los motivos en los que se basa el recurso es la nulidad de la prueba practicada y, en concreto, de las inspecciones realizadas. A juicio de Elette, la falta de identificación de los inspectores como tales, la ausencia de firma de las actas de inspección por su parte, la falta de autorización u orden judicial para la grabación de las llamadas, la inconcreción del acta o los engaños de los inspectores serían vicios que invalidarían esa prueba.

## **3. Desproporcionalidad de la sanción**

A juicio de la recurrente, la sanción impuesta es desproporcionada porque no ha tenido en cuenta el beneficio obtenido por la infracción, sino que se parte de los ingresos totales del operador. Además, no se habrían tenido en cuenta otros criterios que hubieran atenuado el importe de la sanción, tales como la falta de intencionalidad y reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la ausencia de reincidencia y la ausencia de beneficio por la conducta o de daños causados a terceros.

# **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

## **PRIMERO.- Calificación del escrito de Elette.**

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones (entre otros actos) 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 que deberán cumplir las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

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. En su artículo 117 especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, se califica el escrito de Elette como un recurso de reposición contra la Resolución de fecha 28 de junio de 2012, relativa al expediente sancionador de referencia RO 2011/1802 incoado contra dicho operador por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11863 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

## **SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC exige a los recurrentes la condición de interesados para estar legitimados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derecho o intereses legítimos individuales o colectivos.

La entidad recurrente tiene la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento de referencia número RO 2011/1802, en el que se dictó la resolución recurrida, al ser el operador al que se le imputaba la conducta finalmente sancionada.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a Elette 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 la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 117 de la LRJPAC.

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 LGTel, 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 2 de agosto de 2012.

#### **CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de Elette objeto de la presente resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. 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, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **PRIMERO.- Sobre el hecho sancionado.**

La resolución recurrida declara responsable a Elette Sevicios Televisión, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la LGTel en relación con el artículo 16 de la LGTel y los artículos 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, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes para la adjudicación y asignación del número corto 11863 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados,

Elette no discute tanto la realidad de la conducta descrita en la resolución recurrida sino el hecho de que tal conducta suponga una infracción de esas condiciones.

El Plan Nacional de Numeración aprobado por el citado Real Decreto 2296/2004, atribuye los números del rango 118AB a la prestación de servicio de información sobre números de abonado. Las condiciones de prestación del citado servicio están fijadas en el Orden Ministerial, CTE 711/2002, de 16 de marzo, que lo describe en su apartado cuatro de la siguiente manera:

#### ***Cuarto. Descripción del servicio.***

*1. El servicio de consulta telefónica sobre números de abonado consiste en 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.*



De esta definición se deduce que el servicio de directorio vocal supone, en todo caso, el suministro al usuario llamante del número de un abonado ya conocido al servicio telefónico.

Además, la reserva del rango atribuido a este tipo de servicios tiene un carácter excluyente, pues los números del rango 118AB sólo pueden ser usados para prestar servicios de directorio vocal, de manera que si se prestan éstos, *además* de otros, se están incumpliendo las condiciones de su asignación.

Es cierto que el apartado undécimo de la misma Orden permite la incorporación de facilidades que aporten a la consulta de números de abonado un mayor valor añadido, como la terminación de llamadas, entendida ésta como la conexión telefónica entre los extremos llamante y llamado. Sin embargo, ello no impide que el principal objeto del servicio (la consulta sobre el número de abonado) deba cumplirse, de manera que la terminación de llamada sea un complemento de la consulta, nunca la finalidad del servicio. Ello implica que el prestador del servicio de directorio, antes de realizar cualquier otra acción, como una conexión directa con un tercero, deberá proporcionar el número consultado.

Por lo tanto, lo primero que debe señalarse es que, al contrario de lo manifestado por la recurrente, no se le está sancionando por progresar llamadas a números empleados para la prestación de servicios profesionales (sean de adivinación u otros, en este sentido es indiferente su contenido), sino por prestar directamente el servicio a través de una numeración reservada para otros fines, que son exclusivamente ofrecer servicios de directorio vocal.

La práctica acreditada es contraria a las condiciones de utilización de los números del rango 118AB porque el servicio prestado por Elette no consistía en facilitar un número de abonado y, de quererlo así el llamante, la progresión al número facilitado, sino en la prestación directa de servicios de astrología, adivinación del futuro, tarot o semejante.

En efecto, a lo largo de la instrucción del procedimiento ha quedado demostrado que la recurrente prestaba directamente, a través del número 11863, servicios de adivinación. En concreto, al usuario llamante se le ofrecía la posibilidad de ser transferido a un operador que presta ese tipo de servicios sin que se le facilite antes el número buscado. En otras ocasiones se le permitía solicitar directamente la conexión, incluso tras facilitar un código.

Aunque la naturaleza de los servicios (astrología, adivinación o tarot) no es determinante para constatar el incumplimiento, se da la circunstancia de que se trata de servicios profesionales que deben ser necesariamente prestados a través de números telefónicos de un determinado rango, al menos cuando su cargo figure en la misma factura que el servicio telefónico.

Pero la obligación de prestar determinados servicios profesionales a través de ciertos números no tiene la única justificación de incluir su facturación en la del servicio telefónico. Al contrario, de esta manera se permite que los usuarios puedan ejercer su derecho a la desconexión de determinados servicios previsto en los artículos 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 24 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.



En definitiva, a Elette se le está sancionando por prestar servicios diferentes de los de directorio vocal con independencia de cuáles sean estos (debe insistirse en ello). Ello no impide que, a juicio de esta Comisión, la prestación de servicios profesionales reservados a números de tarificación adicional a través de números del rango 118AB constituye una actuación especialmente fraudulenta, por cuanto que impide el ejercicio de los derechos de los usuarios y la aplicación de las condiciones previstas en la normativa específica, en especial el Código de Conducta de los Servicios de Tarificación Adicional. Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma impide la prestación de servicios profesionales a través de números geográficos o móviles, pero ello no supone "*per se*" que se pueda utilizar cualquier número para prestar cualquier tipo de servicio.

La utilización de números 118AB para prestar de forma directa servicios que deberían emplear numeración de los rangos reservados a números de tarificación adicional bajo el amparo de realizar meras compleciones o progresiones de llamada, cuando no se realiza con exquisita transparencia de cara al usuario llamante, es una práctica que supone un fraude de ley, pues pretende evitar las garantías propias de esos números con la utilización de otros que, además de escasos, están reservados para servicios específicos. De esta manera, con la observancia formal de la norma, se pretende obtener un resultado contrario al pretendido por la regulación de la numeración desarrollada por el Ministerio competente en la materia.

En este sentido, el proyecto de Orden Ministerial para modificar la Orden CTE/711/2002 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 la prohibición de progresar llamadas desde números 118AB hasta números de tarificación adicional. De ello deduce Elette que, en aplicación del principio kantiano de vinculación negativa, como hasta el momento no está expresamente prohibida, se trataba de una práctica permitida cuando la realizaba.

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 predicción del futuro. Pero ese no es el caso, pues, como ya se ha expuesto, la conducta típica consiste en incumplir las condiciones de asignación del número 11863, que exigen la provisión del número solicitado por el llamante e impiden la conexión directa con otros números.

La conclusión de que se estaba produciendo un uso inadecuado del número 11863 se refuerza por la forma en que se promocionaba. Elette argumenta que, en realidad, lo que publicitaba era un servicio de directorio especializado en información astrológica y que nada le impide hacerlo. Sin embargo, esta alegación no pasa de ser meramente dialéctica, pues a juicio de esta Comisión, la publicidad que Elette hacía de él, refiriéndose como "Información astrológica 11863" es, por lo menos, lo suficientemente ambigua como para hacer creer a un consumidor medio no informado que a través de ese número puede acceder a servicios de astrología. A ello se suma que el nombre de dominio de la página web donde se publicitaba se refería a servicios de tarot. De esta manera se acredita también que la voluntad de la recurrente era hacer un uso del número 11863 impropio a su fin legítimo. En caso contrario



se hubiera preocupado de que en su publicidad se hiciera alguna mención a que a través de ese número se presta el servicio de directorio en su integridad, o al menos a que se trata de un servicio de directorio, no de acceso directo. En lugar de eso, se pretende asociar al número exclusivamente a servicios de astrología.

Los hechos acreditados también ponen de manifiesto otras irregularidades en la prestación del servicio, como el desvío interno a otro número atendido, al parecer, por el mismo centro de atención de llamadas y que había sido asignado a una empresa vinculada que, por cierto, también ha sido sancionada por el incumplimiento de las condiciones de su asignación.

A este respecto, y en respuesta a la alegación del recurrente de que se trató de un error involuntario debido a la empresa que gestiona su centro de atención de llamadas, cabe señalar que los errores técnicos o informáticos no son suficientes para diluir la responsabilidad administrativa, pues la LRJPAC, en su artículo 130, recoge la simple inobservancia entre los títulos de imputación de la responsabilidad administrativa. Tal y como recuerda la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencias como la de fecha 10 de mayo de 2007, el principio de culpabilidad previsto en el art. 130.1 de la LRJPAC dispone que solo podrán sancionarse por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983 ) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990) destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (art. 25.1 CE ), o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa. En este sentido el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible.

En el caso de los operadores de telecomunicaciones, el régimen de autorización general supone la presunción de conocimiento de las condiciones para operar en los mercados, así como de la utilización de los recursos escasos, como la numeración o el espectro radioeléctrico. Este deber de diligencia reforzada, que excede la diligencia media exigible a un administrado precisamente por esa vinculación especial, impide aceptar supuestos errores involuntarios como los alegados por Elette, pues no sólo es responsable el operador que conscientemente incumple las condiciones de asignación de un número, sino también aquel que permite, por una falta de control sobre sus proveedores, ese mismo incumplimiento.

Asimismo, la intencionalidad se relaciona con un plus de responsabilidad, entendido como la determinación de la voluntad en orden a la consecución de un fin. En este sentido, la resolución recurrida no aprecia intencionalidad en la conducta de la recurrente y sí la mera negligencia que consiste en la falta de medidas para cumplir las condiciones de la asignación del número. El hecho de subcontratar la efectiva prestación del servicio a otra empresa no excluye la responsabilidad de la recurrente, pues la ejecución del mismo permanece dentro de su ámbito interno de control y es la asignataria la que debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar su correcta prestación.



En todo caso, la aportación de la declaración escrita de la empresa responsable del centro de llamadas de la recurrente es totalmente extemporánea porque pudo ser aportado durante la instrucción del expediente. Precisamente, el párrafo 2 del artículo 112 de la LRJAP y PAC prevé que *“no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo hubiera hecho”*. De esta manera se establece un momento preclusivo que impide valorar, en vía de recurso, hechos documentos o alegaciones que debieron oponerse en el momento del procedimiento previsto al efecto.

Finalmente, y sin perjuicio de la acreditación de que la recurrente prestaba servicios de adivinación del futuro, astrología o tarot mediante selección directa, Elette no ha acreditado que realizase una verdadera progresión de la llamada a los números facilitados a los usuarios llamantes con solución de continuidad entre la llamada de la consulta y la prestación del servicio profesional. La prueba aportada a lo largo del procedimiento acredita que no se produce la conexión telefónica entre el usuario llamante y el llamado, en cuyo caso debería escucharse la locución obligatoria en la prestación de ese tipo de servicios. Elette alega, a este respecto, que esa cuestión es ajena a su servicio, pues depende del prestador del servicio de tarificación adicional, pero se da la circunstancia de que al llamar a esos mismos números se comprobó que sí que se escucha la locución. Elette podría haber probado, por ejemplo, que realiza la compleción de la llamada acreditando que no es su operador de acceso quien cobra la llamada en su totalidad, como así sucedía al llamar al número 11863. Si se realizase una verdadera progresión de la llamada, habría dos llamadas a facturar con sus propias tarifas: i) la de la llamada al número de información y ii) la de la llamada al número facilitado, en este caso, de tarificación adicional.

## **SEGUNDO.- Sobre la pretendida nulidad de las inspecciones.**

Al igual que el resto de motivos del recurso, los que se refieren a la nulidad de las actuaciones inspectoras incorporadas como prueba al procedimiento ya fueron planteados en repetidas ocasiones durante su instrucción y rechazados de forma expresa y motivada en la resolución recurrida<sup>1</sup>, por lo que bastaría la remisión a lo allí expuesto. En efecto, Elette, lejos de desacreditar las razones expuestas en la resolución recurrida, se limita a reproducir los mismos argumentos desestimados no solo en ésta, sino en la resolución que cancelaba el número 11863<sup>2</sup> y en la que desestimaba el recurso de reposición contra la anterior<sup>3</sup>.

La Ley General de Telecomunicaciones atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de funciones inspectores respecto de las actividades de los operadores sobre las que tenga competencia sancionadora. Pues bien, entre las conductas que puede sancionar se encuentra el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes nacionales de numeración. No cabe duda de que en virtud de esta atribución legal esta Comisión puede realizar inspecciones como las practicadas en el procedimiento de referencia sin necesidad de autorización judicial, tal y como se han pronunciado tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo con ocasión de recursos contra actuaciones inspectoras en las sentencias citadas en la resolución recurrida<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver su Fundamento Jurídico Sexto.

<sup>2</sup> Resolución de fecha 22 de julio de 2011, sobre la cancelación del número de consulta telefónica de abonados 11863 a la entidad Elette Servicios Televisión, S.L. (expediente DT 2011/319).

<sup>3</sup> Resolución de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la entidad Elette Servicios Televisión, S.L. contra la resolución de fecha 22 de julio de 2011, sobre la cancelación del número de consulta telefónica de abonados 11863 (expediente AJ 2011/1893).



En nuestro ordenamiento jurídico no existen normas que regulen con carácter general la forma en que deben realizarse las inspecciones por parte de las administraciones públicas. Tampoco la normativa sectorial contiene reglas específicas diferentes de las contenidas en el artículo 50 de la LGTel.

Así las cosas, de entrada, deben rechazarse las alegaciones de Elette que se refieren a la necesidad de que el inspeccionado sea avisado de la realización de las actuaciones inspectoras o esté presente durante su desarrollo, pues ninguna norma lo exige. Pero, además, hay varios argumentos que permiten deducir la inidoneidad de tales garantías. El principal de ellos se refiere a la efectividad de la inspección, pues no debe olvidarse que su buen fin podría frustrarse si el inspeccionado es conocedor de cuándo se va a practicar la inspección, de manera que pueda modificar su conducta mientras se realiza. Asimismo, no debe pasarse por alto que los inspectores de esta Comisión actúan bajo presunción de objetividad (la presunción de objetividad de los inspectores de las administraciones públicas ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, por ejemplo: STS de 25 de mayo de 1990 y STS de 19 de enero de 1996).

En lo que se refiere al respeto del principio de contradicción, es evidente que la participación en la inspección no es necesaria cuando, como es el caso, se ha dado traslado del acta a los inspeccionados, que han podido alegar y proponer pruebas que desacrediten su contenido a lo largo de la instrucción del procedimiento. Así lo recuerda la resolución recurrida, con cita de la Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 2010.

La referencia al artículo 81 de la LRJAP y PAC, que se remite a la necesidad de comunicar a los interesados el inicio de la práctica de las pruebas admitidas durante la instrucción de un procedimiento administrativo, no es de aplicación a actuaciones inspectoras que pueden desarrollarse incluso con anterioridad a su inicio y en el que se incorporan como parte de la prueba. El citado artículo, en relación con el 80 de la misma ley, señala que el interesado tiene derecho a intervenir en la práctica de aquellas pruebas que requieran un acto específico de realización, lo que no ocurre con la prueba practicada en el procedimiento de referencia y que consistía en la incorporación de las actas de inspección. En todo caso, la falta de citación del interesado sólo invalida el trámite cuando se le provoca indefensión, lo que no sucede cuando éste ha podido hacer alegaciones a la vista de su resultado y proponer pruebas que desacrediten los hechos que documenta el acta de inspección, como es el supuesto analizado.

La resolución recurrida también rechaza, acudiendo a criterios jurisprudenciales propios del derecho sancionador, la nulidad de las actuaciones inspectoras por la supuesta provocación de la infracción por parte de los inspectores. En efecto, debe diferenciarse la provocación para la comisión de una infracción de su descubrimiento. Los inspectores en ningún momento se comportaron de forma diferente a como lo haría un usuario al número 11863 que deseara recibir información astrológica, ni guiaron la conversación hasta forzar una actuación irracional, inmotivada o fuera de los patrones propios de los operadores de la recurrente.

---

4 Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2008 y del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 2010.



En cuanto a la supuesta vulneración del derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones por la grabación de las llamadas sin autorización del teleoperador de la recurrente (o del servicio al que se progresó la llamada), debe partirse del hecho de que el derecho constitucional protegido es la injerencia de terceros en las comunicaciones, de manera que no se viola 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 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."*

Igual rechazo merece la supuesta infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, que recoge el derecho a la intimidad personal. Sin entrar a analizar el carácter íntimo de las conversaciones grabadas, las sociedades mercantiles no tienen reconocido el derecho constitucional a la intimidad por su propia naturaleza, pues éste se refiere a la vida privada de las personas individuales y no puede cobijar a entes cuya subjetividad deriva de actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye esa virtualidad. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Auto 257/1985, de fecha 17 de abril.

### **TERCERO.- Sobre la supuesta infracción del principio de proporcionalidad.**

El último de los motivos impugnatorios, también tratado de forma específica en la resolución recurrida, se refiere a la cuantificación de la sanción impuesta a la recurrente, que considera que la multa de 3.000 euros es desproporcionada a la vista de la inexistencia de beneficio por la comisión de la infracción y la incorrecta aplicación de los criterios de graduación, en especial su escasa repercusión social y la inexistencia de reiteración.

Con carácter general, el principio de proporcionalidad, como criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos que restrinja o lesione 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, que únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos que persigue.

En lo que respecta a la cuantificación de la sanción recurrida, lo primero que debe señalarse es que el artículo 56.1.b) de la LGTel prevé sanciones para las infracciones muy graves recogidas en su 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.



La LGTel contiene en su artículo 56.2 criterios de individualización de las sanciones que, junto con los contemplados 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, de manera que, para la imposición de sanciones, esta Comisión tomará en consideración el conjunto de factores objetivos y subjetivos concurrente que conduzcan a la compensación de la ilicitud mediante el *quantum* de la multa imponible cuando ésta sea graduable.

Tradicionalmente, en el derecho sancionador, la aplicación de circunstancias atenuantes por parte de las administraciones públicas supone la división de las sanciones en diferentes grados e imponer los inferiores al sujeto en el que concurren dichas circunstancias. Es evidente que una sanción que supone el 0,15% del máximo legal ha sido incluida dentro de sus grados inferiores, sin que la aplicación de nuevos criterios que atenúen la responsabilidad administrativa hubiera supuesto la necesaria reducción de una cuantía ya tan reducida respecto del tope legal máximo.

Por otro lado, el margen discrecional otorgado por la norma sancionadora no impide la exigencia de motivación, lo que incluye, en el caso de resoluciones sancionadoras, el análisis de los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales a la individualización de la sanción.

A este respecto, como ya se ha señalado, la sanción de 3.000 euros impuesta al recurrente es más de seiscientos cincuenta veces inferior a la máxima prevista en la norma sancionadora. Este hecho, que descarta su carácter desproporcionado, también pone de manifiesto que se han tenido en cuenta para individualizar la multa los criterios a los que se refiere la LRJAP y PAC en su artículo 131.3, y también los específicamente previstos en el artículo 56.2 de la LGTel. Así lo reconoce expresamente la resolución recurrida en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto, al apreciar la inexistencia de infracciones previas de igual naturaleza, la escasa repercusión social de la infracción cometida y que solo se ha podido acreditar que la infracción se cometió durante un plazo de tiempo breve.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### **RESUELVE:**

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Elette Servicios Televisión, S.L. contra la Resolución de fecha 28 de junio de 2012, relativa al expediente sancionador de referencia RO 2011/1802 incoado contra dicho operador por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11863 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.



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 por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la 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, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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, y sin perjuicio 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 Almendros.***