



JORGE SANCHEZ 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 22/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de junio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador RO 2011/1662 incoado contra la entidad Servicios de Información de Audiotex Telélinea, S.L. por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra la entidad Servicios de Información de Audiotex Telélinea, S.L. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 7 de julio de 2011 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 22/12 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Inscripción en el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante Resolución de 2 de julio de 2004, acordó inscribir a la entidad Servicios de Información Audiotex Telélinea, S.L. (en adelante, Audiotex Telélinea) como entidad autorizada para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Con fecha 27 de septiembre de 2004, esta Comisión autorizó la asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.



Con fecha 31 de marzo de 2009, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se acordó inscribir a la entidad Audiotex Teléfonica como entidad autorizada para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.

SEGUNDO.- Escrito de denuncia de France Telecom [Documento núm. 1]

Con fecha 17 de mayo de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, FT) mediante el cual denuncia a determinados operadores por el uso inadecuado de la numeración asignada (como la numeración móvil del rango 6, la numeración de red inteligente del rango 902 y la numeración 118AB) para la prestación por parte de todos ellos de servicios para adultos.

FT adjunta a su escrito de denuncia un Acta de presencia notarial, de fecha 10 de mayo de 2010 y con número de protocolo 996. En el Acta se advierte que (i) las conversaciones telefónicas son grabaciones en las que no se permite interlocución alguna, (ii) se constata también que a través del número «902013472» se publicitan servicios de citas para adultos los cuales se prestarán de forma efectiva a través de otro número telefónico concretamente, el número corto 11854, (iii) la grabación del número 902013472 facilita una serie de referencias o códigos concretos que corresponden a las citas con las que puede contactar el llamante, (iv) las cuales deberán ser introducidas cuando lo indique la operadora al realizar una nueva llamada al número 11854, a fin de entrar en contacto directo con esa cita, asignado a la entidad Audiotex Teléfonica.

En virtud de lo anterior, FT solicitó a esta Comisión en el ejercicio de sus competencias que analizara los hechos denunciados, que se retirara la numeración y restringiese los servicios que conllevan el reparto de ingresos en las numeraciones atribuidas a esos efectos.

TERCERO.- Comunicación a los interesados del inicio del periodo de información previa (RO 2010/1025)

A la vista del escrito de FT y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), con fecha 25 de junio de 2010 y 14 de julio de 2010 esta Comisión remitió a las entidades titulares de la numeración denunciada (móvil, tarificación especial y numeración corta), entre las que se encontraba la entidad Audiotex Teléfonica titular del número corto 11854, la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no, de iniciar un procedimiento sancionador.

La apertura del citado periodo fue debidamente notificado a la entidad Audiotex Teléfonica, según acuse de recibo el día 22 de julio de 2010. [Documento número 1.1].

CUARTO.- Orden de Inspección de 25 de junio de 2010 y el Acta de de Inspección [Documento 1.2 y 1.3]

Mediante Orden de Inspección del Secretario de esta Comisión con fecha 25 de junio de 2010, se acordó practicar una inspección telefónica a las entidades denunciadas por FT, y entre otras, a las entidades Emsertex 2002, S.L. (en adelante, Emsertex) titular del número 902013472 que publicita la prestación de servicios para adultos a través del número corto 11854 y a la propia entidad titular del número 11854 Audiotex Teléfonica, con el objeto de comprobar y verificar el comportamiento denunciado, esto es el uso indebido de las citadas numeraciones.



La inspección realizada por los Servicios de esta Comisión, con fecha 1 de julio de 2010, consistió entre otras, en la realización de diversas llamadas al número 902013472 y al número corto 11854 al objeto de comprobar el uso realizado sobre la citada numeración.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de la entidad Audiotex Telelínea [Documento número 1.4]

Con fecha 2 de agosto de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Audiotex Telelínea en el que señala que *“a través del número corto 11854 presta un servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y añade otros servicios adicionales cumpliendo la normativa que le afecta, en concreto, 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”*.

Asimismo, Audiotex Telelínea indica que *«[...] a través del número 11854, lo único que hace, cumpliendo con la normativa, es prestar un servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y adicionalmente, un servicio de consulta de otros números telefónicos que figuran en publicaciones especializadas»*. En esta línea, Audiotex Telelínea añade que *«[...] no puede reconocer que se presta un servicio de citas para adultos mediante la numeración 11854, porque no es cierto, sino que se ofrece información telefónica de números de abonado y demás numeración comercial, prestándose una facilidad adicional que aporta un valor añadido al servicio, consistente éste en encaminar la llamada al número solicitado por el usuario y sólo cuándo éste expresamente así lo desea»*.

SEXTO.- Orden de Inspección de 23 de marzo de 2011 [Documento número 1.5] y Acta de Inspección [Documento número 1.6]

Mediante Orden de Inspección del Secretario de esta Comisión con fecha 23 de marzo de 2011, se acordó practicar una segunda inspección telefónica a las entidades denunciadas por FT, y entre otras, a las entidades Emsertex titular del número 902013472 que publicita la prestación de servicios para adultos a través del número corto 11854 y a la propia entidad titular del número Audiotex Telelínea, con el objeto de comprobar y verificar el comportamiento denunciado, esto es, el uso indebido de las citadas numeraciones.

La inspección realizada por los Servicios de esta Comisión, con fecha 30 de marzo y 1 de abril de 2011, consistió en la realización de diversas llamadas y entre otras, al número 902013472 y al 11854 al objeto de comprobar el uso realizado sobre la citada numeración.

SÉPTIMO.- Resolución de 7 de julio de 2011, por la que se pone fin al periodo de información previa en relación con posibles usos indebidos de numeración (RO 2010/1025) [Documento número 2]

Con fecha 7 de julio de 2011, el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución en la que acordó:

“Primero.- No realizar más diligencias en lo relativo a las numeraciones móviles denunciadas.

Segundo.- Proceder a la apertura de un expediente de cancelación de las numeraciones 902050010, 902050150 y 902011144 a su titular Premium Numbers, S.L.; de la numeración 902551950 a su titular Least Cost Routing Telecom, S.L.; de la numeración 902013472 portada a NAC Comunicaciones, S.L.¹, en base al artículo

¹ Inicialmente, estaba portada a Emsertex 2002, S.L. y durante la tramitación del expediente RO 2010/1025 se portó a NAC Comunicaciones, S. L.



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, por un supuesto incumplimiento de las condiciones de uso de la numeración.

Tercero.- Proceder a la apertura de un expediente de cancelación de la asignación de la numeración 11854 a su titular Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. en base al 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, por un supuesto incumplimiento de las condiciones de uso establecidas en la asignación de la numeración.

Cuarto.- Iniciar procedimiento sancionador contra Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. [titular del número 11854] como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados”.

La citada resolución fue debidamente notificada tanto a Audiotex Telelínea según el acuse de recibo de 15 de julio de 2011 [Documento número 3], como a los demás interesados en el expediente. Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 12 de julio de 2011, con el traslado de las actuaciones realizadas en el expediente 2010/1025.

OCTAVO.- Recurso de reposición interpuesto por Audiotex Telelínea [AJ 2011/1912]

Con fecha 10 de agosto de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la entidad Audiotex Telelínea, en virtud del cual interponía recurso de reposición [Documento número 4] contra la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 citada, por la que, entre otros aspectos, se procedía a iniciar el presente procedimiento sancionador.

Mediante la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de octubre de 2011 se desestimó íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Audiotex Telelínea contra la Resolución de esta Comisión de 7 de julio de 2011 (RO 2010/1025) por la que se pone fin al periodo de información previa en relación con posibles usos indebidos de numeración [Documento número 4.1].

Asimismo, mediante escrito de 14 de noviembre de 2011, la instructora del presente procedimiento solicitó la remisión de actuaciones practicadas en el expediente AJ 2011/1912 [Documento número 4.2].

NOVENO.- Escrito de alegaciones y solicitud práctica de prueba de Audiotex Telelínea. [Documento número 5]

Con fecha 10 de agosto de 2011, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del representante de Audiotex Telelínea al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador. Las alegaciones principales son las siguientes:

-“PRIMERO.- La resolución que acuerda la incoación del expediente sancionador frente a mi mandante no acredita la conducta denunciada porque las pruebas han sido practicadas contraviniendo la Constitución y la Ley



La entidad France Telecom España, S.A. presentó el 17 de mayo de 2010 en el registro de esa Comisión, denuncia del uso de numeración, entre la que se encontraba, el número 11854 asignado a mi mandante y del que se decía que se prestaba a través de esa numeración servicios para adulto. Para fundarlo, recogía actas notariales respecto del pretendido uso de un determinado número con prefijo 902 en las que no consta ni que se identificase ante mi mandante como France Telecom España, S.A. ni que iba a grabar o reproducir lo que mi mandante dijese. En peor situación se encuentra todavía la pretendida diligencia practicada por los llamados inspectores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que sin identificarse como tales y sin autorización han grabado conversaciones sin el consentimiento del afectado. La prueba de cargo es nula de pleno derecho y ello vicia la irregular actuación administrativa seguida.

- SEGUNDO.- El servicio proveído por mi mandante mediante el número corto 11854 es un servicio de información general al usuario y su prestación no supone la vulneración de norma alguna

En efecto, ninguna disposición normativa, prohíbe que se pueda prestar un servicio telefónico de citas para adultos a través de una numeración geográfica, si bien, el servicio se pretende prestar a través de tarificación adicional, habrá de hacerse, como bien señala la denunciante, a través de los códigos publicados en el correspondiente Código de Conducta. (...)

En este sentido mi mandante no puede reconocer que se presta un servicio de citas para adultos mediante la numeración 11854, porque no es cierto, sino que se ofrece información telefónica de números de abonados y demás numeración comercial, prestándose una facilidad adicional que aportan valor añadido al servicio, consistente éste en encaminar la llamada al número solicitado por el usuario y sólo cuándo éste expresamente así lo desea. (...)

Como documento anejo, al presente escrito de comparecencia y alegaciones, se adjunta soporte CD una grabación permitida por el usuario que solicita el servicio, en el que se acredita que mi mandante sí provee el servicio de consulta telefónica sobre número de abonados.”

- TERCERO.- El acuerdo de incoación de procedimiento sancionador vulnera el principio de tipicidad del artículo 129 de la Ley 30/1992

La resolución que acuerda la incoación del expediente sancionador, no concreta el hecho que justifique un incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número 11854.

Estas condiciones, vienen reguladas, como se viene expresando a lo largo de este recurso², a través de 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.

La resolución que acuerda la incoación de expediente sancionador no cita ni un solo precepto de la citada Orden.

² Se refiere al recurso de reposición interpuesto por Audiotex Telélinea, contra la Resolución de fecha 7 de julio de 2011, por el que se pone fin al periodo de información previa. Por consiguiente, se deduce que la citada alegación ha sido planteada tanto en el recurso al periodo de información previa como en el presente procedimiento sancionador.



Para poder iniciar los expedientes tanto de cancelación de la asignación de la numeración como el sancionador, ha de concretarse el incumplimiento amparándose en la disposición normativa que lo contemple y no en una disposición de carácter general sin identificar la conducta infractora”

Junto con las alegaciones formuladas el representante de Audiotex Teléfonía aportó una soporte CD y solicitó la apertura de un periodo de prueba, proponiendo los siguientes medios de prueba:

“OTROSÍ DIGO: *Que como práctica de la prueba, se solicita la siguiente:*

(a) *La grabación aportada al presente escrito.*

(b) *(1) La identificación de los inspectores actuantes en este procedimiento y el contenido de la publicación de la resolución de esa Comisión, previa a las actuaciones, que designe específicamente a los inspectores actuantes como personas habilitadas para ejercer la función inspectora atribuida a esa Comisión en la Ley General de Telecomunicaciones y (2) el contenido de la resolución judicial, si la hubiera, que ha permitido a los llamados “inspectores” de esa Comisión grabar la conversación mantenida con mi mandante y utilizarlas de prueba de cargo contra ella. Ambas deberán ser aportadas por esa Comisión”.*

DÉCIMO.- Acuerdo de apertura y práctica del periodo de prueba [Documento número 6]

Con fecha 7 de noviembre de 2011, la Instructora procedió a la apertura de un periodo de prueba, al amparo de lo establecido en el artículo 16 y 17 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en el artículo 80 y 81 de la LRJPAC. En el correspondiente acuerdo de apertura se acordaron los siguientes medios de prueba:

“Cuarto.- *Vistas las disposiciones citadas y los antecedentes expresados, la Instructora acuerda rechazar la práctica de la prueba propuesta por la entidad Audiotex en relación con:*

I.- PRUEBA DOCUMENTAL *consiste en “(1) La identificación de los inspectores actuantes en este procedimiento y el contenido de la publicación de la resolución de esa Comisión, previa a las actuaciones, que designe específicamente a los inspectores actuantes como personas habilitadas para ejercer la función inspectora atribuida a esa Comisión en la Ley General de Telecomunicaciones y (2) el contenido de la resolución judicial, si la hubiera, que ha permitido a los llamadas “inspectores” de esa Comisión grabar la conversación mantenida con mi mandante y utilizarlas de prueba de cargo contra ella. Ambas deberán ser aportadas por esa Comisión”. (...)*

[A continuación la instructora motivó el rechazo de la prueba anteriormente citado].

Quinto.- *La Instructora estima la práctica de las siguientes pruebas solicitadas:*

II. PRUEBA LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA Y EL SONIDO *consistente en que se incluya en el ramo de pruebas propuestas por el interesado, la grabación efectuada por la citada entidad Audiotex, aportada junto con el escrito de alegaciones de 5 de agosto de 2011.*



III. PRUEBA DOCUMENTAL.

A.- Consistente en que se incluya en el ramo de prueba practicada de oficio por la Instructora del procedimiento copia de todos y cada uno de los documentos obrantes en el expediente RO 2010/1025 y en el expediente AJ 2011/1912.

B.- Consistente en que se incluya en el ramo de la prueba practicada de oficio por la Instructora del procedimiento certificado expedido por el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la persona designada como inspector en el expediente de información previa iniciado contra la entidad Audiotex (RO 2010/1025), y si el citado instructor consta como persona designada personalmente a través tanto de la Resolución de 25 de marzo de 2010 como a través de sendas órdenes de inspección específica al número 11854, de fechas 25 de junio de 2010 y de 23 de marzo de 2011.

C.- Consistente en que se incluya en el ramo de la prueba practicada de oficio por la Instructora del procedimiento requerimiento a la entidad Audiotex sobre los siguientes extremos:

-Número de llamadas atendidas mensualmente desde julio de 2010 a marzo de 2011.

-Respecto de la grabación facilitada, fecha y hora de la llamada efectuada”.

El citado acuerdo fue debidamente notificado a Audiotex Teléfonía, con fecha 18 de noviembre 2011, según acuse de recibo.

UNDÉCIMO.- Solicitud de Inspección a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [Documento número 7]

La Instructora del expediente solicitó, con fecha 26 de octubre de 2011, al Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la designación de un inspector con el fin de comprobar si la entidad Audiotex Teléfonía, a través del número corto 11854 presta un servicio para adultos, servicios tarot u otro tipo de servicios, o si por el contrario se prestan servicios de consulta sobre números de abonados.

Con fecha 27 de octubre de 2011, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Orden de inspección, designándose el personal inspector a tal efecto y consistente en la “realización en las dependencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una o varias llamadas” con el objeto de “comprobar qué servicio se está prestando a través del número 11854 asignado a Audiotex” [Documento número 8].

Con fecha 7 de noviembre de 2011, se procedió a llevar a cabo la inspección en los términos indicados, procediéndose a levantar la correspondiente Acta [Documento número 9].

DUODÉCIMO.- Oficio del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Con fecha 7 de noviembre de 2011, la Instructora procedió a solicitar dentro del periodo de prueba, atento oficio al Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones solicitando que certificase sobre los siguientes extremos: (a) persona designada como



inspector en el expediente de información previa iniciado contra la entidad Audiotex Telélinea (RO 2010/1025), (b) y si el citado instructor consta como persona designada personalmente a través tanto de la Resolución de 25 de marzo de 2010 como de las órdenes específicas de inspección al número 11854 de fecha 25 de junio de 2010 y de 23 de marzo de 2011[Documento número 10].

Con fecha 8 de noviembre de 2011, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones expidió al efecto el correspondiente certificado [Documento número 11].

DECIMOTERCERO.- Incorporación de documentos al procedimiento sancionador [Documento número 12]

Con fecha 14 de noviembre de 2011, la instructora incorporó al presente procedimiento sancionador los documentos obrantes en el expediente RO 2010/1025, sobre el periodo de información previa en relación con posibles usos indebidos de numeración y del expediente AJ 2011/1912, sobre el recurso de reposición interpuesto por Audiotex Telélinea contra la Resolución de 7 de julio de 2011 que puso fin al procedimiento con número de expediente RO 2010/1025.

Asimismo, esta instructora recordó el derecho de acceso permanente al procedimiento sancionador de conformidad con la normativa vigente.

El citado escrito fue debidamente notificado a la entidad Audiotex Telélinea, según acuse de recibo de 18 de noviembre de 2011.

DECIMOCUARTO.- Contestación al requerimiento formulado por la Instructora [Documento número 13]

Con fecha 1 de diciembre de 2011, la entidad Audiotex Telélinea contestó al requerimiento formulado en el escrito de apertura y práctica de prueba de 7 de noviembre de 2011.

DECIMOQUINTO.- Propuesta de resolución de la Instructora [Documento 0]

Con fecha 13 de abril de 2012, la Instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

“PRIMERO. *Que se declare responsable directa a la entidad Servicios de Información de Audiotex Telélinea, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.*

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

La propuesta de resolución fue recibida por Audiotex Telélinea el día 16 de abril de 2012.



DECIMOSEXTO.- Escrito de alegaciones al trámite de audiencia (Documento núm. 14)

Mediante escrito de 16 de mayo de 2012 Audiotex Telelínea vino a dar cumplimiento al trámite de audiencia y a formular las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. Las principales alegaciones formuladas por la citada entidad son las siguientes:

“PRIMERA.- Vulneración del principio de tipicidad: la imposibilidad de prestación de servicios de tarificación adicional a través de un número corto 118AB de servicio de información sobre números de abonados

“(...) se pretende sancionar a mi representada al pago de una sanción de 20.000 € por prestar el servicio de información sobre números de abonado y por “deducir” que las facilidades que se prestan, no son acordes con la legalidad vigente. Ni siquiera se trata de un hecho infractor tipificado legalmente, sino que se trata de una pura deducción interpretativa de esa Comisión para justificar la imposición de una sanción de 20.000 €.

Tan es así, que se insiste en que esa actividad –la de progresar llamadas a números de teléfono geográficos que prestan servicios de predicción de futuro así demandados por los usuarios y que mi representada ofrece como facilidad al tratarse de una guía especializada– se trata de servicios de tarificación adicional.

Según la propuesta de resolución del número 11854 a mi mandante, de fecha 12 de diciembre de 2011, la conducta infractora por el uso de la numeración corta asignada es que los servicios prestados por Servicios de Información de Audiotex Telelínea con el número telefónico 11854 se utiliza para acceder a servicios de tarificación adicional.

En conclusión el informe, no concreta qué disposición normativa, prohíbe a mi mandante proveer números de teléfono que presten servicios de previsión de futuro, información meteorológica....

SEGUNDA.- Vicios en la práctica de la prueba. La vulneración del secreto de las telecomunicaciones de la actividad inspectora y falta de competencia del Inspector para realizar la actividad inspectora

“Esas grabaciones, no obran en el expediente y mi representada no ha podido tener acceso, por lo que le impide en el ejercicio de su derecho a la defensa, hacer una valoración de la prueba de cargo que sostiene la imputación para cancelar la asignación del número corto objeto del expediente.

Los inspectores, tal y como se expresa en el acta de la inspección practicada, de fechas 1 de julio y 30 de marzo de 2011 y de 7 de noviembre de 2012, realizaron una serie de llamadas no sólo sin identificarse como inspectores (que es lo primero que deberían haber hecho) sino aparentando llamar en calidad de usuarios. Faltaron a la verdad. Si la actividad de mi mandante fuera ilegal (que no lo es) la actuación tampoco sería de recibo. Un Inspector de Hacienda no llama a un contribuyente proponiéndole un fraude fiscal ni un Inspector de Trabajo a un empresario sugiriéndole un contrato fraudulento.

Como se ha dicho, si resulta grave haber realizado grabaciones de conversaciones privadas sin autorización judicial y sin autorización de mi mandante que ni siquiera fue advertido de ello, más grave resulta todavía, haber realizado grabaciones de las conversaciones telefónicas en las que interactúa el inspector con la que presta el servicio de tarot que lo hace, a través de un número distinto al 118 y, con seguridad, ajeno a la



titularidad de la demandante. Es como si el inspector, grabara una llamada realizada al 11846, y solicita que le transfieran con un número de un abonado privado y procede a grabar el contenido de la llamada transferida.

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

La prueba de cargo es nula de pleno derecho y ello vicia la irregular actuación administrativa seguida.

TERCERA.- La desproporcionalidad de la sanción que se pretende

Entiende esta parte que la propuesta de resolución aplica incorrectamente el principio de proporcionalidad por los siguientes motivos:

1) "No resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los hechos constitutivos de la infracción"³.

Para el cálculo de la sanción pretendida esa Comisión ha realizado una estimación subjetiva sin datos fehacientes que permitan conocer el beneficio obtenido como consecuencia de la presunta infracción que se denuncia.

En efecto, se ha considerado que todas las llamadas realizadas al 11854 estaban destinadas a prestar servicios de predicción de futuro, pero ello contradice las propias actas de inspección que reconocen que cuando se ha solicitado un número de la guía de abonados, se ha proporcionado y se ha cumplido con el servicio previsto, por lo que esos ingresos obtenidos, no pueden tenerse en cuenta en la base de cálculo para determinar la sanción.

La imposibilidad de determinar la magnitud que ha podido tener la obtención de ingresos derivados de los hechos que esa Comisión considera que son objeto de infracción, conlleva necesariamente a la anulación de la sanción impuesta.

2) La aplicación incorrecta de los criterios graduación

Se tiene en cuenta en la propuesta de la resolución la escasa repercusión social de la infracción e inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas. Sin embargo, no se valora para la atenuación en la imposición de la sanción otros criterios tales como la falta de intencionalidad y reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la ausencia de reincidencia, el inapreciable beneficio obtenido y la ausencia del daño causado.

En efecto, la falta de intencionalidad se pone de relieve en que mi representada, ha estado prestando el servicio desde el año 2004, fecha en que se asignó el recurso de numeración, de la misma forma en que lo prestó en el momento en que su uso fue objeto de la denuncia e inspección, adecuándose su uso a lo contenido en la Orden ministerial

³ Dicha afirmación ha sido realizada por la instructora en la propuesta de resolución.



que lo regula sin que, hasta la fecha, se haya tenido constancia de denuncia alguna o de inicio de expediente administrativo que tenga por objeto la determinación de un uso incorrecto del número en cuestión.

Del mismo modo, cabe decir que de los hechos considerados por esa Comisión como infractores del ordenamiento jurídico, no se ha acreditado la derivación de daño ni perjuicio alguno. La naturaleza de los perjuicios causados resulta, en este caso, nula. No existe daño ni perjuicio causado ni a usuarios ni a terceros. Más bien al contrario, la cancelación del número en cuestión, provocará daños a los consumidores que hacían uso libremente del servicio prestado por mi mandante.

En cuanto a la obtención del beneficio, como ya se ha puesto de manifiesto, se pone de relieve que de la prueba practicada, no se ha podido determinar los ingresos obtenidos del hecho denunciado, o lo que es lo mismo, de los ingresos obtenidos derivados de llamadas de usuarios que solicitaban información telefónica y progresión de llamada a servicios de predicción de futuro.

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento, el siguiente **HECHO**:

Único.- Que durante el periodo correspondiente comprendido entre el mes de julio de 2010 a noviembre de 2011, la entidad Audiotex Telelínea ha prestado a través del número corto 11854 atribuido para la prestación de los servicios de consulta sobre números de abonados, servicios de tarificación adicional como son los servicios exclusivos para adultos y los servicios de tarot y servicios de consulta sobre números de abonados.

Según consta de las actuaciones realizadas y de los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:

1.- De la denuncia presentada por FT, y del Acta de presentación levantada por el notario el día 10 de mayo de 2010 y con número de protocolo 996 (Documento núm. 2) se acreditan los siguientes hechos:

De las llamadas realizadas a la numeración 902013472 se constata que son atendidas por una grabación de contenido para adultos que invita al llamante a marcar el número 11854 a fin de entrar en contacto directo con las citas, facilitando para ello una serie de referencias que deberán ser indicadas para que se preste efectivamente el servicio a través del número 11854. Concretamente, se procede a transcribir la grabación que consta en la citada Acta cuando se realiza una llamada al número 902013472:

«Bienvenido a nuestro servicio de contactos reales, aquí podrás ponerte en contacto directo con aquellas mujeres que buscan hombres para sexo telefónico y lo que surja.

Esta es la referencia que te interesa: — Hola soy Paulina [...⁴...] — Para ponerte en contacto con esta referencia y hablar con ella en directo, por favor, llama ahora al 11854 y pide a la operadora que te pase con la referencia 12541.

[...]»

⁴ Se detalla la información que requiere la referencia en cuestión.



2.- Del Acta de la inspección telefónica realizada por los Servicios de esta Comisión, con fecha 1 de julio de 2010, en cumplimiento de la Orden de inspección de 25 de junio de 2010 y realizada en el seno del procedimiento RO 2010/1025 (Documentos núm.1.2 y 1.3), se acreditan los siguientes hechos:

En la citada Inspección se realizaron 3 llamadas.

De la primera llamada efectuada por el inspector al número 902013472, se constata que la misma es atendida por una locución automática que publicita que para la prestación de servicios exclusivos para adultos deberá llamarse al número corto 11854, para ello deberá introducirse una referencia facilitada previamente por el citado número de tarificación especial que corresponde a la cita que estime el llamante oportuno. Así, consta expresamente en el Acta cuando se efectuó la llamada al 902013472: *“Bienvenido a nuestro servicio de contactos reales, aquí podrás ponerte en contacto directo con aquellas mujeres que buscan hombres para sexo telefónico y lo que surja.*

Esta es la referencia que te interesa: – Hola soy Paulina [...⁵...] – Para ponerte en contacto con esta referencia y hablar con ella en directo, por favor, llama ahora al 11854 y pide a la operadora que te pase con la referencia 12541”.

De la segunda llamada realizada al número corto 11854 se constata que tras la correspondiente locución automática en la que se informaba del coste del servicio se posibilita al llamante que escoja una de las siguientes opciones, tal y como consta en el Acta: *“Ahora y después de la señal, pulsa uno si deseas información sobre números de abonado o dos para ponerte en contacto con un número virtual”.*

A continuación, el inspector procedió a pulsar dos, opción que corresponde a *“ponerte en contacto con un número virtual”* y al indicar la referencia facilitada a través del número 902 se constata que *“[...] responde una voz que parece ser de una chica que dice llamarse Alicia que esta aburrida y que esta al teléfono para conocer a alguien, procede a describirse físicamente y a realizar preguntas al llamante con el fin de alargar la comunicación.*

Al pulsar cero, el sistema pasa al usuario a una ronda de contactos en donde el usuario debe indicar un nombre con el que es identificado posteriormente, se oyen distintos nombres de usuarios participantes y se debe pulsar el número cinco del terminal para hablar con ellos, una vez informado se procede a finalizar la llamada telefónica”.

Y de la tercera llamada efectuada por el inspector al número 11854, se constató que la misma fue atendida por un operador al que se le solicitó el número telefónico de un abonado y el operador respondió indicando el número telefónico correspondiente.

3.- Del Acta de la inspección telefónica realizada por los Servicios de esta Comisión, en cumplimiento de la Orden de Inspección del Secretario de esta Comisión con fecha 23 de marzo de 2011 (Documentos núm. 1.5 y 1.6), acordada en el marco del periodo de información previa se acreditan los siguientes hechos:

En primer lugar de las llamadas realizadas al número 902013472 se comprueba que a través del mismo ya no se publicita el número corto 11854 y por consiguiente, no se facilita el código o referencia para ser introducido en el 11854 y poner así, en contacto directo con la cita escogida⁶.

En segundo lugar, de las diversas llamadas realizadas por el inspector al número corto 11854 se constata que tras la locución informativa se atiende la llamada por parte de una operadora de la siguiente forma: *«Hola soy Estefany, ¿en qué puedo ayudarle?»*, en el momento que se le solicita información de un abonado procede a transferir la llamada a otra

⁵ Se detalla la información que requiere la referencia en cuestión.

⁶ Cabe recordar que por el contrario en el Acta levantada en fecha 1 de julio de 2010, el número 902013472 publicitaba el número 11854, facilitando unas referencias que debían de ser introducidas una vez que se llame al 11854.



operadora. Esta nueva operadora procede a preguntar de nuevo en qué puede ayudar al llamante para proporcionar un número de abonado”.

Posteriormente, se procede a repetir la llamada al 11854, se repite la locución informativa y responde la llamada que parece ser la misma operadora que en la llamada anterior. En este caso el llamante [Inspector] pregunta qué servicios pueden prestarle, a lo que la operadora responde: “De aquí puedo transferirle, si desea, a la línea de contactos o también le puedo pasar a la línea de tarot si desea alguna información general también lo puedo transferir. Alguna dirección, restaurante, lo que le plazca».

El llamante indica la opción transferir la llamada a la línea de tarot a lo que la operadora pregunta si le da el número o le transfiere directamente, a lo que se le indica que transfiera directamente. Tras un instante de espera se oye lo que parece ser una locución automática en la que se indica que:

«Si ya sabes cómo funciona el servicio, pulsa 2. Si no, pulsa 9”.

Asimismo, se realiza una tercera llamada al 11854, y se constata tal y como consta en la citada Acta que “se repite la locución de información y responde la llamada la que parece ser la misma operadora que en las llamadas anteriores. En este caso, el llamante solicita el número al que corresponde el servicio de tarot. La operadora le informa del número solicitado.

A continuación, al preguntar si hay otros servicios de tarot, la operadora señala que puede transferirle al servicio anterior y allí solicitar información. Tras la confirmación del llamante, la operadora parece transferirle al servicio solicitado y se obtiene la misma locución que se había obtenido en llamadas anteriores mediante la pulsación de la tecla 9 del terminal.[...]

El llamante constata que el servicio de tarot al que parecen transferir la llamada no ofrece ningún tipo de locución informativa del precio ni del prestador”.

4.- En el Acta de la inspección telefónica realizada por los Servicios de esta Comisión, con fecha 7 de noviembre de 2011, en cumplimiento de la Orden de inspección de 27 de octubre de 2011, que fue acordada en el marco del presente procedimiento sancionador, con el objeto de verificar si a través del número corto 11854 se prestan servicios para adultos, o servicios de tarot u otros tipos de servicios (Documentos núm. 8 y 9), se acredita:

En primer lugar, que de las siete llamadas realizadas, en cuatro de ellas se ofrecen servicios de tarot o contacto o “multi”.

Se procede a transcribir de la citada Acta una de las conversaciones realizadas por el inspector:

“La llamada es atendida por lo que parece ser una locución automática sin permitir interlocución alguna con el llamante en la que se informa de la siguiente manera:

«Once, ocho, cincuenta y cuatro. Servicio de Información Audiotex Telelínea S.L. precio cero ochenta y cinco céntimos por minuto desde la red de Telefónica. Precios de otras redes, consultar a la operadora.

La continuación de esta llamada implica el conocimiento de las condiciones de uso, a su disposición en www.grupotelelinea.com.

Por favor espere unos segundos mientras transferimos su llamada a una operadora.»

Tras escuchar la citada información, la llamada es atendida por lo que parece ser una operadora que invita al llamante a formular su consulta:

«[Operadora]: Hola buenos días soy Paola, ¿en qué le puedo ayudar?

[Inspector]: Hola buenos días, ¿qué servicios me puede prestar?

[Operadora]: ¿En qué le puedo ayudar?

[Inspector]: Sí, llamaba para preguntar por un número de teléfono.



[Operadora]: Sí, ¿dígame un número de contacto o de tarot?

[Inspector]: De tarot.

[Operadora]: Ok, ¿quiere que le pase en directo?

[Inspector]: Sí.

[Operadora]: Un momentito por favor. »

A continuación, la llamada es atendida por lo que parece ser una locución automática que invita al llamante a marcar la opción que estime oportuna:

«Si ya sabes cómo funciona el servicio pulse dos si no, pulsa nueve».

En segundo lugar, también se acredita que en tres de las siete llamadas realizadas, el operador facilita información sobre el número de un abonado tras ser solicitado por el inspector.

Por consiguiente, de la documentación referenciada se acredita que entre los meses de julio de 2010 a noviembre de 2011 Audiotelefonía ha venido prestado a través del número 11854 tanto servicios de tarificación adicional como servicios de consulta sobre números de abonados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO. Tipificación de los Hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 53.w) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento núm. 2) rubricado “análisis de la numeración denunciada” se indican los motivos por los que se incoó el procedimiento sancionador, y que son los siguientes:

“[...] la numeración «118» está atribuida a la prestación de un servicio de consulta de números de abonados. Dicha información, tal y como se establece en la Orden CTE/711/2002, puede ser enriquecida por el prestador con otros datos del abonado sin embargo, no se permite el uso de esta numeración para servicios que no sean los establecidos.

De todo lo anterior se deduce que, con fecha 1 de julio de 2010, se prestaba mediante la numeración corta denunciada un servicio de adultos desde el que se accedía pulsando un número del terminal telefónico y proporcionando el código de referencia obtenido anteriormente. Con fecha 30 de marzo y 1 de abril de 2010, al llamar al número corto 11854, una operadora permite transferir al llamado a tres tipos de servicios cuyos



números están atribuidos a determinados códigos de tarificación adicional sin que éste pueda consultar el número de un abonado.

Aunque el funcionamiento del servicio prestado mediante el 11854 ha sido modificado entre las llamadas realizadas con fecha 1 de julio de 2010 y la inspección llevada a cabo los días 30 de marzo y 1 de abril de 2011, en ambos casos el uso que se da de la numeración 11854 no parece ajustarse a la finalidad con la que fue asignada por esta Comisión.

Por consiguiente, esta Comisión considera que hay indicios suficientes de que el titular⁷ de la numeración corta 11854 supuestamente no parece cumplir con las condiciones de uso generales ni específicas de su asignación. Por ello, se procederá a la apertura de un procedimiento sancionador para determinar si el supuesto uso de la numeración corta 11854 es contrario a las condiciones de asignación y, por otro lado, proceder a la apertura de un procedimiento de cancelación para determinar si debe cancelarse la asignación de la numeración corta 11854 por uso indebido”.

Por consiguiente, y en virtud de lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si de la actuación realizada por Audiotex Teléfonía entre los meses de julio de 2010 a noviembre de 2011 y que ha resultado probada, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y asignación del número corto 11854, al haber utilizado el mismo para un uso y servicios distintos de los previstos en la normativa vigente.

El artículo 16 de la LGTel establece que para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números y direcciones que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales de numeración y direccionamiento, respectivamente.

Sobre el uso que deberá darse a cada número asignado a un operador establece el artículo 17 de la LGTel que serán los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo las que designaran los servicios para los que pueden utilizarse los números.

Los citados artículos son desarrollados por lo dispuesto en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante Reglamento de Mercados) y por el Plan Nacional de Numeración aprobado por el mismo que establece en su apartado 2.3 que *“los recursos públicos de numeración se utilizarán, por los operadores a los que les sean asignados, para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en este plan o en sus disposiciones de desarrollo, y demás normativa establecida en el real decreto que aprueba este plan”.*

Asimismo, en su apartado décimo rubricado “Números cortos” se establecen los diferentes tipos de números cortos, entre los que se encuentra el rango 118AB para la prestación de los servicios directorios es decir, para la prestación de servicios de consulta sobre números de abonados.

⁷ *“En el marco del expediente DT 2011/319, se está estudiando el hecho por el que, al llamar al número corto 11863 y solicitar números de abonados, el teleoperador transfiere la llamada a un nuevo centro de atención de llamadas cuyos teleoperadores se identifican como trabajadores del 11854, asignado a Audiotex. Tras consultar el Registro Mercantil, se desprende que una misma persona física tiene poderes en ambas entidades. Esto podría ser indicativo de que, empresas vinculadas acaparasen varios números del rango 118AB, lo que podría suponer una reducción de la competencia en la prestación de servicios de consulta de números de abonado dada la escasez de este tipo de numeraciones y que, en otros casos, los prestadores no cumplirían con el fin para el que fueron asignadas. Por todo ello, esta Comisión considera necesario proceder de forma rigurosa al control del uso de las numeraciones con el fin de garantizar un mercado lo más competitivo posible”.*



Por su parte el artículo 59 del Reglamento de Mercados dispone que la utilización de los recursos públicos de numeración asignados estará sometida a las siguientes condiciones generales:

- a) *“Los recursos públicos de numeración se utilizarán para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el plan nacional de numeración telefónica y sus disposiciones de desarrollo. [...]”.*

Concretamente, la Orden CTE/11/2002, de 26 de abril⁸ regula las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, en un marco de libre competencia, para lo cual se atribuye el código 118AB a dicho servicio.

El apartado cuarto de la misma define el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado como aquél consistente 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».*

Mientras que el apartado undécimo de la Orden establece que aquellos operadores que deseen combinar estos servicios con *«facilidades que aporten un mayor valor añadido al servicio»*, como los servicios de compleción o progresión de llamada, deberán prestar el servicio telefónico disponible al público.

Por tanto de todo lo anterior se infiere en primer lugar, que la normativa atribuye el número corto 118AB para la prestación del servicio de consulta sobre números de abonados, y en segundo lugar, se regula la posibilidad de que los operadores presten ciertas facilidades como podría ser la compleción o progresión de la llamada, siempre y cuando estén en habilitados para su prestación, en consecuencia el número 118AB deberá utilizarse según el uso que haya sido atribuido por la normativa y no para otros usos como son los servicios de tarificación adicional como sucede en el presente supuesto.

En efecto, el PNN atribuye diferentes códigos para la prestación de servicios de tarificación adicional.

El apartado cuarto de la Orden de Servicios de Tarificación Adicional⁹ los define como aquéllos *«que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros».*

La Resolución de 5 de mayo de 2003 establece un procedimiento de migración de la numeración de los servicios de tarificación adicional a los códigos telefónicos 803, 806 y 807¹⁰ coincidentes con los tres primeros dígitos del número telefónico nacional NXYABMCDU. Asimismo, regula las modalidades de servicios que se pueden prestar a través de cada uno de los códigos telefónicos citados a continuación, y que son los siguientes:

Números	Modalidad de Servicio
---------	-----------------------

⁸ Por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados.

⁹ ORDEN PRE/361/2002, de 14 de febrero, desarrolla en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio de 1998, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

¹⁰ Posteriormente, por Resolución de la SETSI se añadió tanto el código telefónico 907 como el 905.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

803ABMCDU	Servicios exclusivos para adultos
806ABMCDU	Servicios de ocio y entretenimiento
807ABMCDU	Servicios profesionales

Con fecha 15 de septiembre de 2004, la Secretaria de Estado y Sociedad de la Información dictó el Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional, donde se explicita, entre otras cuestiones, con mayor detalle qué servicios pueden prestarse a través de los códigos telefónicos y cómo deberán prestarse los mismos. Así, se indica que:

- *“A través del código 803 se prestarán todos aquellos servicios que por su contenido, forma publicitaria o presentación, difundan contenidos eróticos, pornográficos, que propicien contactos de orden personal o colectivo vinculados a los servicios anteriormente mencionados, o que se utilicen palabras mal sonantes u obscenas, relacionadas con algunas de las categorías anteriores. Serán considerados servicios de naturaleza erótica aquellos servicios de tarificación adicional cuyo contenido se refiera, directa o indirectamente, a la exaltación del instinto carnal. Por su parte, se consideran servicios de naturaleza pornográfica los servicios cuyo contenido aluda, directa o indirectamente, a los órganos genitales masculinos y/o femeninos de forma obscena. Asimismo, estarán adscritos a este código los servicios cuyo contenido se refieran a valores u opiniones morales, éticas, religiosas e ideológicas.*
- *A través del código 806 corresponden a los servicios de esparcimiento y ocio se ofrecerán, respetando con el máximo escrúpulo los criterios que emanen de las limitaciones que enumera el Código de Conducta para los servicios exclusivos de adultos, y los que se definen y clasifiquen en los servicios profesionales. Por servicios de ocio y de entretenimiento se entenderán todos aquellos servicios que tienen por objeto, entre otros, la diversión; la distracción; el pasatiempo; el juego y el azar, entendiéndose por ello los concursos y los sorteos, que legalmente se puedan ofrecer bajo este sistema; y los servicios de contenido esotérico, astrológico, de adivinación, cartomancia y/o predicción del futuro por otros medios.[...]*”

Por consiguiente, los servicios de tarificación adicional deberán prestarse a través de los códigos indicados, pues así vienen atribuidos por la normativa referenciada.

Por todo ello, debe afirmarse que el código 118AB está atribuido exclusivamente para la prestación de servicios de consulta sobre números de abonados mientras que los códigos 803 y 806 están atribuidos para la prestación de servicios de tarificación adicional, concretamente para la prestación de servicios de ocio y entretenimiento y servicios para adultos. Todo ello lleva a concluir que los operadores que presten servicios de consulta sobre números de abonados a través del número corto 118AB sólo podrán prestar el citado servicio y no los servicios de tarificación adicional, que únicamente podrán ser prestados a través de códigos atribuidos para ello en exclusiva, puesto que el uso previsto de los recursos de numeración constituye una de las condiciones determinantes de su asignación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de Mercados, dando lugar en caso contrario a que si incurra una infracción como es el presente caso.

Cuestión distinta, es la previsión que realiza la Orden de Consulta sobre la posibilidad de que los operadores habilitados al efecto, puedan prestar facilidades al servicio de consulta sobre número de abonados como la compleción de llamadas. El legislador ha querido diferenciar la prestación principal del servicio de consulta de abonado de la posibilidad de



que se aporte al mismo un valor añadido, pues en este último caso, se utiliza la palabra facilidad de lo que se deduce que a través del número corto 118AB únicamente podrá considerarse y prestarse como servicio principal el servicio de consulta sobre números de abonado.

En el presente supuesto, y más concretamente del hecho probado único ha quedado acreditado que a través del número corto 11854 asignado a Audiotex Telelínea se prestan tanto servicios de tarificación adicional como de consulta sobre números de abonado. Concretamente, del citado hecho ha quedado acreditado a través de las distintas inspecciones realizadas tanto en el seno del periodo de información previa, como en el seno del presente procedimiento sancionador. Del Acta de la inspección telefónica realizada por los Servicios de esta Comisión, con fecha 1 de julio de 2010 (Documento núm. 1.3), se acredita que la entidad Audiotex ofrecía tanto servicios de consulta telefónica sobre números de abonados como servicios de tarificación adicional pues ofrecía al llamante su posibilidad pulsando “*dos para ponerte en contacto con un número virtual*” e indicando la correspondiente referencia o código facilitado previamente a través de una llamada al número 902013472.

Por su parte, tanto de la inspección llevada a cabo los días 30 de marzo y 1 de abril de 2011 (Documento núm. 1.6) como de la llevada a cabo el día 7 de noviembre de 2011 (Documento núm. 9), se acredita que si bien la entidad Audiotex Telelínea ya no exige la introducción de código alguno a través de su marcación, en estos casos, los operadores ofrecen al usuario la posibilidad de prestarles servicios de líneas de contacto o tarot además del servicio de consulta sobre números de abonados.

Por consiguiente, Audiotex Telelínea ha estado prestando a través del número 11854 servicios como son los de tarot o para adultos, los cuales tienen una numeración atribuida específica para ellos. Es decir, Audiotex presta a través de la numeración 11854 y como servicio principal los servicios de tarificación adicional además del servicio de consulta sobre números de abonado.

Audiotex indica en su escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2012 que *“la conducta infractora por el uso de la numeración corta asignada es que (1) los servicios prestados por Servicios de Información de Audiotex Telelínea con el número telefónico 11854 se utiliza para acceder a servicios de tarificación adicional. En conclusión el informe, (ii) no concreta qué disposición normativa prohíbe a mi mandante proveer números de teléfono que presten servicios de previsión de futuro, información meteorológica....”*

De la citada alegación, se deduce en primer lugar, que la entidad no acaba de distinguir entre qué servicios pueden prestarse a través del número 11854 como servicio principal- que no es otro que el de consulta sobre números de abonados- y qué servicios puede Audiotex prestar como servicios de valor añadidos, - como es la compleción o progresión de la llamada. Asimismo, indica que en el informe (refiriéndose a la propuesta de resolución elaborada por la instructora) no se concreta la disposición normativa que prohíbe el proveer números de teléfonos, al respecto solamente cabe contestar que ninguna disposición prohíbe, en la actualidad, la progresión de la llamada, pues tal como ha quedado suficientemente acreditado con el hecho probado único la conducta contraria a derecho no es la progresión de la llamada a números de tarificación adicional, sino la prestación de servicios de tarificación adicional a través del número 11854.

La conducta enjuiciada no es otra que la de incumplir las condiciones determinantes de la atribución y asignación del número corto 11854, al haber utilizado el mismo número para un uso y servicios distintos de los previstos en la normativa vigente, y por tanto contraria tanto a lo dispuesto en el PNNT como en la Orden de Consulta.



Tal como se ha indicado, del análisis tanto del PNNT como de la normativa sectorial en materia de prestación de servicios de consulta sobre números de abonados, a través del número 118AB (11854) solamente pueden prestarse servicios de consulta al igual que a través de los códigos 803 y 806 únicamente pueden ser usados para la prestación de servicios de tarot o para adultos.

Por cuanto antecede, se concluye que Audiotex Teléfonía ha incurrido en la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la LGTel que se concreta, en el presente caso, en que la entidad Audiotex Teléfonía ha prestado los servicios de tarificación adicional (como los de tarot o para adultos) a través del número 11854 desde julio de 2010 hasta noviembre de 2011, lo que supone un uso distinto del autorizado y, por tanto, el incumplimiento de una de las condiciones determinantes de la asignación de los referidos recursos de numeración.

TERCERO. Culpabilidad de la entidad Audiotex Teléfonía en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad

1 Culpabilidad.

Como ha sido recogido en ocasiones anteriores por esta Comisión, de conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritaria, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre un hecho antijurídico debidamente tipificado y el sujeto culpable que realiza la conducta.

Este es un presupuesto que procede del Derecho penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo (SSTS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579) y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), y jurisprudencia posterior.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración, en el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000¹¹ establece que:

“Es cierto, como reconoce la parte recurrente, y así se infiere del análisis de las STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\896), 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\714), 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\8386), 12 de enero de 1996 (RJ 1996\156) y 3 de abril de 1996 (RJ 1996\3584) que la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad, por lo que no basta que la conducta sea antijurídica y típica, sino que es necesario que sea culpable, pues como reconoce la jurisprudencia (así, en STS, Sala del art. 61

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000. Recurso contencioso-administrativo núm. 608/1997.



de la LOPJ, de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9158]), la acción u omisión ha de ser imputable a su autor por imprudencia, negligencia o ignorancia, ya que como una exigencia derivada del artículo 25.1 de la CE, nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados (principio de culpabilidad) y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva.”

De este modo, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

La culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable. Por su parte, el dolo se caracteriza por la concurrencia de dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.o) o el 54.n) de la LGTel¹², donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.q) de la misma norma, en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas condiciones para la prestación del servicio telefónico disponible al público durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En el presente supuesto en la normativa sectorial el tipo de infracción contenido en el artículo 53.w) de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en usar el número corto 11854 para prestar servicios de tarificación adicional en su modalidad de servicios de ocio y entretenimiento o exclusivos para adultos.

¹² El artículo 53.o) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley y el incumplimiento deliberado de las obligaciones de conservación de los datos establecidas en la Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.”; mientras que el artículo 54.n) considera como infracción grave determinados actos de colaboración con los usuarios de buques o aeronaves, ya sean nacionales o de bandera extranjera, efectuados deliberadamente y que posibiliten la producción de las infracciones previstas en el párrafo h del artículo 53 y en el párrafo b del artículo 54.



Audiotex Teléfonía titular del número asignado 11854, es responsable de su uso de conformidad con la normativa aplicable. En concreto, el artículo 2.3 del PNN hace responsable al operador titular de la numeración asignada de que ésta sea utilizada para la prestación de los servicios en las condiciones establecidas en el PNN.

De lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Audiotex Teléfonía en base a los hechos que configuran el tipo infractor de los que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción y del Hecho probado único resulta que el inculpado ha realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de los denunciados. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como han señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error invencible (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas del Hecho Probado.

Por consiguiente, la actitud que ha dado lugar a la comisión de la infracción debe ser considerada como negligente o viciada de ignorancia inexcusable, con la consiguiente culpabilidad, sin que concurra ninguna causa eximente de su responsabilidad.

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

-Inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.

El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al inculpado por una infracción de esta naturaleza, por tanto, se debe estimar la apreciación de la presente atenuante.

-La escasa repercusión social de la infracción cometida.

De la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación.



QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1b) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

“[m]ulta por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- La naturaleza de los perjuicios causados.*
- La reincidencia, por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

¹³ Al respeto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002, 6092) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...]”.



La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión¹³.

Aplicación al presente caso de los criterios legales.

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, para el cálculo de la sanción deberá determinarse si se ha obtenido, en el presente procedimiento, un beneficio como consecuencia de la infracción cometida entre los meses de julio de 2010 y noviembre de 2011. El beneficio bruto resulta de la diferencia entre los ingresos y costes estimados. En el presente procedimiento los costes derivados de la actividad no han podido ser calculados por la falta de datos.

En cuanto a los ingresos obtenidos por la entidad, en el periodo correspondiente al año 2010, en el marco de la liquidación de la Tasa General de Operadores, Audiotex declaró ingresos brutos de explotación a la CMT de 24.225,94 euros por el servicio de transmisión de datos, almacenamiento y reenvío de mensajes y 387.822,69 euros por el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, sumando un total de 412.048,63 euros.

Respecto al año 2011, esta Comisión no dispone de la cuantía correspondiente a los ingresos brutos en dicho ejercicio. Si bien, se ha intentado calcular una estimación de los ingresos a partir de unos parámetros concretos como son el número de llamadas realizadas de julio de 2010 a marzo de 2011¹⁴ por el tiempo medio de duración de las mismas y el precio medio por minuto. La única conclusión obtenida del citado parámetro es una evolución a la baja de las llamadas realizadas al número 11854, por lo que se podría estimar que los ingresos brutos de explotación en el 2011 pueden haber sido iguales o inferiores a los del 2010, pero no podría concretarse una cifra de forma exacta.

Por consiguiente, la falta de los datos relativos a los ingresos obtenidos durante el ejercicio del año 2011 así como la de los datos relativos a los costes originados para la prestación de la actividad hace que no pueda calcularse una estimación de los beneficios brutos obtenidos por la citada entidad.

Por todo ello, procede señalar que al no resultar posible determinar el beneficio bruto para el infractor, la sanción máxima que se podría imponer a la entidad asciende a dos millones de euros. Mientras que para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción no existirá límite alguno motivado por la inexistencia de beneficio bruto para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En consecuencia, la sanción que se proponga imponer a la entidad Audiotex Telelínea deberá atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y

¹⁴ Este dato ha sido obtenido del requerimiento de información efectuado con fecha 7 de noviembre de 2011, a la entidad Audiotex que ha declarado el número de llamadas atendidas mensualmente desde julio de 2010 a marzo 2011 en el número 11854. Aportando el siguiente cuadro comparativo:

Mes	Llamadas atendidas
Julio 2010	6.608
Agosto 2010	6.004
Septiembre 2010	4.371
Octubre 2010	4.149
Noviembre 2010	3.671
Diciembre 2010	3.978
Enero 2011	3.932
Febrero 2011	3.428
Marzo 2011	3.459
TOTAL	39.600



a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de dos circunstancias atenuantes (escasa repercusión social de la infracción e inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad) por lo que la cuantía de la sanción ha de realizarse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66.1ª del Código Penal. El citado precepto determina que, cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, las penas se individualizarán imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos sancionadores trata, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 –RJ 1996/6401-).

Asimismo, tal y como establece el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta que concurren dos circunstancias atenuantes, se considera que procede imponer una sanción de veinte mil euros (20.000 euros).

SEXTO.- Contestación a las alegaciones formuladas por Audiotex Telelínea

Sexto 1.- Otra de las alegaciones formuladas por la entidad en su escrito de 16 de abril de 2012 es la que rubrica como ***“Vicios en la práctica de la prueba. La vulneración del secreto de las telecomunicaciones de la actividad inspectora y falta de competencia del Inspector para realizar la actividad inspectora”***.

En primer lugar alude a que *“esas grabaciones (refiriéndose posiblemente a las realizadas en el seno de las tres inspecciones realizadas y transcritas a través de las Actas de Inspección), no obran en el expediente y mi representada no ha podido tener acceso, por lo que le impide en el ejercicio de su derecho a la defensa, hacer una valoración de la prueba de cargo que sostiene la imputación para cancelar la asignación del número corto objeto del expediente.”*

Al respecto cabe recordar que el derecho de acceso al expediente, es un derecho que asiste al interesado en todo el procedimiento, y que consiste en tomar vista del expediente o lo que es lo mismo, acceder a la documentación que obra en el procedimiento con el objeto de hacer valer su derecho de defensa.

En el presente procedimiento, la entidad Audiotex Telelínea ***no ha solicitado acceso en ningún momento del procedimiento***, por consiguiente, no puede afirmar que no ha podido tener acceso al citado expediente, o a las grabaciones tal como indica el mismo, si no ha ejercitado el derecho de acceso.

Es importante recordar que además de poder ejercer el citado derecho en cualquier momento del procedimiento, la instructora ha llevado a cabo actuaciones tendentes a poner de manifiesto el citado derecho concretamente, (i) con fecha 15 de julio de 2011, Audiotex



se le notificó la Resolución por la que se ponía fin a la información previa en relación con los posibles usos indebidos de numeración y se acordaba la incoación del presente procedimiento. En dicha Resolución se hace constar la documentación utilizada para iniciar el procedimiento sancionador, y el derecho que le asiste de tomar vista del expediente. La Entidad formuló las correspondientes alegaciones, y solicitó la apertura a prueba.

(ii) Con fecha 18 de noviembre de 2011, la instructora del procedimiento sancionador notificó un escrito en el que se le comunicaba expresamente la incorporación al procedimiento sancionador de los expedientes RO 2010/1025 correspondiente al periodo de información previa en relación con posibles usos indebidos de numeración, y el expediente AJ 2011/1912 sobre el Recurso de reposición interpuesto por Audiotex contra la Resolución, de fecha 7 de julio de 2011, que puso fin al procedimiento con número de expediente RO 2010/1025.

Por último, con fecha 16 de abril de 2012, se notificó a la entidad Audiotex junto con la propuesta de la instructora al procedimiento sancionador, el índice en el que se relacionan los documentos que obran en el expediente. En sendos escritos constan los documentos que obran en el expediente.

Por consiguiente, Audiotex Telélinea además de tener el derecho que le asiste en cualquier momento del procedimiento para acceder al expediente, también ha tenido conocimiento por los trámites legales efectuados de la documentación obrante, y pese a ello ha decidido no ejercer el derecho al expediente.

Asimismo, Audiotex Telélinea añade que *“esas grabaciones no obran en el expediente”*. Si como ha quedado acreditado Audiotex Telélinea nunca solicitó acceso al expediente, como puede afirmar que no existen las citadas grabaciones en el expediente? Nuevamente, la citada alegación no es correcta pues en las tres Actas realizadas por los inspectores se recogen expresamente (en los últimos apartados de las mismas) que *“las grabaciones son volcadas y almacenadas en soporte digital (CD) que pasan a formar parte del expediente referenciado”*, por tanto, las citadas grabaciones se encuentran incorporadas al presente procedimiento. A mayor abundamiento, en el índice que acompaña a la propuesta realizada por la inspectora consta expresamente como Documento número 1.3 el Acta de Inspección de 1 de julio de 2010, como documento número 1.6 el Acta de Inspección de 30 de marzo y 1 de abril de 2011 y como documento número 9 el Acta de Inspección de 7 de noviembre de 2011, por consiguiente, las Actas junto con las grabaciones se encuentran incorporadas al expediente.

Para concluir con la presente alegación cabe recordar la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2001(RTC 2001\237, el cual viene declarando reiteradamente que, en el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa y un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (STC 116/1995, de 17 de julio [RTC 1995,116]. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, no la que se debe principalmente a la inactividad de la parte que alega haber sufrido indefensión (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas).



Solo cabe afirmar que en ningún caso esta Comisión ha vulnerado el derecho de defensa de la entidad, sino que la propia entidad ha decidido no ejercitar su derecho de acceso al expediente no obteniendo así, copia de los documentos correspondientes, y ello motivado por su propia inactividad.

Otra de las alegaciones efectuadas se refiere a que “Los inspectores, tal y como se expresa en el acta de la inspección practicada, de fechas 1 de julio y 30 de marzo de 2011 y de 7 de noviembre de 2012, realizaron una serie de llamadas no sólo sin identificarse como inspectores (que es lo primero que deberían haber hecho) sino aparentando llamar en calidad de usuarios. Faltaron a la verdad. Si la actividad de mi mandante fuera ilegal (que no lo es) la actuación tampoco sería de recibo. Un Inspector de Hacienda no llama a un contribuyente proponiéndole un fraude fiscal ni un Inspector de Trabajo a un empresario sugiriéndole un contrato fraudulento.

Como se ha dicho, si resulta grave haber realizado grabaciones de conversaciones privadas sin autorización judicial y sin autorización de mi mandante que ni siquiera fue advertido de ello, más grave resulta todavía, haber realizado grabaciones de las conversaciones telefónicas en las que interactúa el inspector con la que presta el servicio de tarot que lo hace, a través de un número distinto al 118 y, con seguridad, ajeno a la titularidad de la demandante. Es como si el inspector, grabara una llamada realizada al 11846, y solicita que le transfieran con un número de un abonado privado y procede a grabar el contenido de la llamada transferida.

En consecuencia, se ha producido la vulneración del secreto de las comunicaciones al grabarse sin el consentimiento del afectado, y perjudicado a través del conocimiento de unos hechos cuya prueba se obtiene ilícitamente, y sin la autorización judicial correspondiente”.

Cabe señalar que las inspecciones telefónicas realizadas por esta Comisión no requieren de autorización alguna puesto que es una actuación amparada en las competencias atribuidas a esta Comisión por el artículo 50.6 de la LGTel que dispone que “[...] el personal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones específicamente designado para ello, tendrán en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de autoridad pública y podrán solicitar, a través de la autoridad gubernativa correspondiente, el apoyo necesario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad”. Por tanto, resulta innecesaria la autorización judicial puesto que la propia Ley legitima a esta Comisión a realizar funciones inspectoras. A este respecto puede recordarse el razonamiento formulado en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 2010 y la Sentencia de 28 de febrero de 2011, que corrobora dicha habilitación.

La SAN de 28 de febrero de 2011^[1], dictada en el recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta en el procedimiento en cuya sede se hizo la citada inspección, corroboró la actuación de la CMT, habida cuenta de la finalidad de la inspección.

«Pero al respecto procede hacer hincapié en que era imprescindible efectuar la inspección en la sede de FT pues, según dispuso la Orden dada para efectuar la inspección de fecha 25 de octubre de 2007, la inspección tenía por objeto verificar las discrepancias sobre la viabilidad de prestar los servicios de banda ancha solicitados por los particulares que contacten con FT, entre valores obtenidos utilizando el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) y las bases de datos definidos en la OBA (SCRABA) por un lado; y la información suministrada por el servicio de consulta pública de cobertura de servicios minoristas. TF, por otro, disponible a través de su página web. Esta operación era esencial para comprobar si el sistema de información

[1]. JUR 2011, 87424.



establecido funcionaba adecuadamente.

Y también para un subgrupo o subconjunto de solicitudes en las que se denunciaba por FT discrepancias en la valoración de la disponibilidad. La inspección comprueba también, vía telefónica, si TF permitía contratar un servicio minorista equivalente para el par de cobre asociado al número telefónico suministrado por el cliente potencial que ha llamado a FT para solicitarlo o interesarse por el servicio.»

Por su parte, el Tribunal Supremo en su STS de 27 de diciembre de 2010^[2] por la que se declara que no ha lugar al recurso de casación contra la SAN de 11 de diciembre de 2008^[3], también se refiere a idéntica alegación del recurrente relativa a otra inspección llevada a cabo en las dependencias del denunciante. El TS declara que:

«(...) no infringe esas previsiones legales el hecho de que fuera en dependencias de YC donde tuvo lugar la inspección y, en particular, la monitorización pues, aun sin entrar en la cuestión de la relevancia de esta circunstancia respecto al derecho fundamental invocado, sucede que, aun siendo el objeto de la inspección el cumplimiento por TF de sus obligaciones en materia de acceso desagregado al bucle de abonado y, en particular, la verificación de posibles irregularidades en el suministro de servicios de acceso desagregado recogidos en la Oferta de acceso al bucle de abonado, resulta que era el personal de YC el que se encargaba de la tramitación y supervisión de las incidencias en post-venta o averías. De ahí que la comprobación debiera hacerse en el centro técnico de esta última entidad, pues allí se recibían las llamadas monitorizadas.»

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Orden de inspección también autoriza de forma expresa al inspector a la realización de la correspondiente inspección. En el presente supuesto, dicha habilitación expresa ha sido acreditada mediante certificado expedido por el Secretario de esta Comisión, en el que se constata que la persona designada se encuentra nombrada para ello tanto a través de la Resolución de 25 de marzo de 2010 como a través de la órdenes específicas de inspección al número 11854 de fecha 25 de junio de 2010, de 23 de marzo de 2011 y de la Orden de 27 de octubre de 2011 (Documento núm. 11).

Por consiguiente, las labores inspectoras de esta Comisión no pueden ponerse en tela de juicio por cuenta la normativa contempla las mismas de forma expresa, sin exigir autorización judicial alguna.

Por último, Audiotex Telelínea indica también que los inspectores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no se identificaron y grabaron conversaciones sin el consentimiento del afectado.

En cuanto a la necesidad de identificación de los inspectores, al respecto, se entiende que si se hubiese identificado el inspector ante el operador poniéndoles en conocimiento que actuaba como personal inspector de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se hubiera corrido el riesgo de desvirtuar el sentido y la finalidad de la actuación, ya que se hubiera condicionado de algún modo la realización de la misma. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 473/2003, de 7 de mayo señala que una labor inspectora no es necesaria que sea anunciada previamente, pues, de lo contrario perdería el factor sorpresa. En todo caso, el instructor siempre está identificado en la Orden de Inspección.

Respecto a la exigencia que se requiera la necesidad del consentimiento del afectado para proceder a grabar conversaciones por parte del inspector, cabe destacar la Sentencia del

[2]. RJ 2011/1061.

[3]. RJ 2009, 59794.



Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, que destaca que el secreto de las comunicaciones sólo se impone frente a terceros, de forma que el levantamiento del secreto por uno de los intervinientes, no se considerará violación del art 18 de la Constitución. Asimismo, la Sentencia de 27 de diciembre de 2010 en este mismo sentido, recoge la necesidad de que exista consentimiento por parte de una de las partes para que se proceda a la inspección. Así en este supuesto se reconoce la existencia del consentimiento de las partes inspeccionadas, concretamente se indica que:

*FTO. 2: «Sostiene la actora que la inspección fue desarrollada en la sede de FT una vez formulada por aquella la denuncia de los presuntos incumplimientos de TF. **Sostiene que debió ser comunicada a TF y efectuada aquella con su presencia y participación para garantizar los derechos de audiencia y contradicción.***

*A ello contesta la Abogacía del Estado que procede distinguir entre "actuaciones previas de inspección" y "procedimiento sancionador"; sin que el procedimiento invertido en las primeras actuaciones deba tenerse en cuenta a los efectos de computar la caducidad. La contestación de la Abogacía del Estado debe ser acogida favorablemente pues la Administración debe comprobar antes de iniciar las actuaciones sancionadoras, si efectivamente existen indicios razonables de comisión de la infracción. **Esta actuación no supone una situación de indefensión para la demandante puesto que, una vez iniciado el expediente, puede alegar, y así lo hizo, lo que estima procedente en defensa de sus derechos.**»*

FTO. 3: « (...) finalmente, tampoco existe indefensión puesto que TF ha podido conocer y rebatir los hechos que se le imputaban y su forma de acreditación desde que se inició el expediente [sancionador].

La Abogacía del Estado al respecto invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/98 de 16 de marzo que al respecto destaca lo que ha de ser preservado en el procedimiento administrativo sancionador "son unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad". Esto se traduce en la legitimidad del sujeto, en este caso la CMT que tiene competencia para hacerlo; y de otro, el respeto al principio de contradicción que ha sido salvaguardado al dar traslado a TF del acuerdo de incoación de 20 de diciembre de 2007 (folio 143), y formular esta oposición tanto de dicho acuerdo (folio 149) como de la propuesta de resolución, siendo contestado por TF (documento nº 18, folio 315). »

Por último Audiotex indica que “Los llamados inspectores, **mediante la mentira o el engaño, sin desvelar que lo eran, sin emplazar a mi mandante para la práctica de la prueba y sin autorización judicial, se han dirigido a mi mandante planteándole problemas laborales, económicos y afectivos y pidiendo asistencia astrológica para, con base en la información obtenida e ilícitamente grabada, cancelar el uso del número y sancionarla. La prueba de cargo es nula de pleno derecho y ello vicia la irregular actuación administrativa seguida.**”

Para contestar a la citada alegación resulta necesario acudir a la Doctrina y Jurisprudencia que en relación con el engaño o mentira que pudiera suscitar la actitud de un agente tendente a acreditar la comisión de un delito, pues dicha actitud es conocida como la actitud de provocación de un delito o de una falta, -suscitada sobretudo en el ámbito del Derecho penal pues afectan a intereses públicos. Entre otras las sentencias SSTS, Sala 2ª, de 10 y 21 de julio de 1992[RJ 1992\6665 y RJ 1992\6770] indican que es *“la prueba obtenida a través del agente provocador cuando no existe quebranto del principio de legalidad y cuando se trata de delitos cometidos o en trance de cometerlos - lo que ocurre frecuentemente en los de trato sucesivo como el delito de drogas, etc...,- porque en tales casos el agente no trata*



de provocar la comisión de un delito sino de descubrir los cometidos, o los que se están cometiendo, o en vías de realización, tratando definitivamente de desenmascarar la trama y obtener pruebas de una actividad sobre la que se abrigan fundadas sospechas”.

En el caso que nos ocupa, los inspectores no trataron de proponer infracción alguna sino conseguir los medios suficientes para acreditar el ilícito, o lo que es lo mismo la obtención de pruebas que demostrasen que Servicios Audiotex estaba utilizando el número corto 11854 para prestar servicios de tarot o para adultos, siendo necesario que los inspectores entablaran conversaciones con la operadora.

Al respecto, las labores de inspección realizadas por esta Comisión son acordes con la actual normativa, por lo que deben desestimarse la totalidad de las alegaciones formuladas por la entidad Audiotex Teléfonica.

Sexto 2.- La desproporcionalidad de la sanción que se pretende

Por último Audiotex denuncia la desproporcionalidad de la sanción, (i) pues se ha aplicado incorrectamente el principio de proporcionalidad y (ii) no se han tenido en consideración ciertos criterios de graduación.

La primera alegación formulada por la entidad considera que la sanción propuesta ha sido calculada sobre una estimación subjetiva sin datos fehacientes que permitan conocer el beneficio obtenido.

Tal como se ha indicado en el apartado quinto que corresponde a los criterios seguidos para el cálculo de la sanción, esta Comisión no ha podido determinar el beneficio bruto obtenido por el infractor, y por ello, la sanción máxima que se podría imponer a la entidad asciende a dos millones de euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 b) de la LGTel. Mientras que para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción no existirá límite alguno motivado por la inexistencia de beneficio bruto para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En consecuencia, la sanción que se proponga imponer a la entidad Audiotex Teléfonica deberá atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.

Por ello esta Comisión considera que la sanción propuesta de 20.000 euros es del todo proporcionada por cuanto (a) se encuentra dentro de los límites legalmente previstos que son, como cuantía máxima a imponer por la imputación de la actividad cometida, 2 millones de euros y como sanción mínima no existe límite alguno, (b) efectivamente se ha tenido en cuenta el hecho de que Audiotex Teléfonica preste también servicios de consulta sobre números de abonado, (c) así como dos circunstancias atenuantes, y prueba de todo lo anterior es que la sanción supone un 1% de la cuantía máxima imponer. Por consiguiente, se desestima la alegación referente a que la sanción no cumple con el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la segunda alegación realizada por la entidad y referente a *“La aplicación incorrecta de los criterios graduación (...) no se valora para la atenuación en la imposición de la sanción otros criterios tales como la falta de intencionalidad y reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la ausencia de reincidencia, el inapreciable beneficio obtenido y la ausencia del daño causado”* cabe analizarlas una a una:



En cuanto a la falta de intencionalidad como circunstancia atenuante alegada por Audiotex Teléfonía, la Jurisprudencia considera que constituye un criterio eminentemente subjetivo que exigirá la apreciación de la voluntariedad del sujeto lo que supone que deberá examinarse las circunstancias en cada caso. En el presente supuesto, del hecho probado único, y concretamente de las tres inspecciones realizadas se ha constatado que Audiotex Teléfonía ha estado prestando durante un largo periodo a través del número 11854, servicios para adultos y tarot y servicios de consulta sobre números de abonado, modificándose el modus operandi de la prestación de los servicios. Por consiguiente, dicha actuación supone cierta intencionalidad, no de tipo consciente y voluntario, sino a título negligente. Por consiguiente, no puede considerarse como atenuante la no intencionalidad por parte de Audiotex.

En cuanto a la reiteración y reincidencia, ambas circunstancias la Doctrina aconseja analizarlas conjuntamente, e indica que *“En efecto, en el marco del derecho administrativo sancionador la reiteración se distingue de la reincidencia únicamente en que aquélla comprende a infracciones cometidas incluso con una diferencia temporal superior a una año, y es también independiente de que dichas infracciones participen o no de la naturaleza de la considerada, en la que se quieren hacer valer efectos agravatorios”*. En el presente procedimiento, se ha tenido en cuenta como atenuante –la inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad–, por lo que no procede considerar las citadas atenuantes ya que supondría en cierta forma reiterar los efectos de las mismas.

Asimismo, Audiotex Teléfonía considera que no se ha acreditado la derivación de daño ni perjuicio alguno. En cuanto a que la naturaleza de los perjuicios es nula, sólo cabe manifestar que en el momento en que se comete una infracción se está vulnerando el bien jurídico correspondiente, como es en el presente caso en el que se incumplen las condiciones de uso de la numeración que otorga expresamente la normativa, y ello en aras a proteger tanto a los operadores que actúan en el mismo ámbito como a los usuarios de los citados servicios, por consiguiente, no puede afirmarse la inexistencia de daño o perjuicio alguno.

Por último, en cuanto a la alegación referente a la no obtención de beneficio, motivo que debería considerarse como atenuante, esta Comisión considera que en efecto no ha podido calcularse el citado beneficio por la falta de datos los cuales podrían haber sido facilitado por la misma entidad en cualquier momento de procedimiento, si bien este hecho no implica que la entidad no haya obtenido beneficio alguno.

A mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia ordinaria ha declarado que en los procedimientos punitivos-sean penales o administrativos- los hechos eximentes, los atenuantes, o extintivos deben ser probados por el imputado que los alegue (STS de 10 de diciembre de 2002, STS de 23 de junio de 2005).

Por todo ello, se considera que no puede admitirse las circunstancias atenuantes invocadas por los motivos alegados y la falta de acreditación correspondiente.

Vistos los Antecedentes de hecho, Hechos probados y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,



RESUELVE

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

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

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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 aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. 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 la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 3 del artículo 48 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.