



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 27/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de fecha 23 de junio de 2010, por la que se pone fin al período de información previa iniciado para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio telefónico disponible al público en la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, relativa al procedimiento de suministro de datos de los abonados (AJ 2010/1444).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

La resolución recurrida, de fecha 23 de junio de 2010, fue acordada en el marco de un periodo de información previa iniciado al amparo del artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC) que tenía por objeto analizar el presunto incumplimiento por parte de varios operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público 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 y, en concreto, las previsiones allí contenidas sobre el deber de suministrar a esta Comisión los datos de sus abonados en el formato previsto en dicha Circular.

Entre las previsiones de la resolución recurrida se encontraba la imposición a ciertos operadores del deber de suministrar el día 20 de septiembre de 2010 los ficheros actualizados de los datos de sus abonados de acuerdo con las especificaciones previstas en el Anexo de la propia resolución (Resuelve Primero). Asimismo, se les advertía de la imposición de multas coercitivas diarias por importe de mil euros para el caso de incumplimiento de la anterior previsión (Resuelve Segundo).



SEGUNDO.- Recurso de reposición de Vodafone España, S.A.U.

Por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 29 de julio de 2010, Vodafone España, S.A.U (en adelante Vodafone), presentó un recurso de reposición contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba. En su recurso, Vodafone solicita que se declare la nulidad de los resuelve Primero y Segundo de la resolución recurrida y se le exima del suministro de los datos cuya actualización no dependa de ella, o de forma subsidiaria, se acuerde la ampliación del plazo en el que los operadores deben suministrar los ficheros actualizados.

El principal motivo en que se fundamenta su petición es la nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJAP y PAC, pues la recurrente considera que el deber de suministrar los datos de sus abonados actualizados es de imposible cumplimiento debido a la complejidad del proceso y a la imposibilidad de corregir errores contenidos en registros y bases de datos públicos (como el callejero del INE o el de Correos). Por esta razón también considera desproporcionada la multa coercitiva diaria propuesta.

De forma subsidiaria, Vodafone expone que es necesaria una ampliación del plazo de al menos dos meses para suministrar los ficheros actualizados y destaca que ello no supone un perjuicio para terceros. Dicha petición reproduce la contenida en un escrito con la misma fecha de entrada que el recurso de reposición.

Además de lo anterior, la recurrente solicita la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de las partes dispositivas primera y segunda de la resolución recurrida. Para ello Vodafone alega la concurrencia de los requisitos que habilitan a las administraciones públicas a la adopción de medidas cautelares en el ámbito de sus competencias: previsión legal, apariencia de buen derecho y necesidad y urgencia de la medida.

TERCERO.- Recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U.

Telefónica de España, S.A.U, (Telefónica) y Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) también han recurrido la resolución de fecha 23 de junio de 2010 de referencia por medio de sendos escritos con fecha de entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión 30 de julio de 2010.

Ambas recurrentes denuncian la infracción del artículo 54.1 de la LRJAP y PAC, pues, en su opinión, el apartado Sexto de la Circular 2/2003 prevé que los operadores actualicen sus archivos de forma total dos veces al año, para lo que esta Comisión anticipa un calendario de forma que los operadores puedan conocer la fecha en que debe procederse a cargar los archivos. La imposición en la resolución recurrida de una nueva fecha para el suministro de los datos supondría un plazo nuevo y diferente del ya previsto en dicha norma que, además, no habría sido suficientemente motivada, tal y como exige el precepto citado cuando la administración cambia de criterio respecto de actuaciones precedentes.

Finalmente, tanto Telefónica como TME solicitan la suspensión de la ejecución de la resolución, en el sentido de que no se exija el plazo previsto en el “resuelve” primero de la resolución recurrida. Las razones para ello son, en su opinión, la producción a los interesados de perjuicios de difícil o imposible reparación, la falta de perjuicio al interés público y el riesgo de que la resolución que estime el recurso sea ineficaz por haberse consumado sus efectos.



CUARTO.- Recurso de reposición de Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A.

Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante ONO) presentaron un escrito, con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de agosto de 2010, por el que también recurrían la resolución de constante referencia. ONO considera que es parcialmente nula y, en concreto, que la obligación de suministrar los datos actualizados el día 20 de septiembre no está justificada y supone un plazo insuficiente dado la complejidad que supone revisarlos y comprobarlos. Además, dicha fecha no coincide con las fechas previstas para la cargas de ficheros en el sistema SGDA (20 de julio, 17 de agosto y 14 de septiembre), lo que exige a los operadores destinar mayores recursos para cumplir una recarga extraordinaria.

Es por todo ello que ONO suplica la reposición del resuelve primero y la ampliación del plazo para el envío de los datos de abonado corregidos hasta el día 11 de noviembre de 2010, además de sustituirse la nueva carga de ficheros de actualización por una carga de ficheros totales con los datos actualizados y corregidos.

QUINTO.- Recurso de reposición de France Telecom España, S.A.

El día 5 de agosto de 2010 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un recurso de reposición de France Telecom España, S.A. (en adelante Orange) contra la misma resolución que los anteriormente relacionados. El motivo alegado por Orange es la imposibilidad material de atender en plazo la obligación de facilitar los datos actualizados de sus abonados, sobre todo por el hecho de que algunos de los datos tienen su origen en fuentes externas (INE) y que el plazo coincide con los meses de verano, en que disminuyen los recursos disponibles para esa tarea.

Orange también destaca que, en lo que respecta a sus supuestos incumplimientos, consisten en meros errores en el formato de los archivos, sin que exista intención dolosa por su parte. Ello supondría, a su juicio, que no puede equipararse su situación a la de otros operadores que habrían cometido incumplimientos más graves, y en ese sentido la medida es desproporcionada y discriminatoria, pues impone la misma obligación y la misma medida accesoria en caso de incumplimiento.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita la revocación de la resolución impugnada y su sustitución por otra que amplíe el plazo para el suministro de los datos actualizados en al menos dos meses, haciéndola coincidir, al menos, con la fecha de carga prevista para diciembre de 2010, que no se establezca medida accesoria alguna para cumplir la anterior obligación y que, de forma subsidiaria, se minore el importe de la multa coercitiva propuesta en la resolución recurrida.

Orange, al igual que otros recurrentes, interesa la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido por la concurrencia de los supuestos que permiten su adopción y, en concreto, la inexistencia de perturbación al interés general o al de terceros.

SEXTO.- Recurso de reposición de XTRA TELECOM, S.L.U.

Con fecha 8 de septiembre ha tenido entrada en el Registro de la Comisión un escrito de recurso de la entidad XTRA TELECOM, S.L.U. (en adelante, XTRA).

XTRA, al igual que otras recurrentes, considera desproporcionada *“la estimación de la sanción de 1.000 euros por día”*. Según la entidad, la Comisión está obrando de un modo sistemático, sin atender a las circunstancias concretas de cada operador, *“por lo que se está originando una*



indefensión a todos los operadores”. Asimismo, entiende que no se puede sancionar de igual forma a una empresa, como XTRA, que *“está cumpliendo con la obligación descrita en la Circular de referencia”*, con otras que, según señala, ni tan siquiera están intentando cumplir con dicha obligación.

En lo que respecta a la fecha límite para suministrar a la Comisión los ficheros actualizados de los datos de sus abonados, señala que se trata de un plazo nuevo, distinto de los que figuran en el calendario SGDA cuyo cambio no ha sido motivado en la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Alegaciones de los interesados.

Todos los recursos fueron notificados junto con el acuerdo de inicio y acumulación al resto de interesados, a los que se emplazó para presentar alegaciones, de conformidad con el artículo 112.2 de la LRJAP y PAC.

Han presentado alegaciones las entidades NEO-SKY 2002, S.A. (en adelante, NEO-SKY) y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT).

NEO-SKY se ratifica en las alegaciones presentadas durante la tramitación del periodo de información previa que concluyó con la resolución recurrida, en las que defendía el cumplimiento de las obligaciones de suministro de datos de abonado de conformidad con lo previsto en la Circular 2/2003, y solicita que la eficacia de la resolución que resuelva los recursos y la petición de suspensión de su ejecución se le aplique a ella también.

Por su parte, BT se muestra disconforme con el plazo concedido en la resolución recurrida *“para suministrar a la Comisión mediante conexión SGDA los ficheros actualizados de sus abonados”* por lo que solicita que se amplíe en dos meses. Asimismo considera desproporcionada y discriminatoria la cuantía de las multas coercitivas fijadas en el Resuelve Segundo de la resolución para el caso de incumplimiento de la misma.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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



Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por Vodafone, Telefónica, TME, ONO y Orange como recursos de reposición contra la Resolución del Consejo de fecha 23 de junio de 2010, por la que se pone fin al período de información previa iniciado para la comprobación de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio telefónico disponible al público en la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, relativa al procedimiento de suministro de datos de los abonados.

SEGUNDO.- Legitimación de las recurrentes.

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

Todos los recurrentes tienen la condición de interesados porque ya lo eran en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida y en cualquier caso, por tratarse de operadores a los que la resolución recurrida impone obligaciones específicas.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición de sus respectivos recursos potestativos de reposición.

TERCERO.- Admisión a trámite.

Todos los recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

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, tal y como prevé el 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 la obligación de los operadores que prestan en servicio telefónico de facilitar los datos de sus abonados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



La obligación de los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público de facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos de sus abonados para la elaboración de guías telefónicas estaba prevista en el artículo 14 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, que aprobaba el Reglamento por el que se desarrollaba el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, así como en 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 abonados, en el artículo 27 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares¹ y en la Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares, ambas vigentes hasta el 30 de abril de 2005.

El suministro de los datos de abonado no tiene como único objeto la elaboración de las guías telefónicas y otros servicios de información o directorio, sino también facilitar la prestación de servicios de emergencia. Para tal fin, se dictó 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 112², que establece en su artículo 7 que los datos de los abonados a los que se refiere el artículo 2 de la misma (nombre, apellidos, DNI y dirección correspondiente del titular de la línea) también podrán solicitarse por las entidades prestatarias a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a medida que ésta las vaya teniendo disponibles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 citado Reglamento aprobado por el Real Decreto 1736/1998. En el mismo sentido, recientemente se ha aprobado la Orden ITC/750/2010, de 17 de marzo, por la que se establecen las condiciones para la puesta a disposición de los datos de localización del usuario llamante del servicio telefónico móvil a los servicios de atención de llamadas de emergencia prestados a través de los números 062 y 091.

El vigente 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, recoge en su artículo 20, letra b), el deber de facilitar a esta Comisión ciertos datos de sus abonados a los que ofrecen la posibilidad de recibir llamadas entre las condiciones que deben cumplir los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público.

¹ **Artículo 27.** Condiciones generales para titulares de licencias de tipo B.

1. Los titulares de licencias de tipo B deberán asumir el cumplimiento, además de las condiciones específicas que se les impongan en la correspondiente resolución de otorgamiento de la licencia y de las generales a que se refiere el artículo 5, de las siguientes:

2. Facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de forma impresa y en soporte informático, los datos correspondientes a sus abonados para la confección de una guía unificada para cada ámbito territorial, en los términos de lo previsto en el artículo 37.1.b de la Ley General de Telecomunicaciones y 14 del Reglamento de Obligaciones de Servicio Público y respetando, en todo caso, los derechos de los usuarios, especialmente, los contemplados en el artículo 54 de la misma Ley.

² 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 112², aprobada en desarrollo del Real Decreto 903/1997, de 16 de junio, que regula la implantación del servicio de atención de urgencia a través del número 112



Para desarrollar esas normas, esta Comisión aprobó 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. En la propia Circular se contiene la forma en que debe realizarse el suministro de datos.

No obstante, los recurrentes no se oponen a la medida en sí acordada por la resolución recurrida, sino, fundamentalmente, al plazo para verificarla, que consideran demasiado breve.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta imposibilidad de cumplir la resolución recurrida.

Varios de los recurrentes oponen que es imposible cumplir el requerimiento contenido en la resolución recurrida en la fecha prevista debido a la necesidad de realizar una gran cantidad de comprobaciones y actuaciones manuales para corregir y conciliar los errores contenidos en registros y bases de datos públicas de las que los operadores toman una parte de los datos.

A este respecto, debe señalarse que, con carácter general, y de conformidad con el artículo 62. c) de la LRJAP y PAC, un acto administrativo es nulo de pleno derecho cuando tenga un contenido imposible. La imposibilidad del contenido del acto puede ser física o material (como la aquí alegada) o jurídica, pero en ningún caso la mayor o menor onerosidad para el obligado a su cumplimiento supone una imposibilidad invalidante. Dicho en otras palabras: el cumplimiento en plazo de la obligación impuesta depende de los recursos que los operadores dediquen a ello, aunque sean más de los que preveían. Por lo tanto, no puede afirmarse que sea imposible cumplir la resolución recurrida en el plazo previsto.

TERCERO.- Motivación de la resolución.

Varios de los recurrentes alegan la insuficiente motivación del acto recurrido, lo que supondría la infracción del artículo 54 de la LRJAP y PAC. En concreto, denuncian que la imposición de una nueva carga del archivo de "totales" contradice la previsión de contenida en el apartado Sexto de la Circular 2/2003, que dispone que las cargas de archivos de totales en el Sistema de Gestión de Datos de Abonados se realizarán dos veces al año. A tal fin, esta Comisión propone por adelantado un calendario de cargas, lo que permite a los operadores planificar sus recursos. El plazo previsto para la actualización no coincide con la fecha de las cargas totales, lo que supone, a su juicio, la imposición de una nueva carga al margen de las previsiones de la Circular y un cambio de criterio respecto de los precedentes.

En primer lugar, debe señalarse que, con carácter general, la motivación de los actos administrativos es una exigencia del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho relacionada con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley, de manera que se garantice la seguridad jurídica y la igual aplicación de la Ley.

Con independencia de otras funciones en el orden interno (como asegurar el rigor en la formación de la voluntad de la Administración), la motivación de la acción administrativa es un requisito para su validez en la medida que permite a los interesados conocer las razones por las cuales se adoptó la decisión. Además, la necesidad de motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa.

La motivación puede definirse como la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo para que las partes



puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada y permitir, de esta manera, su control judicial. Como elemento formal aspira a que el administrado pueda conocer claramente el fundamento de la decisión administrativa para poder impugnarla criticando sus bases y a que el órgano que decide los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud, examinando con todos los datos si el acto se ajusta o no a Derecho.

El Tribunal Supremo señala que la motivación del acto administrativo no requiere una extensa exposición de razonamientos y basta, aunque sea de forma escueta, que contenga la razón esencial de la decisión de la Administración con la suficiente amplitud que permita al destinatario su adecuada defensa, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”*³.

La falta de motivación determina la nulidad del acto administrativo sólo cuando impide el conocimiento de las razones en que se basa, produciendo de esta manera indefensión a sus destinatarios. En este caso son conocidas (y los recurrentes no las cuestionan) las razones de la adopción de la resolución y tan sólo se alega la falta de justificación en lo que se refiere a determinar la fecha en que debe verificarse. Es decir, no se achaca el desconocimiento del proceso lógico y jurídico que determina la decisión o si puede calificarse como objetiva para adecuarse a la satisfacción de sus fines, sino la forma de su cumplimiento. En estas circunstancias, no se puede producir la indefensión que justifica la nulidad del acto, sin perjuicio de la proporcionalidad de la fecha prevista, cuyo análisis se realiza más adelante.

Finalmente, ha de recordarse que la supuesta falta de motivación no provoca per se inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos procedentes⁴.

CUARTO.- Sobre la proporcionalidad de la medida.

El prácticamente unánime rechazo de los operadores a las medidas adoptadas en la resolución recurrida obliga a valorar su proporcionalidad.

Aunque no existe ninguna mención al principio de proporcionalidad en nuestro derecho positivo, el Tribunal Constitucional reconoció, ya en fechas tempranas, que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho que ha de aplicarse en todos los ámbitos de actuación de la Administración Pública⁵. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha reconocido que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho comunitario y coincide en las exigencias de idoneidad (capacidad de la medida para el logro del objetivo propuesto), necesidad (inexistencia de una alternativa más moderada, menos restrictiva, para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (el

³ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 1998 (RJ 1998/819).

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801).

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre (BOE 15-10-1982) y 102/1984, de 28 de noviembre (BOE 28-11-1984).



equilibrio o la ponderación de la medida, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)⁶.

El principio de proporcionalidad es aplicado tradicionalmente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, pero ello no empece su extensión a otros ámbitos, como es el caso que nos ocupa, en que la Administración goza de un margen de discrecionalidad a la hora de imponer límites y obligaciones a los administrados.

La proporcionalidad está relacionada con la adopción de las medidas menos lesivas para los administrados en la consecución de los fines de la acción administrativa y su adecuación ha de valorarse a la luz de los anteriores criterios acudiendo al triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La resolución recurrida tiene por objeto exigir a los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público el cumplimiento de una de las condiciones exigidas en el artículo 20 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios y, en concreto, la obligación de facilitar a esta Comisión los datos de sus abonados prevista en la letra b) del citado artículo para la elaboración de las guías de abonado y su cesión a los servicios de emergencias. Debe destacarse que los recurrentes no se oponen a la medida en sí, sino al plazo para cumplimentarla, que consideran demasiado breve e insuficiente por el costoso procedimiento necesario para asegurar la exactitud de la información aportada.

En la imposición de una fecha determinada para el cumplimiento de la resolución recurrida se ha valorado, por una parte, la necesidad de que la base de datos de los abonados estuviera correctamente actualizada cuanto antes y, por otra parte, la exigencia que ello supone para los operadores por las dificultades manifestadas durante la tramitación del procedimiento. Ya se ha expuesto más arriba que aportar los datos actualizados en el formato previsto no es una obligación de reciente imposición para los operadores. Ahora bien, las coincidentes quejas opuestas por los recurrentes hacen que esta Comisión se plantee la proporcionalidad del plazo acordado, sobre todo teniendo en cuenta que comprende el periodo estival y la presumible reducción de los medios materiales y personales destinados para ello por los operadores. Esta demora no supone un perjuicio exagerado para el interés público consistente en la disponibilidad de una base de datos de abonados al servicio telefónico actualizada y en el formato fijado por esta Comisión en la Circular de constante referencia, teniendo en cuenta el amplio periodo de tiempo en el que se han detectado las irregularidades señaladas en la propia resolución recurrida relativas a los errores en los datos suministrados. Sin embargo, sí que parece que los operadores tendrían dificultades para el cumplimiento del plazo, que podría ser excesivamente exigente para sus medios, por lo que su ampliación parece una medida menos lesiva, de manera que el cumplimiento de la resolución recurrida no les suponga un esfuerzo extraordinario.

Por lo tanto, se considera oportuno retrasar la fecha de la carga de totales con los datos actualizados y en el formato previsto en la Circular, y que coincida con la carga de ficheros de actualizaciones en el SGDA prevista para el día 11 de noviembre de 2010, al no haberse publicado la fecha prevista para la próxima carga de totales. Dicha fecha es la propuesta en su recurso por ONO y supone prácticamente el aplazamiento de dos meses solicitado por Orange en su recurso.

⁶ STJCE de fecha 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, "Schröder", Rec. 2263.



En consecuencia, procede la estimación parcial de los recursos y retrasar la fecha prevista en la resolución recurrida (20 de septiembre de 2010) hasta el día 11 de noviembre de 2010. La carga de ficheros de actualizaciones en el SGDA prevista para esa fecha (11 de noviembre de 2010) se sustituirá por la carga de totales con los datos actualizados y con el formato correcto.

Algunas entidades también alegan que es desproporcionado y discriminatorio pedir la misma exigencia a todos los operadores con independencia de las irregularidades detectadas. No obstante, dichas circunstancias serán consideradas, en su caso, en el correspondiente procedimiento sancionador, pues la falta de culpabilidad o de intencionalidad puede suponer la inexistencia de una infracción administrativa, pero la LRJAP y PAC no las prevé como circunstancias que eximan el cumplimiento de los actos administrativos. En efecto, la imposición de multas coercitivas no tiene una naturaleza punitiva, si no que está prevista en los artículos 96 y 99 de la LRJAP y PAC como un medio de ejecución forzosa independiente y compatible con las sanciones derivadas del incumplimiento del propio acto.

Dicho criterio es recogido por la doctrina de los tribunales contencioso-administrativos. Por ejemplo, la Sentencia 238/2005, de 14 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (JUR 2005\192811), con expresa cita a sentencias del Tribunal Supremo, reconoce en su fundamento Jurídico Tercero

“Como ha declarado la Jurisprudencia, las multas coercitivas no tienen carácter retributivo o sancionador, sino que constituyen uno de los medios de ejecución forzosa de los que dispone la Administración, y aspiran a vencer la resistencia de los administrados a observar la conducta impuesta en un previo acto administrativo (SSTS de 22-4-92, 22-6-87 y 19-6-87). El principio de proporcionalidad debe siempre ser respetado en toda forma de ejecución forzosa (artículo 96 de la Ley 30/92), pero su infracción no puede denunciarse por razones que sólo corresponden al derecho sancionador (...).

Finalmente, en cuanto al juicio de proporcionalidad relativo a la multa coercitiva prevista para el caso de incumplimiento, una vez que el artículo 99 de la LRJAP y PAC le otorga amparo legal, se debe destacar, en primer lugar, el amplio margen de cumplimiento que supone la prórroga del plazo previsto en la resolución recurrida, de más de cuatro meses y medio desde la resolución recurrida. Si pese a ello, alguno de los operadores persiste en los errores detectados, sería evidente una manifiesta voluntad de incumplimiento que justifica el auxilio de semejante medida con el fin de asegurar la efectiva ejecución de la resolución.

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

Los recurrentes solicitan en sus recursos la suspensión de la eficacia de la resolución recurrida por entender que el plazo previsto es insuficiente.

Sin embargo, al estimarse parcialmente los recursos y retrasarse la fecha en la que tendrán que realizar la carga de totales con los datos actualizados, no procede resolver sobre la petición de suspensión por haber desaparecido su objeto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar parcialmente los recursos de reposición presentados por Vodafone España, S.A.U., Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U., Cableuropa, S.A.U.,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tenaria, S.A. y XTRA Telecom, S.L.U. contra la Resolución de fecha 23 de junio de 2010, por la que se pone fin al período de información previa iniciado para la comprobación de las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio telefónico disponible al público en la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, relativa al procedimiento de suministro de datos de los abonados, y reponer su Resuelve Primero, que quedará redactado de la siguiente manera:

PRIMERO.- Los operadores que a continuación se detallan deberán suministrar a esta Comisión, mediante conexión vía electrónica al SGDA, los ficheros actualizados de los datos de sus abonados de acuerdo con las especificaciones definidas en el Anexo de la presente Resolución y según el procedimiento técnico previsto en el Anexo IV de la Circular 2/2003 el día 11 de noviembre de 2010:

- 11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA, S.A.
- APLICACIONES DEL SERVEI MONSAN, S.L.
- BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.
- CABLE & WIRELESS, S.L.
- CABLESUR COMUNICACIONES, S.A.
- CABLEUROPA, S.A.
- COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.
- EQUANT SPAIN, S.A.
- EUSKALTEL, S.A.
- FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
- GRUPALIA INTERNET, S.A.
- IBERBANDA, S.A.
- IDECNET, S.A.
- INCOTEL INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A.
- JAZZ TELECOM, S.A.
- NEO-SKY 2002, S.A.
- OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L.
- PEOPLETEL, S.A.
- PROCONO, S.A.
- R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.
- SARENET, S.A.
- TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.
- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.
- VODAFONE ESPAÑA, S.A.
- XTRA TELECOM, S.A.,
- XFERA MÓVILES, S.A.

SEGUNDO.- Sustituir la carga de archivos de actualización de datos de abonados en el SGDA prevista para el día 11 de noviembre de 2010 por la carga de totales con los datos actualizados y corregidos a la que se refiere el anterior "Resuelve".

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17



de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.