

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO CONTRA
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO
DE LA CIRCULAR 1/2013, SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE SUMINISTRO Y
RECEPCIÓN DE LOS DATOS DE LOS ABONADOS****SNC/DTSA/099/18****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 24 de julio de 2019

Visto el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Periodo de información previa IFP/DTSA/019/16 y acuerdo de incoación de procedimiento sancionador**

Con fecha 11 de julio de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado conjuntamente por varias entidades que prestan servicios de consulta telefónica sobre números de abonado y empresas que procesan los datos de los abonados para las anteriores entidades, por el que ponían en conocimiento de esta Comisión determinadas conductas de varios operadores, entre los que se encuentra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), en relación con la puesta a disposición de los datos de sus abonados a través del Sistema de Gestión de Datos de los Abonados (SGDA) que habrían provocado un descenso paulatino de los datos disponibles para estas entidades a través del citado SGDA.

En el marco del período de información previa con número de referencia IFP/DTSA/019/16, en fecha 21 de octubre de 2016, se solicitó a varios operadores determinada información relativa al cumplimiento de sus obligaciones de suministro de datos de sus abonados a través del SGDA. (folios 54 a 58 del expediente administrativo). El citado periodo de información previa se abrió con el fin de analizar los hechos puestos de manifiesto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Tras la realización de las actuaciones previas, que incluyeron varios requerimientos de información y el informe del Administrador de Sistemas del SGDA -actualmente, la Subdirección de Sistemas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la CNMC- (folios 46 a 48), el 6 de septiembre de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Telefónica (folios 1 a 12) como presunto responsable directo de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel). Dicha presunta infracción consistiría en el cumplimiento defectuoso de la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados (Circular 1/2013)¹.

En fecha 7 y 11 de septiembre de 2018 se procedió a notificar el citado acuerdo al instructor del procedimiento sancionador (folios 13 a 14), así como a Telefónica, respectivamente (folios 15 a 18).

SEGUNDO.- Acceso al expediente de Telefónica

En fecha 13 de septiembre de 2018, Telefónica solicitó el acceso a la documentación obrante en el expediente administrativo (folios 19 a 23). El acceso se produjo el día 10 de octubre de 2018 (folios 52 a 55).

TERCERO.- Ampliación del plazo para formular alegaciones

En fecha 20 de septiembre de 2018 Telefónica solicitó una ampliación del plazo de un mes para presentar sus alegaciones al acuerdo de incoación (folios 23 a 27). La solicitud fue resuelta favorablemente y se acordó el día 15 de octubre de 2018 una ampliación del plazo inicialmente fijado en diez días hábiles adicionales (folios 56 a 59).

¹ Publicada en el B.O.E. (núm. 99) de fecha 25 de abril de 2013.

CUARTO.- Incorporación de documentación obrante en el expediente de información previa IFP/DTSA/019/16

Con fecha 10 de octubre de 2018 el instructor acordó incorporar al procedimiento la documentación obrante en el expediente de información previa IFP/DTSA/019/16 que específicamente había sido tomada en cuenta para la incoación del presente procedimiento a Telefónica (folios 28 a 51).

QUINTO.- Escritos de alegaciones de Vodafone

Con fecha 26 de octubre de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Telefónica en el cual formulaba una serie de alegaciones en relación con la incoación del procedimiento sancionador (folios 60 a 92).

SEXTO.- Requerimiento de información a Telefónica

Con fecha 28 de febrero de 2019, el instructor del presente procedimiento requirió a Telefónica que aclarase la posible relación entre la falta del suministro en el SGDA de las líneas de Telefónica identificadas en el expediente de información previa IFP/DTSA/019/16 y los eventuales cambios en la relación contractual de Telefónica con dichos abonados. Se solicitó expresamente toda la documentación acreditativa relativa a un listado de cien (100) números seleccionados de forma aleatoria (folios 99 a 104).

Dicho requerimiento fue contestado por Telefónica, tras una ampliación de plazo (folios 109 a 112), mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2019 (folios 113 a 208).

SÉPTIMO.- Solicitud de información al Administrador de Sistemas

Con fecha 4 de abril de 2019 el instructor solicitó información al Administrador de Sistemas del SGDA para contrastar la información presente en el SGDA respecto de la aportada por Telefónica en su escrito de contestación de 21 de marzo de 2019.

En respuesta a dicha petición, con fecha 8 de mayo de 2019 se recibió la información solicitada (folios 216 a 226).

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad de la documentación aportada por Telefónica

Con fecha 10 de mayo de 2019 el instructor declaró confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de Telefónica de fechas 26 de octubre de 2018 y 21 de marzo de 2019 (folios 227 a 233).

NOVENO. - Propuesta de resolución

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 10 de mayo de 2019 (folios 234 a 262), que fue notificada a Telefónica (folio 274) el día 20 de mayo de 2019.

En ella se proponía declarar a Telefónica responsable directa de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el cumplimiento defectuoso de la Resolución de 14 de marzo de 2013, por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados. Además, se proponía la imposición de una sanción de veinticuatro mil euros (24.000 €) por la anterior conducta.

DÉCIMO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 30 de mayo de 2019, el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente Administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 275).

UNDÉCIMO.- Alegaciones de Telefónica a la propuesta de resolución

Con fecha 20 de junio de 2019 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentada por Telefónica de España (folios 276 a 328).

En síntesis, Telefónica alega que no se ha acreditado que la información de sus abonados figurase desactualizada y que, por el contrario, se habría invertido la carga de la prueba, al ser Telefónica quien debe probar, a su juicio, que su conducta no es antijurídica. No obstante, aporta, en relación con las líneas que causaron baja en el año 2016, un documento Anexo que incluye las comunicaciones de baja en SGDA durante 2016.

También se opone la antijuridicidad de la conducta, al considerar que Telefónica cumple regularmente con las obligaciones de suministro de datos que le impone la Circular 1/2013, lo que descartaría una situación de incumplimiento. Por el contrario, se trataría de un mero error puntual en el contexto de una actuación diligente.

Además, en relación con las cargas de datos en SGDA, describe su conducta y la preocupación expuesta a la CNMC en relación con las inconsistencias detectadas, lo que llevó, a petición suya, a acordar la carga extraordinaria de 2017. Ello descartaría la omisión del deber de cuidado que exige la responsabilidad administrativa de tipo culposo.

DUODÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 329).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Durante el mes de mayo de 2017, Telefónica dejó de suministrar en el Sistema de Gestión de Datos de Abonados (SGDA), datos de treinta y cuatro mil quinientas treinta y nueve (34.539) líneas telefónicas de abonados del servicio telefónico fijo que previamente sí proporcionaba a través del SGDA, sin informar de dicha circunstancia de conformidad con lo establecido en la Circular 1/2013

Según se ha acreditado en el presente procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de la documentación incorporada procedente del expediente IFP/DTSA/019/16 -en el que se ponía de manifiesto la disminución del volumen de datos de los abonados que determinados operadores, entre los que se encuentra Telefónica, proporcionan a través del SGDA a los distintos tipos de entidades habilitadas para su descarga-, como se analiza a continuación.

En este sentido, con el objeto de aclarar ciertas informaciones aportadas en el marco del expediente de información previa con número de referencia. IFP/DTSA/019/16, con fecha 9 de enero de 2018, la Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas, de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, solicitó información al Administrador de Sistemas del SGDA respecto a la ausencia de los datos de determinados abonados que algunas entidades habrían detectado (folios 44 a 45).

En respuesta a dicha petición, con fecha 17 de enero de 2018 se recibieron varios ficheros con la información solicitada, entre la que se detectó la ausencia de 34.539 líneas telefónicas que, a partir de la ventana de carga extraordinaria abierta el 22 de mayo de 2017, dejaron de ser suministradas en el SGDA por Telefónica, pero que sí estaban disponibles en la citada plataforma desde la implantación del SGDA en el año inmediatamente anterior (folios 46 a 48).

En concreto, antes de dejar de aparecer en el SGDA, dichas líneas fueron suministradas al sistema por Telefónica entre el 15 de mayo de 2016 y el 14 de

mayo de 2017, de conformidad con la información reflejada en la fecha de extracción² de cada número (folio 48).

La tabla siguiente ilustra los datos anteriores³:

<i>Total de líneas perdidas en 2017</i>	<i>Consentimiento del abonado titular de numeración fija para su inclusión en guías/consulta</i>
34.539	32.853

Líneas suministradas por Telefónica en el actual SGDA que dejaron de estar disponibles en mayo de 2017

Sin embargo, tras la ventana extraordinaria de carga que se abrió en el SGDA durante el mes de mayo de 2017 para que los operadores suministrasen los datos de la totalidad de sus abonados debidamente actualizados, se constató la desaparición de las mencionadas 34.539 líneas telefónicas que hasta ese momento eran suministradas por Telefónica, sin que ese operador informara previamente –de conformidad con los procedimientos establecidos en la Circular 1/2013- de ninguna circunstancia que motivase dicha omisión.

SEGUNDO.- Los datos de las líneas citadas, suministrados por Telefónica en el SGDA hasta mayo de 2017, incluían datos de abonados que previamente habían causado baja en dicho operador

En su escrito de 26 de octubre de 2018 (folios 60 a 92), Telefónica alega que mantiene actualizados los datos de sus abonados desde la puesta en funcionamiento del actual SGDA y que comunicó sus altas, bajas o modificaciones dentro del plazo máximo establecido en la Circular 1/2013 desde que se produce cada alta, baja o modificación de la línea.

Asimismo, indica que las 34.539 líneas identificadas por la CNMC no desaparecieron de forma paulatina en el SGDA, sino que Telefónica dejó de incluirlas en la carga extraordinaria de totales del mes de mayo –solicitada por la propia Telefónica a la CNMC y realizada el 22 de mayo de 2017- y pone de relieve que la cifra de líneas detectada es similar al promedio de bajas que Telefónica comunica semanalmente en el SGDA. Por otra parte, Telefónica manifiesta que en una carga de totales se comunican todos los datos actualizados de los abonados de ese operador, por lo que se excluirían las bajas anteriores y tampoco se podría informar de las mismas marcando el código atribuido a las bajas en la Circular 1/2013 (código 2).

² De conformidad con lo dispuesto en los Anexos I y III de la Circular 1/2013, la fecha de extracción indica la fecha en la que el operador ha extraído los datos de abonado de sus sistemas de información –es decir, la fecha de registro de los datos de que se trate en sus sistemas-.

³ La tabla diferencia entre el total de líneas desaparecidas y las líneas que hasta la fecha tenían el consentimiento del abonado para ser suministradas a las entidades prestadoras del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados y guías telefónicas –y no para entidades habilitadas para prestar servicios de emergencias-.

De las anteriores alegaciones cabe deducir que, para Telefónica, la ausencia en el SGDA de las 34.539 líneas se debería a bajas de los abonados que se produjeron en el periodo comprendido entre su última comunicación actualizando datos⁴ y la carga de totales extraordinaria de 22 de mayo de 2017, de modo que dichas bajas no se comunicaron al SGDA de acuerdo con el procedimiento general establecido en la Circular 1/2013.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la cantidad de líneas afectadas (34.539), con fecha 28 de febrero de 2019 se requirió a Telefónica más información sobre cien (100) de las líneas identificadas inicialmente⁵, con objeto de poder determinar si existía una posible relación entre la falta del suministro de dichas líneas en el SGDA por parte de Telefónica y los eventuales cambios – concretamente, bajas- en la relación contractual de Telefónica con dichos abonados (folios 99 a 101).

En concreto, en dicha solicitud se solicitó a Telefónica que:

- *“Remita toda la documentación referente a posibles bajas de los abonados a los que pertenecen las líneas recogidas en el anexo, incluyendo en su caso, grabaciones de las solicitudes del abonado para la baja o portabilidad de esa línea (especifique la fecha de cada solicitud).”* (folio 99)

En respuesta a dicho requerimiento, en su escrito de 21 de marzo de 2019, Telefónica aportó información sobre 56 de las 100 líneas identificadas, por ser líneas cuya baja se tramitó en 2017 y señaló que las restantes (44 líneas) se referirían a bajas cursadas en el año 2016 y que no serían objeto del presente procedimiento sancionador (folios 116 a 117).

Para fundamentar lo anterior, Telefónica aportó:

- Una tabla Excel con información de las 56 líneas que se dieron de baja en 2017, incluyendo tanto la fecha en la que Telefónica habría registrado cada baja como la fecha en la que, en su caso, Telefónica habría comunicado la misma en el SGDA (folio 118).
- Copias de pantalla de los sistemas de Telefónica identificando el registro de baja de los servicios de veintiséis (26) números (folios 182 a 207), incluyendo, para siete (7) de ellos, las grabaciones de las solicitudes de baja por parte de los abonados (folios 209 a 215)).

⁴ Sus dos últimas cargas de ficheros incrementales se realizaron los días 8 y 16 de mayo de 2017.

⁵ Las 100 líneas han sido seleccionadas mediante un generador de números aleatorio (folios 82 a 86). Asumiendo máxima indeterminación en la estimación ($p=50\%$) y un nivel de confianza del 95%, el error muestral que se obtendría es del 9,8%.

- Copia de otra grabación en la que el abonado solicita la baja en Telefónica sin copia de pantalla del registro de baja en sus sistemas (folio 208).
- Un fichero con copia de los registros en formato XML⁶ correspondientes a treinta y ocho (38) números cuyos abonados eran titulares de más de una línea y respecto de los cuales Telefónica comunicó la baja en el SGDA mediante un movimiento de “*modificación*”⁷ (folios del 119 al 181).

Examinada la documentación anterior, en primer lugar, se constata que Telefónica habría comunicado algunas de las bajas de las líneas en el SGDA mediante modificaciones (informadas con el código 3 –véase *infra* el Fundamento Jurídico Material Primero, sobre tipificación-) en los supuestos en los que el abonado contara con varias líneas y solo diera de baja algunas de ellas (por tanto, cuando el abonado seguía siendo cliente de Telefónica respecto a otras líneas). En concreto, considerando la información del fichero con los registros en XML y la obrante en la tabla Excel, dicha cifra ascendería a 41 de las 100 líneas del muestreo.

En vista de lo anterior, el instructor solicitó un segundo informe al Administrador de Sistemas del SGDA (folios 216 a 219) para conocer los movimientos registrados en el SGDA respecto de las líneas que Telefónica señalaba que comunicó su baja mediante modificaciones (en concreto, se solicitó información sobre las operaciones informadas sobre cada número -incluyendo altas, bajas y todas las modificaciones registradas en el SGDA-, así como las fechas de extracción correspondientes).

Mediante ese informe, se ha podido comprobar que, efectivamente, Telefónica comunicó las bajas de 39 de las 41 líneas identificadas a través de modificaciones (informadas en el SGDA con el código 3).

En lo que se refiere a los otros dos casos⁸, no se ha acreditado que Telefónica informase de modificaciones que afectaran a esos números antes de la carga extraordinaria de mayo de 2017, pero de la información que ha aportado Telefónica relativa a la fecha de registro de la baja del abonado en sus sistemas y grabaciones, se ha comprobado que las solicitudes de baja de esos abonados fueron tramitadas internamente por Telefónica entre los días 11 y 16 de mayo de 2017, por lo que no pudo comunicarlas en el SGDA antes de la carga extraordinaria de totales de mayo de 2017, conforme a la periodicidad establecida en la Circular 1/2013.

⁶ Los Anexos I a IV de la Circular 1/2013 prevén que la información de los abonados se facilite en formato XML -*Extensible Markup Language*-

⁷ Informando con el código 3 el campo “*Operación*” (Anexos I a IV de la Circular 1/2013).

⁸ Los números **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo únicamente a las fechas internas de baja del abonado informadas por Telefónica (tanto en la mencionada tabla Excel como las que aparecen en las grabaciones y copias de pantalla de las solicitudes cuando están disponibles), debe ponerse de relieve que, en 10 ocasiones, existe una diferencia de varios meses entre esas bajas y las fechas en las que Telefónica las comunicó en el SGDA **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Además, para 2 de esas 10 líneas –y para otras 3 de las señaladas en la tabla Excel- la información que aparece sobre la fecha de la posible baja del abonado en Telefónica no se sustentaba ni en grabaciones de baja del abonado, ni en las bajas registradas en las copias de pantalla de los sistemas de Telefónica, sino que únicamente se encontraba en la propia tabla Excel aportada por el operador junto a su escrito de 21 de marzo de 2019.

En consecuencia, se consideró en la propuesta de resolución que, para esos 5 números⁹ (**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**), Telefónica no ha acreditado la fecha en la que se produjo la baja del abonado¹⁰.

Sin embargo, a partir de la documentación aportada junto con el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, mediante la copia de pantalla del Sistema de Telefónica se ha comprobado que uno de esos 5 números (**[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**)^[8] se dio de baja el día 17 de mayo de 2017, por lo que en ese caso tampoco pudo comunicar la baja en el SGDA antes de la carga extraordinaria de totales de mayo de 2017, conforme a la periodicidad establecida en la Circular 1/2013.

En cambio, y por otra parte, analizando la información aportada por Telefónica, la investigada ha aportado información expresa de 26 líneas¹¹, relativa a la fecha de registro de la baja del abonado en sus sistemas¹² y grabaciones.

De estas 26 líneas, cabe destacar que 14 se habrían dado de baja por solicitudes de los abonados registradas entre el 16 de enero y el 25 de abril de 2017 y todas excepto una¹³ fueron comunicadas expresamente por Telefónica en el SGDA mediante modificaciones entre el 23 de enero y el 1 de mayo de 2017, de acuerdo con el procedimiento previsto en la Circular 1/2013.

⁹ En concreto, los números **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

¹⁰ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

^[8] Telefónica también aporta copia de pantalla del número **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, pero junto a la baja, la misma captura de pantalla también refleja una nueva alta de ese número durante el periodo indicado (en concreto, no ese número no se da de baja hasta el 20 de septiembre de 2018).

¹¹ Estas 26 líneas forman parte de las 41 líneas examinadas en el informe del Administrador del Sistema.

¹² La copia de pantalla del número **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** no incluye ninguna fecha, por lo que no se tiene en cuenta,

¹³ **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**

Por su parte, las restantes 12 bajas (de las 26) se produjeron en el intervalo de tiempo entre la última actualización de Telefónica de mayo de 2017 y la carga extraordinaria del día 22 del mismo mes, señalándose que dichos números dejaron de suministrarse en el SGDA en esa carga de totales de mayo (Telefónica identifica 16 números en esta situación, pero para 4 de ellos no aporta grabaciones ni copias de pantalla vinculadas a las bajas, siendo 4 de los 5 números que ya se han señalado como líneas sin otra fecha de baja que la de su propio Excel).

Finalmente, respecto de las 44 líneas para las que Telefónica no aporta más información por referirse a bajas cursadas en el año 2016, tras el análisis de la documentación aportada junto con el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución para 42 de las 44 líneas, se considera acreditado que 17 de ellas se dieron de baja mediante modificaciones (código 3) y dicha baja fue comunicada a SGDA. Del resto (25), debe señalarse que:

- Para 7 números la información de la fecha de baja solo aparece reflejada en la tabla Excel que se acompaña como Documento Anexo 2 al escrito de alegaciones¹⁴.
- En otros 14 números consta una fecha en el fichero cargado, pero con varios meses de diferencia desde la fecha en la que en el fichero se indica que se produjo la baja¹⁵.
- Para los 4 números restantes, en el Excel solo figura el número de abonado, sin ninguna información de fecha de baja, ficheros o pantallazos¹⁶.

En conclusión, y de los datos del muestreo analizado, tras considerar los aportados por Telefónica en el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución, se concluye que en 37 números Telefónica no comunicó las bajas atendiendo al procedimiento de actualización de datos previsto en la Circular 1/2013. En concreto, para 24 de ellos se informó de la baja de abonado varios meses después de que esta se hubiera producido (los diez identificados en la propuesta de resolución y los 14 que se identifican de los datos aportados por Telefónica). Para los 13 restantes, no se aporta documentación que acredite la baja del abonado en esas fechas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, si bien Telefónica no ha acreditado documentalmente la totalidad de las bajas, se considera suficientemente probado el hecho de que los abonados que Telefónica dejó de informar a partir de la carga extraordinaria de mayo de 2017 habían causado baja en dicho operador previamente.

¹⁴ [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]

¹⁵ [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]

¹⁶ [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]

TERCERO.- Conclusiones de los hechos probados

Teniendo en cuenta los documentos y datos recabados durante la tramitación del presente expediente y las propias declaraciones de Telefónica, se considera probado que las 34.539 líneas telefónicas que Telefónica dejó de suministrar hasta la carga extraordinaria de totales del mes de mayo de 2017 se correspondían con abonados que ya se habían dado de baja con Telefónica entre mayo de 2016 (Telefónica no especifica las fechas concretas del año 2016 en las que se darían de baja esos abonados que venía cargando desde el 15 de mayo de 2016) y mayo de 2017 (en concreto, hasta la carga extraordinaria de totales de 22 de mayo de 2017).

No obstante, ha quedado acreditado que, desde la entrada en producción del SGDA en el mes de abril de 2016 y como mínimo hasta mayo de 2017, Telefónica no comunicó las bajas de algunos de esos abonados en el SGDA de conformidad con el procedimiento de actualización previsto en la Circular 1/2013, ni tampoco indicó en todos los casos, la existencia de modificaciones en su estado que permitieran conocer el motivo para dejar de suministrarlos, por lo que mantuvo desactualizada la información de sus abonados disponible a través del SGDA.

Lo anterior se pone de manifiesto en el hecho probado segundo para 37 de los 100 números requeridos a Telefónica, para los que, o bien informó de la baja del abonado en el SGDA varios meses después de haberse producido (en 24 casos), o bien (en los otros 13 casos) no se aportó ninguna documentación que acreditase el momento en el que se recibió la solicitud de baja del abonado. En conclusión, durante la instrucción se han acreditado irregularidades en relación con 37 de los 100 números de telefonía fija seleccionados al azar entre los 34.539 números que dejó de cargar en el SGDA sin justificación.

Por último, se considera suficientemente probado que, durante la ventana extraordinaria de carga que se abrió en el SGDA en el mes de mayo de 2017, Telefónica dejó de suministrar las citadas 34.539 líneas telefónicas en el SGDA, cuando no había comunicado previamente una modificación, poniendo fin a la situación anterior.

A los siguientes antecedentes y hechos probados le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre

otros, en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones¹⁷.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente para resolver la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 21.2 y 29 de la LCNMC.

Resulta de aplicación al procedimiento lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Telefónica ha cumplido las condiciones de suministro de los datos de sus abonados al sistema SGDA de conformidad con los procedimientos previstos en la Circular 1/2013, si dicha conducta constituye una infracción administrativa consistente en el incumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones de la CNMC y si su comisión puede suponer el nacimiento de responsabilidad administrativa.

Las conductas concretas son las descritas en los hechos probados de la presente Resolución.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción prevista en el artículo 77.27 de la LGTel, que tipifica como infracción grave *“el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.”*

¹⁷ La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ha sido derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que, en su artículo 84, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, le atribuye a la CNMC la competencia sancionadora *“en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”*

En particular, tal y como consta en el Resuelve Primero del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Telefónica por existir indicios del posible *“cumplimiento defectuoso de la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados”*.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRJSP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si, de la actuación realizada por Telefónica, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados, aprobada por la Resolución de 14 de marzo de 2013.

1. Obligación de suministro y derecho a la obtención de los datos de los abonados

El artículo 49.1 de la LGTel establece que *“las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento.”*

Dicha previsión legal se desarrolla:

- en el artículo 68.2 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril;
- en el artículo 7 de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1999 sobre condiciones de suministro de información relevante para la prestación del servicio de atención de llamadas a través del número 112, y;
- en los apartados decimocuarto y decimoquinto 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.

En síntesis, en virtud de la regulación citada, los operadores prestadores del servicio telefónico disponible al público deben suministrar a la CNMC los datos de todos sus abonados a dicho servicio, para que se puedan poner a disposición de las entidades habilitadas para servicios de emergencia, en su totalidad. Deben aportar los datos de aquellos abonados que hayan otorgado su consentimiento o no se hayan opuesto a que sus datos se utilicen en la

elaboración de guías telefónicas y en la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado para su utilización en estos servicios.

En cumplimiento de lo establecido en la mencionada Orden CTE/711/2002, con fecha 14 de marzo de 2013, se aprobó la Circular 1/2013, que establece el procedimiento vigente para el suministro de los datos de los abonados por parte de los operadores obligados a las entidades habilitadas e introduce el nuevo SGDA.

En consecuencia, los operadores obligados de conformidad con el apartado segundo de la Circular 1/2013¹⁸ deben suministrar a esta Comisión, mediante su conexión vía electrónica al SGDA, los datos de sus abonados, de acuerdo con el procedimiento técnico y las especificaciones definidas en los Anexos I y IV de la Circular 1/2013.

2. Sobre el procedimiento de suministro de los datos de los abonados establecido en la Circular 1/2013

La Circular 1/2013 modificó el procedimiento establecido en la anterior Circular 2/2003 e introdujo un nuevo SGDA en sustitución de la anterior plataforma de intercambio de información, con el objeto de optimizar el suministro y recepción de los datos de los abonados.

De conformidad con el plazo previsto en la disposición transitoria única de la Circular 1/2013 y modificado por la Circular 5/2014, de 30 de julio de 2014, de la CNMC, el nuevo SGDA entraría en funcionamiento a partir del día 26 de octubre de 2015.

Una vez completadas las fases de pruebas e integración para la migración al nuevo SGDA por parte de los principales operadores obligados y entidades previamente habilitadas en el anterior sistema, se procedió a la validación del SGDA y a su puesta en producción definitiva durante el mes de abril de 2016.

Tal y como se establece en el procedimiento previsto en el apartado octavo de la Circular 1/2013, los operadores obligados deben actualizar en el SGDA los datos de sus abonados en un plazo máximo de 10 días desde el conocimiento de la modificación del dato del abonado (por ejemplo, si se produce un cambio en el consentimiento del abonado para figurar o no en guías y servicios de consulta, si modifica datos de su domicilio, o si da de baja una de sus líneas telefónicas). Para cada una de las posibles circunstancias, la Circular 1/2013

¹⁸ Los operadores que proporcionen a sus abonados números incluidos en el Plan nacional de numeración telefónica (PNNT) están obligados a facilitar a la Comisión la información sobre los datos de sus abonados.

establece un código para que el SGDA pueda interpretar el motivo de la modificación –y la CNMC conocer los cambios, en caso necesario-. Por el contrario, hasta que no se produzca alguna modificación en los datos de sus abonados (altas, bajas y/o modificaciones) no será necesario el suministro de ninguna información adicional de ese abonado por parte del operador obligado.

En consecuencia, la obligación de comunicar las actualizaciones surge por la concurrencia de una o varias de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior (altas, bajas o modificaciones), de modo que en cualquiera de dichos supuestos la información obrante en el SGDA debe ser actualizada para que la información disponible para las entidades habilitadas a la obtención de los datos se corresponda con la situación real del abonado.

Por su parte, las entidades habilitadas a las que se refiere el apartado cuarto de la Circular 1/2013 –coincidiendo con las mencionadas en la Orden CTE/711/2002- y que hayan sido autorizadas por la CNMC para obtener los datos de los abonados, podrán acceder vía electrónica al SGDA y descargar los ficheros generados por el mismo de manera automática, atendiendo al servicio para el que estén habilitados (guías, consultas y/o emergencias, etc.) y a su ámbito territorial (fichero nacional y/o fichero(s) territorial(es)), de conformidad con lo establecido en los Anexos II, III y IV de la citada Circular.

Por último, las entidades habilitadas que acceden por primera vez al SGDA, se descargan la base de datos de todos los abonados - que previamente han sido suministrados por los operadores a la CNMC- correspondiente al servicio que prestan y atendiendo al ámbito territorial para el cual estén autorizados. Una vez efectuada la misma, dichas entidades estarán obligadas a descargarse la información actualizada de los abonados, al menos, con una periodicidad semanal.

3. Sobre la ventana de carga extraordinaria de mayo de 2017

La nueva plataforma del SGDA derivada de la Circular 1/2013 entró en producción en abril de 2016 y empezó a funcionar a través de una carga de totales inicial realizada por los operadores obligados por la Circular¹⁹. Transcurrido un año desde esa carga, un operador solicitó la realización de una segunda carga de totales para volver a suministrar al sistema todos los datos de sus abonados de forma que reemplazasen toda la información anterior.

Así, en vista de que dicha carga podía mejorar la calidad de los datos de los abonados facilitados no solo por Telefónica sino también por el resto de los operadores, así como su debida actualización en el SGDA, durante la segunda quincena del mes de mayo de 2017, se abrió en el SGDA una ventana extraordinaria de carga para que los operadores suministrasen los datos de la totalidad de sus abonados actualizados a partir del 22 de mayo de 2017.

¹⁹ Conforme a lo establecido en el apartado octavo de la Circular 1/2013.

Dicha carga extraordinaria cumplió con los mismos criterios establecidos en los apartados 8.1 y en el Anexo I de la Circular 1/2013, para la primera vez que cada operador suministrase la totalidad de su información en el SGDA, por lo que incluyó –o debía incluir- los datos de todos sus abonados hasta esa fecha, independientemente de si esos datos habían sido facilitados previamente en actualizaciones incrementales anteriores.

En consecuencia, los datos suministrados por los operadores en esa carga extraordinaria²⁰ sustituyeron a la información precedente, reiniciando y actualizando, a partir de la mencionada carga de totales, la información disponible en el SGDA para las entidades habilitadas para su descarga.

4. Sobre el cumplimiento defectuoso por parte de Telefónica de las obligaciones en materia de suministro y recepción de los datos de los abonados establecidas por la Circular 1/2013 y alegaciones del operador

Como se ha indicado en los Hechos Probados, ha quedado acreditado que, tras realizar la carga de totales extraordinaria del mes de mayo de 2017, Telefónica dejó de suministrar datos de 34.539 líneas en el SGDA que previamente sí se encontraban disponibles a través de dicha plataforma, sin comunicar previamente la baja del abonado, excepto cuando este tenía varias líneas y únicamente daba de baja alguna de ellas, supuestos en los que Telefónica comunicó esa baja a través de una modificación.

Así, aunque los abonados a dichas numeraciones ya se hubieran dado de baja previamente con Telefónica –circunstancia alegada por Telefónica y expuesta en el Hecho Probado Segundo-, la Circular 1/2013 dispone que el operador debería haber informado de dicha circunstancia (la baja del abonado) en el momento procedente y con el código designado específicamente para ello en la Circular.

En efecto, como se ha analizado anteriormente, la Circular 1/2013 obliga a Telefónica a facilitar a esta Comisión la información sobre los datos de sus abonados, dado que dicho operador proporciona números incluidos en el PNNT a sus abonados.

Para completar el suministro de los datos, de conformidad con el apartado segundo de la Circular 1/2013, Telefónica debe conectarse electrónicamente al SGDA siguiendo el procedimiento técnico y las especificaciones definidas en los Anexos I y IV de la Circular 1/2013.

En virtud de los apartados tercero y octavo de la citada Circular, Telefónica debería haber procedido a actualizar en el SGDA los datos de sus abonados,

²⁰ Vodafone inició dicha carga el 25 de mayo de 2017 y la completó el 12 de junio del mismo año.

fijándose un plazo máximo de 10 días desde el conocimiento de la modificación del dato del abonado por parte del operador.

A tal efecto, en los Anexos I y III de la Circular 1/2013, se especifica que la información de los abonados facilitada por el operador debe incluir un campo denominado “operación” para determinar la naturaleza de la información del abonado, permitiendo distinguir entre un alta, una baja o una modificación de los datos de dicho registro. En concreto, las bajas de los abonados (incluyendo las derivadas de procedimientos de portabilidad) deben informarse con el código 2, excepto si un mismo abonado tuviese más de una línea asociada a una misma dirección y solo deseara dar de baja alguna(s) de ellas, supuesto que se trata como una modificación y se informa con el código 3.

En ese sentido, Telefónica manifiesta en sus alegaciones que concurre en su conducta falta de tipicidad, dado que el procedimiento para el suministro de datos previsto en la Circular 1/2013 no establece cargas de totales de forma periódica²¹ y añade que la citada ventana de carga de totales de mayo de 2017 fue solicitada por la propia Telefónica de forma extraordinaria y planificada posteriormente por la CNMC, por lo que considera que dicha carga está exenta de las obligaciones y procedimientos regulados en la mencionada Circular.

A pesar de ello, basándose tanto en el apartado octavo de la Circular 1/2013 – que se refiere a la primera carga de cada operador en el SGDA- como en las previsiones que se establecían en la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, respecto de las cargas de totales semestrales en el anterior SGDA, hasta su derogación por la Circular 1/2013-, Telefónica traza un paralelismo entre dichas cargas de totales y la que se produjo en mayo de 2017 para señalar que, en este tipo de cargas, no puede incluirse información sobre las nuevas altas, bajas y modificaciones, dado que las cargas de totales suponen, por su propia naturaleza, la reescritura de toda la información facilitada por el operador en el SGDA, excluyendo las bajas previas a dicha fecha y sin posibilidad de realizar marcación alguna de las mismas (a través del código 2).

Así, según Telefónica, las 34.539 líneas señaladas por esta Comisión se correspondían con bajas de sus abonados que, o bien habían sido informadas en el SGDA por la propia Telefónica a través de modificaciones (código 3), o bien ocurrieron después de la última carga de actualizaciones de Telefónica y justo antes de la carga extraordinaria de totales de mayo de 2017.

No obstante, no debe obviarse que de las 34.539 líneas telefónicas mencionadas –entre las que se encuentran las cien seleccionadas al azar en el requerimiento de 28 de febrero de 2019- existen múltiples líneas que, a pesar de que el abonado de Telefónica se diese de baja, siguieron apareciendo en el SGDA

²¹ Tanto el apartado octavo de la Circular 1/2013 como su Anexo prevén que los operadores suministren la totalidad de los datos de los abonados mediante una carga de totales inicial, mientras que la comunicación de las posteriores altas, bajas y actualizaciones se comunican en el SGDA a través de ficheros incrementales que contienen la nueva información.

como números facilitados por Telefónica hasta mayo de 2017, sin que se especificase la baja de los mismos.

Así, respecto a las bajas acontecidas en el año 2016, debe tenerse en cuenta que, al no comunicarlas expresamente en el SGDA²², Telefónica permitió a todos los efectos que la información de esos abonados figurase desactualizada en el SGDA hasta el mes de mayo de 2017 –es decir, hasta que se abrió la ventana extraordinaria para suministrar todos sus datos de nuevo-, a pesar de haber causado baja en dicho operador en un momento anterior. Y lo mismo puede decirse respecto de las bajas acaecidas en 2017, en los casos en los que tardó varios meses en comunicar dicha circunstancia en el SGDA.

Es preciso poner de manifiesto que este hecho supone que en el SGDA hubo datos de líneas a nombre de Telefónica durante un tiempo que ya no eran de ese operador. Y aunque no han llegado a esta Comisión indicios de problemas derivados de este hecho, esa publicación podría no corresponder con la voluntad del abonado (si, por ejemplo, al portarse, no hubiera renovado su consentimiento a figurar en guías), o causar ineficiencias a las entidades habilitadas para servicios de emergencia, si hubieran tenido que hacer requerimientos al operador titular de las líneas.

En consecuencia, no puede considerarse que la conducta detectada fuese fruto de la carga extraordinaria de 22 de mayo de 2017 –como manifiesta Telefónica en sus alegaciones-, sino que esa situación –el mantenimiento de datos no actualizados en el SGDA- venía dándose desde varios meses atrás y, de no haberse realizado la citada carga extraordinaria, podría haberse prolongado por más tiempo.

Más aun, el hecho de que Telefónica fuera la que propusiese la realización de la carga extraordinaria no le exime de sus restantes y anteriores responsabilidades. Debe recordarse que la gestión de dicha carga extraordinaria también supuso un esfuerzo para los demás operadores y para la CNMC.

Por otra parte, en el acuerdo de incoación del presente procedimiento se puso de manifiesto que, a fecha 31 de diciembre de 2017, del total de 10.857.961 líneas suministradas en el SGDA por Telefónica, únicamente 3.826.219 aparecían disponibles para las entidades habilitadas para prestar los servicios de guías de abonados y servicios de consulta telefónica sobre números de abonado (esta cifra supone el 35,23% del total de datos que facilitó Telefónica al SGDA en 2017).

A este respecto, debe recordarse la preocupación puesta de manifiesto por las entidades prestadoras de servicios de guías telefónicas o de consulta telefónica, en el descenso de datos de dichas numeraciones –para los que los abonados

²² Telefónica no ha presentado ninguna acreditación de la comunicación a esta Comisión de estas bajas.

han dado su consentimiento a figurar en estos medios-, en especial cuando las mismas pertenecen a abonados que tienen la condición de clientes empresariales –sin dejar de resaltar que estas pérdidas también afectan a los servicios de emergencias-.

En sus alegaciones sobre dicha cuestión, Telefónica señala que cumple tanto con la normativa de protección de datos, como con las sectoriales de telecomunicaciones y de consumidores y usuarios, *“en todo lo que respecta al consentimiento de los abonados para la inclusión de sus datos en guías telefónicas, el ejercicio de su derecho a no figurar en ellas, o a que los datos que aparezcan en la guía no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial.”*

Asimismo, añade que los contratos en los que recoge el consentimiento del abonado para que sus datos estén disponibles en este tipo de servicios (de guías telefónicas y de consulta telefónica sobre números de abonado), *“ha(n) sido debidamente aprobado(s), de conformidad con el artículo 11 de la Carta de derechos del usuario, por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (ahora, Secretaría de Estado para el Avance Digital), previo informe de la propia CNMC, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), el Instituto Nacional de Consumo (ahora la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición) y con audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios, a través del Consejo de Consumidores y Usuarios.”*

Respecto a dichas alegaciones, no se ha comprobado irregularidad alguna a este respecto de la información analizada.

En el presente procedimiento, de las 34.539 líneas perdidas, 32.853 eran de abonados que habían prestado su consentimiento para su inclusión en guías telefónicas de abonados y servicios de consulta telefónica de números de abonado (el 0,85% respecto a las 3.826.219 líneas que entregaba a 31 de diciembre de 2017), por lo que las entidades prestadoras de dichos servicios apreciaron directamente el descenso de los datos suministrados por Telefónica.

No obstante, no se ha comprobado que dicho descenso se deba a irregularidades en la obtención del consentimiento de los abonados –o a la notificación de datos no ajustados al consentimiento-, sino que se debe al hecho de que las 34.539 líneas dejadas de cargar por Telefónica se encontraban asociadas a abonados que habían causado baja en dicho operador previamente a la carga extraordinaria de totales de mayo de 2017.

Por este motivo, más allá de la falta de actualización inicial y posterior actualización tácita y tardía de la información que facilitaba Telefónica en el SGDA (a partir de su no inclusión desde finales de mayo de 2017), esas líneas ya no debían facilitarse a través del SGDA a las entidades habilitadas, por lo que

se considera que dicha omisión no ha provocado un descenso injustificado de los datos de los abonados que desean figurar en guías de abonados y servicios de directorio.

En conclusión, tras las comprobaciones llevadas a cabo, tal y como se ha constatado en los Hechos Probados de la presente propuesta de Resolución, se ha determinado que Telefónica no actualizó los datos de parte de las 34.539 líneas que habían causado baja en el momento precedente –en 10 días desde la modificación del dato (en concreto, desde su baja)-, siguiendo el procedimiento establecido en el apartado octavo y conforme a las especificaciones técnicas previstas en los Anexos I y IV de la Circular 1/2013. Esta situación se estaría produciendo desde que Telefónica no comunicó las bajas de los abonados acontecidas en 2016 y se mantuvo hasta la carga extraordinaria de 22 de mayo de 2017 –fecha en la que Telefónica procedió a regularizarla-.

A juicio de esta Sala, y coincidiendo con las apreciaciones de la instrucción, dicha conducta supone un cumplimiento defectuoso del procedimiento de suministro de datos de los abonados previsto en la Circular 1/2013, derivado de una falta de comunicación de la baja de parte de las 34.539 bajas citadas. Sin embargo, de las anteriores circunstancias no se deduce un incumplimiento generalizado por parte de Telefónica respecto a su obligación de suministrar los datos de la totalidad de sus abonados en el SGDA -Telefónica suministraba en el SGDA datos de 10.857.961 líneas a fecha 31 de diciembre de 2017, siguiendo el procedimiento establecido en la Circular 1/2013-.

En consecuencia, la infracción concreta analizada es susceptible de ser calificada como infracción grave, al amparo del artículo 77.27 de la LGTel, referido al cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones firmes en vía administrativa y, en concreto, de la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados.

CUARTO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador²³, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que “ *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos*

²³ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este organismo, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los 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 jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, se ha acreditado una falta de diligencia inexcusable por parte de Telefónica, al no haber detectado que seguía facilitando datos de abonados sin actualizar su situación ni comunicar su baja en el SGDA de acuerdo con el procedimiento establecido, incumpliendo la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados.

En conclusión, se imputa a Telefónica la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto en los Hechos Probados y la determinación de la tipicidad de la citada conducta.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado.

QUINTO. – Respuesta a las alegaciones de Telefónica

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica, de forma extemporánea, por lo que el instructor no la ha podido tener en cuenta, aporta determinada documentación como parte de la prueba que en su momento no propuso.

Ello, en todo caso, no ha impedido su consideración por parte de esta Sala, como se ha expuesto en la exposición de los hechos probados.

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad de la conducta, Telefónica describe un marco de general cumplimiento de sus obligaciones en relación con el suministro de datos a SGDA, lo que descartaría, además, el reproche culpabilístico.

Al respecto, debe señalarse que no se sanciona a Telefónica por una conducta consistente en el cumplimiento generalizado de las obligaciones impuestas en la Circular 1/2013, sino por un incorrecto o inexacto cumplimiento de las mismas.

Además, el deber de cuidado cuya infracción se reprocha no es el genérico que puede exigirse a los administrados, sino el propio del operador con más abonados al servicio telefónico de nuestro país. Cabe, por tanto, esperar un nivel de exigencia que exceda el mero diseño de procedimientos internos que busquen la correcta actualización de los datos en SGDA y la consecución de resultados óptimos que quedan lejos de los alcanzados en el periodo analizado. Es cierto que se trata, porcentualmente, de una cantidad muy pequeña, pero también que cuantitativamente no se está ante una cantidad despreciable de números de abonados afectados. Pese a ese estándar de exigencia, Telefónica no comunicó adecuadamente la baja de sus abonados, lo que produjo distorsiones en los datos obrantes en SGDA, con las consecuencias negativas que ello puede suponer a las entidades que tienen derecho a acceder a los datos allí tratados. De esta manera, la falta de diligencia es inexcusable, además, porque el estándar de cumplimiento esperable no se ha alcanzado.

En el presente caso, como expone la propuesta de resolución, se ha acreditado una falta de diligencia inexcusable por parte de Telefónica, al no haber detectado que seguía facilitando datos de abonados sin actualizar su situación ni comunicar su baja en el SGDA de acuerdo con el procedimiento establecido. Esta falta de diligencia supone incumplir la Resolución de 14 de marzo de 2013 por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados.

Finalmente, Telefónica considera que se ha invertido la carga de la prueba, pues se ha exigido a ese operador acreditar los datos de baja de su numeración.

El reparo no puede compartirse, pues no puedo olvidarse que es un hecho cierto la diferencia de líneas reflejadas en SGDA tras la carga extraordinaria. No puede pretender Telefónica que sea esta Comisión, que no tiene acceso a los datos, quien acredite las fechas en los que se comunicaron o se produjeron las bajas de abonados de ese operador. Por el contrario, se ha requerido a quien sí dispone de los mismos, la oportunidad de acreditar una conducta diligente. El Tribunal Supremo ha reconocido (por todas, STS de 16 de diciembre de 2002) que cuando se habla de carga de la prueba no se alude a una obligación o deber jurídico cuyo incumplimiento lleve aparejado una sanción, sino que nos encontramos ante una facultad cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interés. En parecidos términos, la STS de 6 de octubre de 2010, concibe la carga de la prueba como *«el imperativo del propio interés de las partes en lograr, a través de la prueba, el convencimiento del Tribunal acerca de la veracidad de las afirmaciones fácticas por ellas sostenidas o su fijación en la sentencia»*.

Ciertamente, conforme al principio de que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, en un procedimiento de naturaleza sancionadora es la Administración la que soporte la carga de demostrar la realización de la conducta susceptible de sanción. Esa conclusión, además, es completada por el principio constitucional de presunción de inocencia —aplicable plenamente al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, según constante jurisprudencia—, y que según esa misma jurisprudencia opera como una presunción iuris tantum desplazando el onus probandi a la Administración, que sólo puede destruirla mediante la aportación de pruebas suficientes y obtenidas con las debidas garantías sobre las cuales el órgano administrativo competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. Dicho criterio tiene reconocimiento en el artículo 53.2.b) de la LPAC, según el cual los presuntos responsables tienen derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

No obstante, como se ha expuesto, es indudable, y no se ha discutido por Telefónica, que el procedimiento sancionador se inició al detectarse una situación inusual denunciada por autorizados a descargar los datos de SGDA. Estos indicios de incumplimiento no pueden confirmarse sin la intervención directa de Telefónica, que ha tenido ocasión de acreditar que en la mayor parte de las bajas de esos números su comportamiento fue diligente.

SEXTO.- Cuantificación de la sanción

1. Límites legales

El artículo 79.1.c) de la LGTel establece los siguientes límites para las infracciones graves, en función de si la competencia para conocer y sancionar corresponde a al Ministerio o a la CNMC:

“c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

El criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de los actos u omisiones en que consiste la infracción al que se refiere el artículo 79.1.c) de la LGTel no es aplicable al presente procedimiento. En efecto, dado que la conducta consiste en la falta de información del cese de suministro de datos de líneas telefónicas de abonados, no ha podido cuantificarse la potencial obtención de un beneficio directo derivado del incumplimiento de las obligaciones de suministro de datos de abonados en este caso concreto.

No puede tampoco calificarse como beneficio indirecto derivado del incumplimiento analizado –y desde luego no puede cuantificarse-, la vulneración del interés general en el mantenimiento y observancia del procedimiento de suministro de datos de abonados y sus especificaciones técnicas aprobadas por esta Comisión, esto es, su autoridad en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados (STS de 29 de abril de 2008, RC 5199/2005).

Al no resultar de aplicación el criterio relativo al beneficio bruto, el límite máximo de la sanción que pueda imponerse es de 20 millones de euros

2.- Criterios de cuantificación

Para cuantificar la sanción, 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; Recurso de Casación núm. 4007/1995). El principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

Para determinar la cuantía de las sanciones dentro de los límites legalmente previstos hay que tener en cuenta los criterios concurrentes para graduar las sanciones previstos en el artículo 29.3 de la LRJSP y 80 de la LGTel, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJS, que señala que:

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

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*

- e) *El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) *La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) *El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel:

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) *El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) *La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) *La reincidencia, por 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 vía administrativa.”*

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 disuasión²⁴.

²⁴ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) 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, 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, 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 [...]”.

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede aplicar en el presente caso los siguientes criterios de graduación de la sanción:

- **Escaso daño causado y reparación**

La conducta de Telefónica no ha causado un daño elevado al mercado, dado el volumen de líneas afectadas, que se integran en un grupo (las 34.539 líneas desaparecidas) que representan únicamente el 0,31% del total de las líneas facilitadas en el SGDA por Telefónica y el 0,05% del total de líneas disponibles en el SGDA a 31 de diciembre de 2017.

Asimismo, resulta significativo que a priori parece que el 100% de las líneas objeto del muestreo habían sido dadas de baja previamente por los abonados, por lo que su posterior supresión –aunque tardía- puso fin al suministro defectuoso de datos no actualizados, sin acarrear otras consecuencias perjudiciales para las entidades habilitadas para su descarga.

En ese sentido, las líneas cuyos abonados habían manifestado su consentimiento para su puesta a disposición de las entidades que elaboran guías y servicios de consulta (32.853 de las 34.539) representan el 0,85% de las 3.826.219 líneas de Telefónica que aparecían disponibles para las entidades habilitadas para prestar los servicios mencionados y el 0,64 % del total de líneas disponibles para esas entidades.

En consecuencia, teniendo en cuenta los anteriores datos, se concluye que la conducta no ha producido daños significativos.

- **Ausencia de beneficio.**

De las conductas acreditadas no puede concluirse que se haya obtenido un beneficio directo por Telefónica, derivado del cumplimiento tardío y defectuoso de sus obligaciones de suministro de datos de abonados.

- **Situación económica del infractor**

En aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se ha de tener en cuenta la situación económica de la entidad imputada (artículo 80.2 de la LGTel). A tales efectos, este artículo dispone que cabría considerar el patrimonio y sus ingresos, y, en caso de que sea persona física -lo que no sucede en este supuesto-, sus cargas familiares y sus circunstancias personales.

En el presente caso, en base a las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil referentes al ejercicio anual finalizado a 31 de diciembre de 2017 (correspondiente al periodo del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017), se desprende que el importe neto de su cifra de negocio ascendió a 8.608,864

millones de euros.

3.- Determinación de la sanción

A partir de los datos expuestos, aplicando al presente caso los criterios de graduación anteriormente mencionados, se alcanzan las siguientes conclusiones en relación a la cuantificación de la sanción:

- Se considera que la infracción ha sido cometida a título culposo.
- El límite máximo de la sanción que se puede imponer a Telefónica es de 2.000.000 €, al no poderse determinar el beneficio derivado de la comisión de la infracción.
- La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP dispone que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, aunque en este supuesto no ha podido determinarse el beneficio bruto obtenido de dicha comisión.
- Debe tenerse en cuenta, en particular, como criterio que ha de atenuar la sanción a imponer, el escaso daño causado en la comisión de la infracción y el, asimismo, escaso o nulo beneficio económico derivado de la comisión de dicha infracción.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos.
- La sanción propuesta por la instrucción y la consideración posterior de los números del muestreo dados de baja durante 2016.

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 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, se considera que procede imponer a Telefónica una sanción de dieciocho mil euros **(18.000,00 €)**.

Dicho importe coincide con el propuesto por el instructor y se sitúa en la franja más baja del rango de multas posibles para las infracciones graves establecido en el precitado artículo 79.1.c) de la LGTel (es el 1,2 % de la máxima multa teóricamente posible, de 2 millones de €).

Vistos los anteriores antecedentes, hecho probado y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U., de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.27 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el cumplimiento defectuoso de la Resolución de 14 de marzo de 2013, por la que se aprueba la Circular 1/2013, de 14 de marzo, sobre el procedimiento de suministro y recepción de los datos de los abonados.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A.U., una sanción por importe de dieciocho mil euros **(18.000,00 €)** por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.