



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 37/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de noviembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Xtra Telecom, S.L. contra la Resolución de fecha 14 de julio de 2011 recaída en el procedimiento sancionador incoado contra la recurrente y otros operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició de oficio un procedimiento sancionador contra determinados operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público obligados a suministrar los datos de sus abonados a esta Comisión, de conformidad con la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia (en adelante, Circular 2/2003).

Finalizada la instrucción, la resolución impugnada declaró probado que, entre otros, Xtra Telecom, S.L. (en adelante, XTRA) había incumplido su obligación de suministrar de forma completa los datos de sus abonados a esta Comisión entre enero y diciembre de 2009. Dicha conducta es constitutiva de una infracción prevista en la letra q) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) y por su comisión se impone a la recurrente una sanción de 40.000 euros.



SEGUNDO.- Recurso de reposición.

Contra la anterior resolución Xtra Telecom ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 23 de agosto de 2011. En él, la recurrente solicita la reducción de la sanción tanto en la cuantía como en el grado propuestos sobre la base de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad, naturaleza de los perjuicios causados y situación económica del infractor.

Los motivos en los que se fundamenta esta petición son, en síntesis, los siguientes:

1. Defectuoso funcionamiento e ineficiencias técnicas del sistema implementado para la Gestión de Datos de Abonados (SGDA). Los errores de carga de ficheros y desconexiones han causado lentitud y deficiencia del sistema. De esta manera se infringirían los principios de buena fe y de confianza legítima.
2. La vulneración del principio de proporcionalidad, puesto que la conducta de la recurrente sancionada (no aportar los datos dentro del plazo previsto) tendría menor gravedad que la de otros operadores (no aportar ningún dato) con mayores cuotas de mercado y cuantiosos medios económicos. Además, la sanción no ha sido graduada atendiendo a circunstancias concurrentes como la falta de alteración de la competencia efectiva entre operadores, inexistencia de infracciones similares anteriores, escasa repercusión social, escaso número de abonados y la situación económica de XTRA.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

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



La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por XTRA como un recurso de reposición contra la Resolución de fecha 14 de julio de 2011 recaída en el procedimiento sancionador RO 2010/2177, incoado contra la recurrente y otros operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia.

SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La recurrente tiene la condición de interesado porque ya lo era en el procedimiento sancionador en el que recayó la resolución recurrida. En efecto, se trata de un operador inculcado en ese expediente, finalmente declarado responsable de una infracción administrativa y sancionado con una multa.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se admitió a trámite por resolución del Secretario de fecha 28 de agosto de 2011.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado (artículo 116.1 de la LRJAP y PAC).

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



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los hechos sancionados y el principio de confianza legítima.

La resolución recurrida sanciona a XTRA por no facilitar los datos de sus abonados al servicio telefónico disponible al público durante los meses de enero a diciembre de 2009 para la elaboración de guías, prestación de servicios de directorio y los servicios de emergencias, según lo previsto en la Circular 2/2003.

Este hecho, cuya efectiva concurrencia la recurrente niega al entender que no ha incumplido la Circular 2/2003 sino únicamente el plazo que se había otorgado para cumplimentarla, junto a los argumentos adicionales de dificultades técnicas del sistema SGDA y falta de perjuicio a la competencia, ya han sido analizados en el procedimiento administrativo del que el presente recurso trae causa, sin que la recurrente haya aportado pruebas o argumentos nuevos que desvirtúen las legalidad de las conclusiones en las que fundamenta esta Comisión la Resolución impugnada.

Por otra parte, la recurrente alega una presunta vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima. Esta alegación se ampara en lo acordado en la Resolución de esta Comisión de fecha 16 de septiembre de 2010 (Expediente AJ 2010/1444) que tenía por objeto la ampliación del plazo fijado para la realización de una carga extraordinaria de datos de abonados durante el año 2010.

Sin embargo, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, en dicha Resolución esta Comisión se limitó a ampliar en dos meses el plazo que se había establecido por Resolución de 23 de junio de 2010 para llevar a cabo una carga extraordinaria de datos. Contrariamente a lo alegado por la recurrente, a pesar de las dificultades técnicas identificadas en el SGDA, en ningún apartado de la citada Resolución se reconoció la necesidad de establecer un período de adaptación para cumplir con una norma que ya resultaba de plena aplicación desde el año 2004.

De igual manera, XTRA argumenta que ha sido sancionada pese a que procedió a efectuar la carga de datos de sus abonados en las fechas indicadas en la Resolución de fecha de 16 de septiembre de 2010, y que esta Comisión reconoció en la referida Resolución que la demora en el cumplimiento de la obligación no suponía un perjuicio exagerado para el interés público.

En este sentido, cabe señalar que el incumplimiento en la carga de datos al SGDA en el año 2009 es independiente de que el operador haya empezado a suministrar los datos de sus abonados con la carga extraordinaria de fecha 11 de noviembre del 2010, a partir del requerimiento efectuado por esta Comisión mediante la Resolución de 23 de junio de 2010.

La Resolución aludida de 16 de septiembre de 2010 se limita a pronunciarse sobre la extensión del plazo otorgado por esta Comisión para el cumplimiento de una única carga de carácter extraordinario perfectamente delimitada. Lo que de ninguna manera puede interpretarse en el sentido de que aquélla Resolución regula la forma en la que se ha de dar general cumplimiento a la Circular 2/2003. Por lo tanto, no puede utilizarse la citada Resolución como coartada para tratar de disminuir la gravedad de los hechos por los que se le ha sancionado ni para eludir la responsabilidad por los perjuicios causados al interés público, o para amparar su alegación de que la Resolución impugnada haya implicado una violación de los principios de buena fe y confianza legítima, como argumenta XTRA.



Una interpretación conjunta de los principios de buena fe y confianza legítima lleva a la idea de que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo (jurídicamente exigible) que el administrado pueda confiar en la Administración, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivables. Esos signos o hechos externos deben ser suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos (STS, Sala 3ª, de 8 de junio de 1990, Ar. 5180).

Por lo que, el principio de confianza legítima plasmado en los artículos 103 CE y 3.1.II de la LRJAP y PAC sólo puede invocarse en relación a actos de la Administración que hayan inducido a orientar la conducta de quien la invoca y viene referido siempre a actuaciones administrativas previas y debidamente manifestadas como declaraciones de voluntad administrativa, de manera que sólo en el caso de que exista una decisión administrativa previa encuentra amparo el principio de confianza legítima. En estos términos se pronuncian los tribunales, como la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencias como, por ejemplo, la muy reciente de fecha 5 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 599/2009).

El principio invocado también se caracteriza por las notas de *“previsibilidad y seguridad jurídica”* así como por la suma de certeza y legalidad e interdicción de la arbitrariedad (STS 7 de abril de 2007 RJ 2007/3301, STC de 19 de junio de 2006). En este sentido, cabe recordar que en el año 2009 XTRA conocía con certeza la obligación legal que le correspondía de remitir los datos de sus abonados en virtud de lo estipulado en el Circular 2/2003 y, sin embargo, no lo hizo. Lo que no puede pretenderse es que el alegado cumplimiento de una carga extraordinaria de datos en el año 2010 revista de aparente legalidad un manifiesto incumplimiento de la normativa regulatoria. O lo que es lo mismo, el supuesto hecho de atender requerimientos posteriores del órgano regulador no exonera a un operador del cumplimiento de sus obligaciones en un periodo anterior concreto.

Tal y como ha sido expuesto, en el caso específico de la resolución recurrida, la tramitación de un procedimiento sancionador por el incumplimiento de la Circular 2/2003 de ninguna manera puede admitirse que sea una acción imprevisible, ni tan siquiera desde el punto de vista de la protección de las expectativas del administrado, ya que para que las hipotéticas esperanzas de no ser sancionado puedan ser fundadas, éstas deben de haberse generado a través de *“garantías concretas, incondicionales y concordantes, conformes con las disposiciones y normas aplicables”* (TJCE Sentencia de 17 diciembre 2010, caso EWRIA y otros/Comisión. TJCE 2010\405). Y precisamente, un principio general del derecho, como el de confianza legítima, no puede aplicarse *“contra legem”*.

En el presente supuesto no se cumple el requisito de la decisión administrativa previa en la que esta Comisión se haya manifestado expresamente acerca de la falta de necesidad de actualización de los datos de abonados a través del SGDA o sobre cualquier otro extremo relativo a los hechos sancionados que descarte dicha obligación de los operadores del servicio telefónico. Que esta Comisión no haya sancionado antes esos incumplimientos no impide que el deber legal se desvanezca y que se deje a la voluntad de los operadores su cumplimiento. En efecto, tras el correspondiente periodo de información previa, por Resolución de fecha 26 de junio de 2010 se acordó el inicio del procedimiento sancionador que concluyó con la resolución recurrida y en la que se requería a los operadores para que procedieran al suministro de los datos de sus abonados de acuerdo con las especificaciones técnicas definidas en la Circular 2/2003.



SEGUNDO.- Sobre la alegada vulneración del principio de proporcionalidad.

En relación con la cuantía de la sanción impuesta en la resolución recurrida, XTRA expresa su disconformidad con los criterios de graduación aplicados por esta Comisión al considerar que éstos no se adecúan al principio de proporcionalidad.

En este sentido, la entidad solicita que se haga una mayor valoración de las diversas circunstancias atenuantes que, a su parecer, concurren en su actuación, como la dificultad para el cumplimiento de la Circular 2/2003, la ausencia de procedimientos sancionadores por el incumplimiento de dicha Circular, la escasa repercusión social y la naturaleza de los perjuicios causados en relación con el número de abonados.

Respecto a esta última alegación, la operadora considera que la circunstancia de que el número de abonados en acceso directo fuera menor del que se había considerado en la propuesta de resolución, según se puso de manifiesto en la propia Resolución del Consejo de esta Comisión **[CONFIDENCIAL]** debió repercutir también en un descenso más notable de la sanción por el menor riesgo de los intereses objeto de protección.

En contestación a lo anterior, debemos manifestar que , la Resolución sancionadora, que analiza detalladamente la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractoras a las que se refieren el artículo 131.3 de la LRJAP y PAC y 56.2 de la LGTel (fundamento de derecho cuatro, a partir de la página 43 de 55), ya tuvo especialmente en cuenta el menor número de abonados de los que XTRA tenía la obligación de facilitar los datos a través del SGDA, de modo que la sanción impuesta fue reducida un 20% (10.000 euros) respecto a la propuesta de resolución inicial.

El principio de proporcionalidad modula la actuación de la Administración al imponerle una frontera o límite en su actividad represiva. Los referidos artículos 56.2 de la LGTel y 131 LRJAP y PAC fijan unos criterios de individualización y modulación de las sanciones en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. La Resolución impugnada especifica los factores objetivos y subjetivos tomados en cuenta en la modulación de la sanción impuesta tras el análisis de los elementos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización.

Por otra parte, respecto a la cifra de ingresos indicada en la resolución, XTRA señala que los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada como indicativos de su situación económica deberían limitarse exclusivamente al servicio telefónico disponible al público (STDP), sin incluir los servicios de interconexión ni de alquiler de circuitos, de lo que resultaría una cifra inferior a los **[CONFIDENCIAL]** considerados por la Comisión en su Resolución y por lo tanto, la cuantía de la sanción debería resultar minorada.

En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta que los ingresos que se computaron en el procedimiento de instancia proceden de los declarados por el propio operador ante esta Comisión para la liquidación de la tasa general de operadores e incluían no sólo los ingresos brutos de explotación por la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público sino por todos sus servicios, dado que XTRA no desglosó dicha información.

La recurrente indica en su escrito que la valoración de su situación económica debió realizarse teniendo en cuenta únicamente sus ingresos por la prestación del servicio telefónico fijo disponible



al público (STFDP), y afirma que la cifra indicada para la elaboración del Informe Anual del año 2009 en el apartado "Servicio Telefónico Fijo" asciende a [CONFIDENCIAL], a pesar de que los datos obrantes en esta Comisión determinan dichos ingresos en un total de [CONFIDENCIAL].

Asimismo, la operadora señala que el resto de sus ingresos proceden de la prestación del servicios distintos al servicio telefónico disponible al público, concretamente [CONFIDENCIAL] corresponden a servicios de interconexión y [CONFIDENCIAL], a servicios de alquiler de circuitos.

En relación con esta alegación, debe tenerse en cuenta que la cantidad relativa a los servicios mayoristas de interconexión ha sido considerada para el conjunto de los operadores sancionados dentro de la actividad del servicio telefónico disponible al público, dado que se computó la cifra declarada a efectos de la tasa general de operadores, que se refiere a las categorías inscritas en el Registro de Operadores, y por tanto, no contiene un apartado relativo a los ingresos obtenidos por servicios de interconexión.

En la determinación de la rama de actividad afectada y valoración de la situación económica de cada entidad, el análisis no puede limitarse a la vertiente minorista del servicio telefónico disponible al público, sino que ha de extenderse también a los ingresos obtenidos por actividades relacionadas con dicho servicio minorista, comprendidos en el ámbito mayorista, pudiendo tenerse en consideración, por lo tanto, los servicios de interconexión.

En todo caso, la modificación de la cuantía de los ingresos no afectaría a la determinación del límite máximo del importe de la sanción por la infracción del artículo 53.q) de la LGTel, que de conformidad con el artículo 56.1.a) de dicho texto legal, seguiría siendo de 20 millones de euros.

Por lo tanto, la multa impuesta a la recurrente no es desproporcionada, pues se ha ponderando razonada y motivadamente las circunstancias concurrentes y está dentro de los límites legalmente previstos pero en sus tramos inferiores. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 marzo 2007 (JUR 2007\297434) al reconocer que la imposición de las sanciones dentro del grado mínimo es suficientemente significativa de la valoración a la baja y del respeto del principio de proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la ponderación de la situación económica con el resto de circunstancias atenuantes para la determinación de la sanción, también es destacable que, aun tomando en consideración únicamente la cifra aportada por XTRA para la prestación del servicio telefónico disponible al público en el informe Anual del año 2009, dicho operador seguiría siendo, de entre todos los sancionados por no suministrar los datos de ningún abonado, el segundo con una mayor cantidad de ingresos, habiéndose impuesto una sanción inferior a la de operadores que cuentan con más abonados al servicio telefónico disponible al público pero cuyos ingresos por la prestación de dicho servicio resultan inferiores [CONFIDENCIAL], e igual a la de operadores que cuentan con unos ingresos [CONFIDENCIAL] por la realización de la misma conducta imputada a XTRA pero con un mayor número de abonados.

De lo anterior, resulta evidente que la cifra de ingresos por la prestación del STFDP considerada para valorar su situación económica, a pesar de ser inferior a la indicada en el procedimiento, no modificaría la cuantía de su sanción, dado que la aplicación de dichos criterios no se realiza de forma aritmética y XTRA, aun teniendo menos abonados que otros operadores, sigue teniendo unos ingresos significativamente superiores a los del resto de operadores sancionados por la misma cuantía por el incumplimiento de la Circular 2/2003.



En consecuencia, resulta adecuada la ponderación realizada entre la gravedad de la conducta y los ingresos del operador para determinar el importe de la sanción, sin que la variación de la cifra de ingresos por considerar únicamente los procedentes del servicio telefónico disponible al público sea significativa a efectos de la determinación de la sanción, teniendo en cuenta el límite máximo de la multa y la mínima cuantía de la sanción impuesta.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición de Xtra Telecom Ingeniería y Consultoría, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de julio de 2011, recaída en el procedimiento sancionador RO 2010/2177, incoado contra la recurrente y otros operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia.

Este certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

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