



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 30/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de octubre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Jet Multimedia España, S.A. contra la resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de julio de 2010, por la que se cancela la asignación del número 11837 (AJ 2010/1693).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

La resolución recurrida, de fecha 30 de julio de 2010, y notificada al interesado el día 6 de agosto de 2010, acordó cancelar la asignación del número 11837 al operador Jet Multimedia España, S.A. (en adelante Jet Multimedia) con fecha de efectos de la propia resolución por su uso indebido, y en concreto, porque a través de él se estaban prestando servicios de tarificación adicional.

SEGUNDO.- Recurso de reposición.

Contra la anterior resolución Jet Multimedia presentó un recurso de reposición con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el día 8 de septiembre de 2010.

En su recurso Jet Multimedia alega, como ya lo hiciera durante la instrucción del procedimiento, que los hechos acreditados en el expediente fueron sucesos puntuales, que no se habrían vuelto a reproducir y que dicho número se está usando en la actualidad exclusivamente para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonado. La recurrente alega que los servicios de tarot que oferta son prestados a través de otros números diferentes, y que el hecho de haberlos ofertado a través de número corto 11837 se debió a un malentendido entre la productora y “el medio de comunicación” en el que se difundieron los mensajes comerciales, ya que su voluntad era la de promocionar el número 11837 a través de inserciones publicitarias dentro de espacios televisivos y diversas publicaciones.



Finalmente, Jet Multimedia defiende que la posibilidad de acceder desde el número corto a servicios de tarificación adicional es un servicio accesorio que se presta al usuario sólo si éste así lo decide de forma voluntaria mediante un sistema de marcación rápida, sin que ello suponga un uso inadecuado de los recursos de numeración. Esta facilidad sería también ofrecida por otros prestadores de servicios de directorio.

Es por todo ello que Jet Multimedia considera desproporcionada la previsión normativa que sanciona con la cancelación de la asignación de numeración los casos de infracciones como la cometida por la recurrente (errónea aparición de un número corto en único programa de televisión que fue inmediatamente corregido) y solicita la anulación de la resolución recurrida.

La recurrente también pide la suspensión provisional de la ejecución de la resolución y para ello alega la merma de la efectividad de una hipotética resolución administrativa o judicial que pudiera anularla y, en definitiva, un posible daño a su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

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 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece 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 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Jet Multimedia como recurso de reposición contra la Resolución del Secretario de fecha 30 de julio de 2010, por la que se cancela la asignación a su favor del número 11837.

SEGUNDO.- Legitimación de las recurrentes.

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 tiene la condición de interesado porque ya lo era en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida y en cualquier caso, por tratarse del operador titular de la numeración cuya asignación se cancela.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición de sus respectivos recursos potestativos 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 han presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

El artículo 13.4 de la LRJAP y PAC dispone que *“Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante”*. Por lo tanto, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pues el acto impugnado fue dictado por el Secretario por delegación suya.

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 con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las causas de la anulación de la asignación.

La recurrente no cita expresamente ningún motivo de nulidad o anulabilidad de los previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC para fundamentar su petición de reposición del acto recurrido, tal y como exige el artículo 107 de dicha norma. No obstante, huyendo de un criterio excesivamente formalista, se ha de reconocer que el recurso se refiere a la proporcionalidad de la medida (página 6) y, por lo tanto, al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho aplicable en todos los ámbitos de actuación de la Administración Pública¹.

La incorrecta utilización de los recursos de numeración, además de poder ser constitutiva de una ~~infracción de las previstas~~ en la letra w) del artículo 53 de la Ley 32/2003, General de

¹ Aunque no existe ninguna mención al principio de proporcionalidad en nuestro derecho positivo, el Tribunal Constitucional reconoció, ya en fechas tempranas, que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho que ha de aplicarse en todos los ámbitos de actuación de la Administración Pública¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha reconocido que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho comunitario y coincide en las exigencias de idoneidad (capacidad de la medida para el logro del objetivo propuesto), necesidad (inexistencia de una alternativa más moderada, menos restrictiva, para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (el equilibrio o la ponderación de la medida, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)¹.



Telecomunicaciones (LGTel), está prevista en el 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 MAN) como una causa de cancelación de su asignación si esta Comisión lo considera oportuno.

La posibilidad de cancelar la asignación de numeración está contemplada en nuestra normativa como una herramienta de la que dispone esta Comisión para el efectivo cumplimiento de la función que le ha sido legalmente asignada de velar por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración (artículo 48.3.d) de la LGTel.). Si bien es cierto que esta medida se aproxima a la figura de la sanción indirecta o impropia (esto es, los mecanismos creados por el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento de las situaciones jurídicas que establece, de forma inmediata o derivada), desarrollada por la doctrina forense en otros ámbitos del Derecho administrativo, especialmente en el tributario, no puede ser calificada como una sanción.

No obstante lo anterior, el principio de proporcionalidad, que debe ser observado en la aplicación de una decisión como ésta, exige que en los casos en los que, como el que nos ocupa, la medida suponga la restricción del ejercicio de un derecho, como es el de obtener y conservar recursos públicos de numeración, ésta ha de ser adecuada al fin legítimo que tales restricciones pretenden.

En el procedimiento que concluyó con la resolución recurrida ha quedado acreditado, y el operador recurrente no lo discute, que el número 11837 fue publicitado y utilizado para la prestación de servicios de ocio y entretenimiento, y no exclusivamente para servicios de directorio, uso al que debe limitarse según la Orden CTE/711/2002² ese tipo de numeración.

Los argumentos de Jet Multimedia durante la instrucción, así como en el recurso que nos ocupa (en el que se reproducen las mismas alegaciones), se limitaron a señalar que se había tratado de un hecho puntual, no intencionado y corregido tan pronto como se detectó. Para la recurrente la consecuencia de todo ello es la falta de aplicación de lo previsto en el artículo 62 del Reglamento MAN, que prevé la cancelación de las asignaciones de recursos públicos de numeración por causas imputables al interesado como, entre otras, el incumplimiento de la normativa aplicable, en particular la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas.

La normativa específica que regula la utilización de los números 118AB viene determinada por la citada Orden CTE/711/2002, entre cuyos objetos se encuentra el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado en un marco de competencia. El servicio se define de la siguiente manera:

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.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el punto 1 de este apartado, y con la salvaguarda de la protección de los datos personales a la que se refiere el apartado tercero, mediante el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se podrá proporcionar información sobre otros recursos identificativos de abonados de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tales como direcciones de correo electrónico o nombres de dominio. Igualmente, se podrá suministrar la

² 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.



información relacionada con los números de abonado que figure, o pueda figurar según la legislación vigente, en las publicaciones especializadas en la divulgación de datos comerciales.

Ciertamente, cancelar las asignaciones de numeración es una potestad de esta Comisión (el artículo 62 del Reglamento MAN dice “*podrá modificar o cancelar*”) para cuyo ejercicio, como ha ocurrido en el presente caso, se deben considerar las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, la resolución recurrida se refiere a la elevada ocupación del rango de numeración al que pertenece el número 11837, cercano a su agotamiento, lo que exige una disciplina reforzada por parte de esta Comisión para asegurar su uso óptimo y adecuado.

También se hace referencia al amplio periodo de tiempo en que el número fue publicitado en medios para fines que no eran la prestación de servicios de directorio vocal.

Frente a estos hechos, Jet Multimedia se limita a alegar un supuesto malentendido que ni ha explicado suficientemente ni mucho menos acreditado, de forma que no ha podido valorarse las circunstancias concretas en que se hubiera producido. La recurrente ha aportado diversas publicaciones en que se anuncia el número 11837 para la prestación de servicios de información telefónica, pero ello no desvirtúa la importancia de los incumplimientos de la normativa reguladora del uso de este tipo de numeración recogidos en la resolución recurrida.

En todo caso, la inserción de publicidad del número 11837 en publicaciones periódicas, no parece apoyar su argumento, sino más bien todo lo contrario: el anuncio aparece en páginas donde, sin excepción, se anuncian números de servicios profesionales de tarificación adicional (803) y SMS Premium.

Servicios como los publicitados por Jet Multimedia (videncia y astrología) deben ser prestados a través del código 806, atribuido a servicios de ocio y entretenimiento. De permitir prácticas como las que han conducido a la cancelación de la asignación a la que se opone la recurrente se estaría poniendo en grave riesgo la efectividad del régimen legal de protección a los usuarios previsto para este tipo de servicios, que están sujetos a estrictas obligaciones y limitaciones. Por lo tanto, la conducta detectada no sólo afecta a la optimización de los recursos de numeración, sino también a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, protegidos por el artículo 62 del Reglamento MAN.

La recurrente alega que no se han producido quejas por parte de los usuarios. No obstante, con fecha 28 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de una Asociación de Usuarios por el que denunciaba la prestación de servicios de videncia a través del número 11837.

Son estas circunstancias las que esta Comisión ha considerado para acordar la cancelación de su asignación.

Finalmente, Jet Multimedia alega que otros operadores titulares de numeración 118AB prestan servicios de directorio de una forma parecida.

Sin embargo, los posibles usos irregulares denunciados serán investigado y sancionados, en su caso, por esta Comisión, sin que ello pueda suponer un hecho eximente o atenuante de su propia conducta.



En todo caso, debe señalarse que, a diferencia de la recurrente, ninguno de los números a los que se refiere en su escrito permite conectar directamente con servicios que deben ser prestados a través de números de tarificación adicional.

El criterio contenido en la resolución recurrida ha sido el mantenido en fechas recientes por esta Comisión. Así, en su Resolución de fecha 22 de septiembre de 2010, sobre cancelación del número corto 11821 (expediente DT 2010/1168). En ese caso, el operador asignatario prestaba servicios de consulta de número de abonado, pero también otras facilidades o servicios, en concreto de adivinación o astrología, a través de la conexión directa con sus prestadores. Por esa razón, esta Comisión concluía:

“Según se ha indicado la Orden CTE 711/2002 establece que los asignatarios de numeración 118AB prestarán el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado. Esto significa que el prestador, antes de realizar cualquier otra acción (como, en este caso, una conexión directa con un tercero que presta otro tipo de servicios), deberá proporcionar efectivamente el servicio de consulta sobre números de abonado. Audiotex no ofrece al llamante el número del tercero que presta servicios de adivinación, sino que permite mediante una sencilla selección realizar la conexión directamente, hecho que se debe interpretar como un acceso directo a este tipo de servicios a través de su número, el 11821. Prestar servicios de predicción del futuro o similares a través de esta numeración supone por tanto una violación de la normativa. Como se ha indicado previamente, estos servicios de tarificación adicional gozan ya de una numeración atribuida propia y de un código de conducta en vigor.”

Segundo.- Sobre la petición de suspensión de la eficacia de la resolución recurrida.

Al resolverse el recurso de Jet Multimedia, no procede un pronunciamiento independiente sobre su petición de suspensión provisional.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de Jet Multimedia España, S.A. contra la resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de julio de 2010, por la que se cancela la asignación a su favor del número 11837, que se confirma en sus propios términos.

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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), 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 48.17 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, Reinaldo Rodríguez Illera.