



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 27/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Xfera Móviles, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de julio de 2011, recaída en el procedimiento sancionador RO 2010/2177 incoado contra la recurrente y otros operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia (AJ 2011/1899).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

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

Finalizada la instrucción, la resolución recurrida declaró probado que, entre otros, Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Xfera) había incumplido su obligación de suministrar los datos de sus abonados a esta Comisión entre enero y diciembre de 2009. Dicha conducta es constitutiva de una infracción prevista en la letra q) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) y por su comisión se impone a la recurrente una sanción de 80.000 euros.



SEGUNDO.- Recurso de reposición.

Contra la anterior resolución Xfera ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 9 de agosto de 2011. La recurrente solicita la reducción de la sanción en atención a los criterios de graduación aplicados en la propia resolución impugnada, así como la suspensión de su ejecutividad.

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

1. Para el cálculo de la sanción se tomó en consideración un número de abonados superior a los que realmente tiene Xfera (1.275.258, según el Informa Anual del año 2009).
2. La existencia de un único requerimiento por parte de esta Comisión el 23 de noviembre de 2009.

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, y cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

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

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



SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.

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

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

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

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

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Improcedencia de la reducción de la sanción.

Tal y como alega la recurrente, el Informe Anual del año 2009 refleja que Xfera tenía un total de 1.275.258 líneas durante ese ejercicio y no las 2.037.105 a las que hace referencia la resolución recurrida¹.

No obstante, no puede caerse en el error de considerar que la referencia tomada como criterio de modulación de la sanción atienda al número exacto de abonados con el que cuenta cada operador. Antes al contrario, el número de abonados opera como parámetro que serviría para

¹ El dato corresponde al número de abonados de la recurrente para el año 2010.



emplazar a cada infractor en el marco de un rango de magnitud de referencia que pondría de relieve la gravedad del incumplimiento. Así, las diferencias de orden en cuanto al número de clientes (de la centena o el millar hasta el millón) colocan a cada interesado en rangos diferentes que permiten apreciar distintos grados de gravedad en el incumplimiento a fin de modular la sanción, sin que esta relación sea lineal, ya que, como fácilmente se comprueba de la lectura de la resolución, incrementos de magnitud en la base de clientes del orden de la centena o del millar no conllevan en ningún caso incrementos igualmente proporcionales en el importe de la sanción.

En el caso de la sociedad recurrente, el número de clientes con el que cuenta (por encima del millón de clientes) le emplaza como cuarto operador del mercado de telefonía móvil, en una posición muy por encima del siguiente competidor, y le distingue netamente de otros operadores objeto del procedimiento que cuentan con órdenes de magnitud en el rango del millar o la centena. En correlación con este diferente orden de magnitud, la sanción impuesta al operador recurrente resulta proporcionada y ajustada a una adecuada modulación de la misma.

En definitiva la desviación apreciada por el recurrente en el número de clientes, aunque existente, no resulta determinante de un error en la graduación de la sanción, por cuanto la cifra real de clientes durante el año 2009 se halla en un rango de magnitud idéntico al que fue considerado para la cuantificación de la sanción (cifra de clientes durante al año 2010).

Así, a juicio de esta Comisión no es desproporcionado sancionar con 80.000 euros a un operador cuyos abonados superan en más de ocho veces la suma total del resto de operadores que han sido sancionados por la misma conducta² con importes inferiores en menor proporción.

SEGUNDO.- Sobre los efectos de la existencia de un único requerimiento previo.

Xfera, como ya hiciera durante la instrucción del procedimiento, alega en su recurso que se tenga en cuenta para graduar la sanción el hecho de que haya recibido un único requerimiento de esta Comisión para exigirle el suministro de los datos al sistema de gestión de datos de abonado (SGDA). Esta falta de intencionalidad sería una atenuante que, a juicio de la recurrente, hubiera debido tenerse en cuenta para moderar la sanción.

En primer lugar, debe señalarse, tal y como hace la resolución recurrida, que el deber de suministrar los datos de abonado es un deber legal de los operadores que facilitan números de teléfono a sus abonados, lo que excluye la necesidad por parte de esta Comisión de requerir expresamente el cumplimiento de esta obligación para su exigibilidad o informar a los operadores sobre las posibles responsabilidades de no verificarla. En otras palabras, Xfera debía conocer que tenía la obligación de suministrar los datos de sus abonados para la prestación de servicios de directorio, sin que ese desconocimiento pueda justificar su incumplimiento³.

Asimismo, con carácter general, la intencionalidad se relaciona con un plus de responsabilidad entendido como la determinación de la voluntad en orden a la consecución de un fin. En este sentido, la resolución recurrida no aprecia intencionalidad en la conducta de la recurrente y sí la mera negligencia que consiste en la falta de medidas para cumplir las condiciones para la prestación del servicio telefónico disponible al público. La falta de intencionalidad se tiene en cuenta para cuantificar la sanción, pues en caso contrario, de entender que la conducta sancionada fue dolosa, el importe de la multa hubiera sido superior. Por lo tanto, al contrario que

² Algunos de los cuales, con hasta cuarenta y siete veces menos de abonados, han sido sancionados con 10.000 euros menos.

³ Este principio general ha sido positivado en nuestro Derecho en el artículo 6 del Código Civil.



lo alegado por la recurrente, la falta de intencionalidad se ha considerado para calificar la infracción como meramente culpable, circunstancia determinante para cuantificar la sanción. En efecto, el límite superior de la sanción a imponer por la infracción cometida por Xfera es de 20 millones de euros, doscientas cincuenta veces superior a la finalmente impuesta a la recurrente, lo que permite suficiente margen para apreciar circunstancias como un hipotético comportamiento doloso.

Finalmente, y como también se señala en la resolución recurrida, la diligencia exigible a los administrados depende de sus propias circunstancias. Xfera es el cuarto operador del mercado de telefonía móvil en España, tanto por número de abonados como por volumen de tráfico e ingresos, por lo que es difícilmente justificable que esta Comisión tenga que recordarle la necesidad de cumplir sus obligaciones dimanantes del servicio de comunicaciones electrónicas que presta.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

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

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

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

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