



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 44/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de diciembre 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 Audiotex Telelinea, S.L., contra la Resolución del Secretario de fecha 11 de octubre de 2012, sobre la cancelación del número 11854 de Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. (AJ 2012/2559).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 7 de julio de 2011.

Por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 7 de julio de 2011 (expediente RO 2010/1025) se acordó, entre otros extremos, la apertura de un procedimiento de cancelación de la asignación de la numeración 11854 a su titular Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. (en adelante, Audiotex Telelínea), con base en el artículo 62.1.c) 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 MAN) por un presunto incumplimiento de las condiciones de uso establecidas en la asignación de la numeración.

Dicha resolución puso fin a un periodo de información previa en relación con posibles usos indebidos de determinada numeración tras la denuncia presentada por France Telecom España, S.A., el día 17 de mayo de 2010.

SEGUNDO.- Resolución recurrida.

Tras la instrucción del correspondiente procedimiento, por resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 11 de octubre de 2012 se acordó cancelar la asignación del número 11854 a la recurrente.

En el fundamento de derecho tercero se analiza la utilización de ese número y se considera acreditado que a través de él se estaban prestado servicios diferentes de los de directo vocal y, en



concreto, servicios para los que el plan nacional de numeración telefónica reserva determinados rangos de numeración de tarificación adicional, lo que supone un incumplimiento de la normativa aplicable.

TERCERO.- Recurso de reposición de Audiotex Telelínea.

Contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba Audiotex Telelínea ha presentado un recurso de reposición en el que solicita que se declare nula y se le reasigne el número 11854. Los argumentos impugnatorios son los siguientes:

1. La infracción del principio de tipicidad. A juicio de la recurrente, la prestación de servicios de tarificación adicional a través de la numeración cuya asignación se cancela no es una infracción de norma alguna, sino que, por el contrario, la Orden CET/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, prevé que el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado pueda incorporar facilidades que aporten un mayor valor añadido al servicio. En todo caso, Audiotex Telelínea se habría limitado a facilitar los números a través de los cuales se prestan servicios de tarificación adicional, no a prestar esos servicios.
2. Vicios invalidantes durante la práctica de la prueba. En opinión de la recurrente, la grabación de las conversaciones sin autorización judicial ni de la recurrente violaría el derecho al secreto de las telecomunicaciones previsto en el artículo 18.3 de la Constitución Española. Además, no se habría notificado previamente su realización.
3. 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 el 6 de junio de 2012. En concreto, se pretende modificar su artículo 11 de manera que se prohíba expresamente en la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados la 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.

Finalmente, en su recurso Audiotex Telelínea solicita la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y



PAC), establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente 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 que deberá cumplir las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC dispone 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, 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, General de Telecomunicaciones, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Audiotex Telelínea como un recurso de reposición contra la Resolución del Secretario de fecha 11 de octubre de 2012, sobre la cancelación del número 11854 de Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L.

SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado 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 derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La recurrente ostenta la condición de interesada porque es la asignataria de la numeración cuya cancelación se acuerda en la resolución recurrida. Es por ello que se le reconoce legitimación activa para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se admitió a trámite por resolución del Secretario de fecha 28 de noviembre de 2012.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver los recursos de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de Audiotex Telelínea, el artículo 48.5 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la



Resolución de su Consejo de fecha 30 de marzo de 2012, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJAP y PAC, que regula las delegaciones de competencias entre órganos de la misma administración, decidió delegar en el Secretario la adopción de los *“actos que pongan fin a los procedimientos relativos a la asignación, subasignación, modificación y cancelación de la asignación de los recursos públicos de numeración. Esta delegación conllevará la terminación de los siguientes procedimientos relacionados con el Registro de Numeración. a) Inscripción de asignaciones y subasignaciones; b) Inscripción de modificaciones de datos inscritos y c) Inscripción de cancelaciones”* (Resuelve Segundo, punto 7, de la Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 238 de fecha 3 de octubre de 2011).

En uso de la citada delegación de competencias, el acto recurrido fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJAP y PAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, 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. 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 expresamente con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el incumplimiento de la normativa de aplicación que justifica la cancelación del número 11854.

En primer lugar, y al contrario de lo que se mantiene en el recurso, debe señalarse que la prestación directa de servicios profesionales a través de números del rango 118AB es un incumplimiento de la normativa aplicable que permite a esta Comisión cancelar la asignación de los recursos de numeración, tal y como prevé el apartado 1º de la letra c) del artículo 62.1 del Reglamento MAN.

En concreto, la normativa infringida es la Orden 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, que en su apartado cuarto describe ese servicio 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 al servicio telefónico identificado por éste. Este es el criterio que ha mantenido esta Comisión en anteriores resoluciones¹, en las que se señalaba que todas las llamadas a números del rango 118AB han de tener necesariamente el citado objeto, de manera que, en caso contrario, se incumplen las condiciones de su asignación.

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

Ello no impide, tal y como prevé la Orden CTE/711/2002, que los prestadores del servicio incorporen facilidades que aporten a la consulta de números de abonado un mayor valor añadido. Como señala la recurrente, su apartado 11 cita entre esas facilidades la progresión de la llamada hacia el número suministrado. Ahora bien, la progresión, entendida como la conexión telefónica entre los extremos llamante y llamado, se debe realizar con solución de continuidad entre la llamada de la consulta y la comunicación con el número suministrado, que actualmente también puede ser el número de un abonado que presta servicios de tarificación adicional, de manera que su mero reenvío interno no suponga un fraude de ley en detrimento a los derechos y garantías de los consumidores y usuarios. Así, la progresión de la llamada supone la diferente facturación de la consulta al servicio de directorio vocal y del servicio profesional al que se ha progresado la llamada, de manera que la llamada *progresada* respete las mismas garantías para el usuario llamante que si la hiciera directamente, lo que incluye las preceptivas locuciones y los límites a los que se sujetan estos servicios.

En todo caso, la posibilidad de progresar la llamada no debe impedir la exigencia del objeto del servicio, que no es otro que el suministro del número del abonado por el que se pregunta, de manera que la terminación de la llamada en el número facilitado 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 del abonado ya conocido.

La prueba practicada durante la instrucción del expediente acredita, sin que la recurrente lo haya desvirtuado y ni siquiera negado, que a través del número 11854, y tras facilitar un código o referencia, era posible contactar de forma directa con servicios profesionales o de multiconferencia. De hecho, el servicio de directorio vocal se anunciaba como una posibilidad, pues el menú de la locución inicial permitía la remisión directa hacia otros números (acta de

¹ Resolución de fecha 7 de septiembre de 2012, 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).



inspección de fecha 25 de junio de 2010). Con posterioridad, queda acreditado que se ofrecía la conexión directa a servicios de contactos, de adivinación y otros, sin el suministro previo del número del abonado (actas de inspección de fecha 23 de marzo de 2011 y 27 de octubre de 2011).

Por lo tanto, el incumplimiento acreditado que justifica la cancelación de la asignación consiste en la conexión directa a otros números de abonado a través de una numeración reservada para otros fines, que son exclusivamente ofrecer servicios de directorio vocal. Es decir, la cancelación de la numeración no se produce para sancionar² a Audiotex Teléfonía porque preste servicios de tarificación adicional, sino porque ha quedado acreditado que presta directamente servicios diferentes de los reservados para ese rango. A estos efectos, es independiente cuáles sean esos servicios, pues lo determinante es la falta de cumplimiento del fin propio de un servicio de directorio vocal.

Debe coincidir con la recurrente en que la prestación de servicios telefónicos profesionales puede realizarse con otros rangos de numeración diferentes de los reservados para servicios de tarificación adicional cuando se prevean otros medios de pago diferentes de su inclusión en la factura del operador de acceso al servicio telefónico. Dicho extremo no es negado por esta Comisión. Por el contrario, el criterio expuesto en la resolución recurrida es que los números del rango 118AB solo pueden utilizarse para prestar el servicio de consulta sobre números de abonado en los términos expuestos y que la prestación de otros servicios directamente a través de ellos es un incumplimiento de sus condiciones de uso cuya consecuencia es la cancelación de la asignación, como prevé el artículo 62 del Reglamento MAN, con independencia de que se trate de servicios profesionales reservados a números de tarificación adicional, como en este caso.

Por otra parte, la normativa cuya infracción se achaca no es la Orden PRE/36/2002³, como alega la recurrente. Dicha Orden se refiere a la utilización de los números de tarificación adicional, pero no a los del rango 118AB, reservados para los servicios de directorio vocal. La normativa infringida, como se ha señalado, es la propia del rango de numeración al que pertenece el número cuya asignación se cancela. En este sentido, la resolución recurrida, tras la incorporación de diferentes actas de inspección al procedimiento, considera acreditado que a través del número 11854 se prestaban directamente servicios diferentes de los de directorio vocal, posibilidad rechazada por la citada norma, como ya se ha expuesto más arriba.

Al respecto, Audiotex Teléfonía considera que la prestación de servicios como los de multiconferencia o de adivinación del futuro constituye una facilidad que aporta mayor valor añadido al servicio de consulta prestado. Esta Comisión no comparte esa interpretación, pues la prestación de un servicio diferente no puede considerarse una “facilidad” del servicio de directorio vocal.

² La recurrente habla de “hecho infractor”, pero no se trata de un procedimiento de esa naturaleza. A este respecto, la Sala Octava de la Audiencia Nacional, en su sentencia de fecha 24 de junio de 2011 ha rechazado expresamente que las cancelaciones de numeración como resultado de infracciones del Código de Conducta tengan una finalidad represiva (lo que descarta semejante carácter) en los siguientes términos: *“En los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes ligados al uso de recursos de numeración, en vez de la retirada del número por el operador de red, se procede a la cancelación del número asignado. Es decir, la cancelación tiene una función coercitiva y disuasoria del incumplimiento y un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional citada, pero no es una sanción dada la ausencia de finalidad represiva, no resultando, por tanto, aplicables las garantías que para el ejercicio de la protesta sancionadora establece los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución”*.

³ Orden PRE/36/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.



Audiotex Teléfonía también considera que se limita a encaminar la llamada hacia el prestador de servicios profesionales, aunque ninguna prueba ha propuesto para desacreditar las conclusiones alcanzadas durante la instrucción del expediente en el que recayó la resolución recurrida. Al contrario, la prueba aportada ha puesto de manifiesto que a través del número 11854 se permitía la conexión directa a este tipo de servicios sin que, además, se facilitara previamente antes el número del abonado.

El criterio de esta Comisión ha sido confirmado recientemente por la Audiencia Nacional en su muy reciente sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 (PO 1189/2010), que desestima el recurso de Audiotex Internet Services, S.L., contra la resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2010, que a su vez desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 22 de septiembre de 2010, por la que se acordó cancelar la asignación del número 11821 a dicho operador.

En su sentencia, la Audiencia comparte el criterio expresado por esta Comisión de que las “facilidades que aporten un mayor valor añadido” al servicio de directorio vocal no pueden consistir en servicios distintos, como la terminación de las llamadas en abonados que prestan servicios profesionales para los cuales el Plan Nacional de numeración telefónica reserva determinados rangos de numeración. Dicha utilización constituye un uso diferente para el cual el número cancelado fue atribuido (exclusivamente la consulta del número de abonados), lo que justifica la cancelación de su asignación al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1.c) del Reglamento MAN.

Finalmente, debe hacerse mención al proyecto de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información modificación de la Orden CTE/711/2002 al que se refiere la recurrente en su tercer motivo recursivo, si bien con las debidas reservas al tratarse de un proyecto no aprobado hasta la fecha y que podría ser modificado finalmente. En dicho documento parece preverse la prohibición expresa de progresar o terminar llamadas a números de tarificación adicional. De ello deduce Audiotex Teléfonía que, como hasta el momento de la reforma proyectada de la Orden CTE/711/2002 la conducta descrita no estaba expresamente prohibida, se trataba de una práctica permitida.

La interpretación que la recurrente hace de las intenciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información no es evidente, pues lo cierto es que podría alegarse que la modificación de la Orden CTE/711/2002 no pretende prohibir una práctica permitida hasta entonces, sino aclarar expresamente que conductas como la que determina la cancelación del número de la recurrente no están amparadas por las condiciones de utilización del rango de numeración que regula. En todo caso, el argumento podría analizarse con más profundidad si la conducta que determina la cancelación de la asignación fuese progresar llamadas a números a través de los cuales se prestan servicios de tarificación adicional. Pero ese no es el caso pues, como ya se ha expuesto, la conducta carente de amparo por las condiciones de utilización de los números del rango 118AB es la falta de suministro del número consultado y la posibilidad de conexión directa a otros números de abonados.

SEGUNDO.- Sobre la pretendida nulidad de las inspecciones realizadas.

En lo que se refiere a la supuesta nulidad de las inspecciones realizadas, se trata de una alegación contenida en las alegaciones de la recurrente tras el trámite de audiencia. De hecho, el recurso de reposición es una reproducción prácticamente literal de los argumentos allí expuestos.



No obstante, en la medida que no fue respondida de forma detallada en la resolución recurrida, procede un análisis más amplio en la presente resolución.

En primer lugar, debe señalarse que esta Comisión ya ha expresado su parecer al respecto con ocasión de otras resoluciones que analizaban idénticos supuestos⁴.

Al igual que en todos esos casos, debe señalarse que la LGTel atribuye en su artículo 50.6 a esta Comisión 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 Supremo⁵.

En lo que se refiere a la forma de practicarlas, nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma que regule, con carácter general, la forma en que deben realizarse las inspecciones por parte de las administraciones públicas. Existen normas sectoriales, como las que se refieren a la inspección de los tributos o a las realizadas por la autoridad laboral, pero ninguna detalla con voluntad omnicompreensiva cómo cada administración debe proceder dentro del ámbito de sus competencias, lo que en el caso de esta Comisión obliga a la remisión del artículo 50 de la LGTel. De esta manera, la actividad inspectora debe conservar el debido equilibrio entre los derechos de los administrados y la eficacia de la actuación administrativa, principio expresamente recogido en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC.

En este sentido, deben rechazarse las alegaciones de la recurrente 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. En efecto, en la medida en que la efectividad de la inspección y su objetivo de descubrir la realidad de las cosas podrían verse comprometidos al modificar el operador su conducta por saber que está siendo inspeccionado, no parece exigible que los inspectores se identifiquen como tales. Además, no debe olvidarse que los inspectores de esta Comisión, cuya identidad consta en la orden de inspección y en la propia acta, obrantes ambos en el expediente, actúan bajo presunción de objetividad⁶ y de certeza, tal y como reconoce el artículo 137.3 de la LRJAP y PAC, lo que descarta intereses diferentes de la protección del interés público o del correcto ejercicio de las funciones y actividades encomendadas en la orden de inspección.

⁴ Por ejemplo, la 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), la 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); la de 7 de 2012, 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).

⁵ 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.

⁶ La presunción de objetividad del personal de las administraciones públicas que desarrolla actividades de inspección 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 cuanto al respeto de los derechos de los administrados, en especial los principios de contradicción e indefensión, éstos no exigen la participación del inspeccionado en las actividades inspectoras, pues lo determinante es que éste tenga la oportunidad de hacer alegaciones y proponer pruebas a la vista del acta de inspección durante la instrucción del procedimiento. Este es un criterio asentado en la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo⁷. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, consta que a la recurrente se le notificó la apertura del procedimiento, momento a partir del cual tuvo la oportunidad de realizar cuantas alegaciones consideró oportunas y proponer las pruebas que estimó convenientes para la mejor defensa de sus intereses. Además, se le notificó la apertura del trámite de audiencia al que se refiere el artículo 84 de la LRJAP y PAC, trámite en el que realizó las correspondientes alegaciones. Finalmente, no debe olvidarse que el expediente en el que recayó la resolución recurrida procede de un periodo de información previa cuya existencia fue comunicada a la recurrente, y que idénticas pruebas (la inspección), ha sido aportada en el procedimiento sancionador de referencia 2011/1662, en el que recayó la resolución de fecha 7 de junio de 2012 que le sancionaba por el 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.

Tampoco se considera pertinente la cita del 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, pues no es de aplicación a actuaciones inspectoras porque éstas pueden desarrollarse incluso con anterioridad a su inicio. El citado artículo, en relación con el artículo 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 formular alegaciones a la vista de su resultado y proponer pruebas que desacrediten los hechos que documenta el acta de inspección, tal y como se ha expuesto.

Finalmente, no se aprecia la provocación por parte de los inspectores denunciada por la recurrente. La provocación de la infracción (o de una determinada conducta antijurídica), que podría invalidar un acto administrativo en determinadas circunstancias, se diferencia del descubrimiento de los hechos en la actitud de los inspectores, de manera que el inspector no es determinante en la actuación del administrado sino que se limita a descubrir y documentar un comportamiento antijurídico que se produciría de todas las maneras sin su intervención. Esta circunstancia es evidente cuando se trata de conductas de tracto sucesivo, como es el caso. En este supuesto, no se ha acreditado que los inspectores de esta Comisión se comportaran de una manera diferente a como lo haría un llamante al número 11854, ni indujeron en los teleoperadores de la recurrente un comportamiento inusual o imprevisible en la prestación habitual del servicio. Tampoco se aprecia mentira o engaño alguno, aunque a este respecto el recurso no señala dónde residen éstos.

El otro aspecto a abordar se refiere a la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por la grabación de las llamadas sin autorización del teleoperador de la recurrente o del servicio al que se progresó la llamada. A este respecto, debe partirse de la consideración de que el derecho constitucional protegido es la injerencia de terceros en las comunicaciones ajenas, de manera que no se viola cuando la conversación es grabada por uno

⁷ Por ejemplo, en la STS de fecha 27 de diciembre de 2010.



de los intervinientes, como es el caso. De esta manera, faltaría el necesario requisito de la ajenidad al que se refieren 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."

Para concluir, debe señalarse que el anterior razonamiento también ha sido compartido por la Audiencia Nacional en la reciente sentencia de su sala de lo contencioso-administrativo de fecha 12 de noviembre de 2012, a la que arriba se ha hecho referencia, que aborda la cuestión que nos ocupa en su fundamento de derecho tercero y que se refiere a un supuesto idéntico. La Audiencia Nacional confirma el criterio expuesto y, en concreto:

- a) Que la presencia del inspeccionado durante la inspección no es precisa porque ninguna norma la exige.
- b) Que la incorporación del acta de inspección al expediente y la apertura del trámite de audiencia descartan que se produzca indefensión.
- c) Que, en todo caso, no se niegan los hechos, sino que constituyen una infracción de la normativa de aplicación.
- d) Que no existe derecho al secreto de las comunicaciones entre la administración y el operador inspeccionado y que, además, el contenido del acta de inspección no se ha publicado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Servicios de Información de Audiotex Telelinea, S.L. contra la Resolución del Secretario de fecha 11 de octubre de 2012, sobre la cancelación del número 11854, que se confirma en todos sus extremos.

Este 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 fecha 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 Almendros.