



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 34/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de octubre de 2011, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Idecnet, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de julio de 2011, recaída en el procedimiento sancionador incoado contra la recurrente y otros operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia (AJ 2011/1962).**

## **I ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Resolución recurrida.**

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

Finalizada la instrucción, la resolución impugnada declaró probado que, entre otros, Idecnet, S.A. (en adelante, Idecnet) 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 6.000 euros.

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición.**

Contra la anterior resolución Idecnet ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 26 de agosto de 2011. En él, la recurrente solicita



que “se sirva revocar la sanción impuesta en virtud de la falta de tipicidad expuesta en el punto segundo, o subsidiariamente se sirva rebajar la sanción ante la falta de repercusión social, beneficio del infractor, y falta de proporcionalidad ahora expuestos a una cantidad que no supere 1.000 euros”.

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

1. La infracción del principio de tipicidad, pues la recurrente desconocía que la falta de suministro de los datos al Sistema de Gestión de Datos de Abonados (SGDA) puede constituir una infracción administrativa.
2. La inexactitud en el número de abonados considerados en la resolución sancionadora. La recurrente sólo tendría 13 abonados *friendly* a los que se les ha asignado numeración vocal.
3. Los ingresos recogidos en la resolución son los totales obtenidos por la prestación del servicio telefónico, incluyendo los de interconexión.
4. La realización de las correspondientes cargas en el SGDA desde septiembre de 2010.
5. La escasa repercusión social de la conducta y la falta de beneficio para la infractora.
6. La desproporción de la sanción, que supondría 1,4 veces su facturación total.

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

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

#### PRIMERO.- Calificación del escrito.

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

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

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Idecnet 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 inculpado 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 31 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.- Culpabilidad en los hechos sancionados.**

La resolución recurrida considera probado que Idecnet no realizó las cargas con los datos de sus abonados en el Sistema de Gestión de Datos de Abonados (SGDA). Este extremo no es discutido por la recurrente, si bien parece cuestionar, bajo el prisma de la tipicidad de la conducta, su culpabilidad. En concreto, Idecnet cuestiona su deber de conocer que la infracción de esa obligación de suministro podría ser calificada como una infracción grave y sancionada.



A este respecto, debe señalarse que el reducido volumen de negocio de un operador no supone la relajación de las condiciones que la normativa sectorial, en especial la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicios universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, le imponen.

Idecnet parece referirse, aún sin mencionarlo, a la existencia de un “*error de prohibición*”, es decir, a la ignorancia sobre la antijuricidad de la conducta. Este tipo de error se refiere al elemento intelectual (y por lo tanto interno) del dolo y puede definirse como el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo o la falta de la conciencia de los elementos de la infracción, ya sea por error o por ignorancia. El error de prohibición elimina el dolo, y por lo tanto la culpabilidad, pero permite la calificación de la infracción como imprudente si se trata de un error vencible.

En el derecho administrativo sancionador español, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta depende exclusivamente del conocimiento de la norma, de manera que el error de prohibición es invencible cuando se desconoce ésta y no puede derivarse de las reglas que rigen la conducta de los administrados.

Así las cosas, debe descartarse el motivo opuesto por la recurrente. No debe olvidarse que, en su condición de operador en un mercado reglamentado, como lo es el de las comunicaciones electrónicas, Idecnet realizó la comunicación fehaciente de inicio de actividad y fue inscrita en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas, cuya llevanza corresponde a esta Comisión. Ello supone, al menos, la exigencia del conocimiento de las condiciones y obligaciones a las que están sujetos. En efecto, el régimen de comunicación previa vigente desde la aprobación de la LGTel supone que quienes realizan la comunicación de inicio de su actividad como operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas deben someterse, y por lo tanto conocer, las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar, tal y como prevé el artículo 6 de la citada norma.

Por lo tanto, el conocimiento de estas condiciones, entre las que se encuentran las de suministro de los datos de sus abonados para la elaboración de guías y su cesión a servicios de emergencias, es plenamente exigible y no puede alegarse su ineludible desconocimiento para rechazar la culpabilidad cuando se infringen.

## **SEGUNDO.- Proporcionalidad de la sanción.**

El resto de motivos impugnatorios se refieren a la cuantificación de la sanción impuesta a la recurrente, que alega que la multa de 6.000 euros que se le impone es desproporcionada a la vista de las circunstancias concurrentes y de su reducido volumen de ingresos en la prestación del servicio telefónico disponible al público.

Con carácter general, el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos que restrinja o lesione de algún modo los derechos individuales de los ciudadanos, modula la actuación de la Administración al imponerle una frontera o límite en su actividad represiva, actividad que únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos que persigue.



La LGTel contiene en su artículo 56.2 criterios de individualización de las sanciones que, junto a los recogidos en el artículo 131 de la LRJAP y PAC, permiten su modulación en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. Ello supone que a la administración sancionadora le incumbe el deber de llevar a cabo una verdadera tarea individualizadora de la respuesta punitiva en función de la antijuridicidad del hecho, de las circunstancias del autor de la infracción y del daño causado. Esta Comisión tomará en consideración el conjunto de factores objetivos y subjetivos concurrente que conduzcan a la compensación de la ilicitud mediante el *quantum* de la sanción imponible cuando ésta sea graduable. A este respecto, cabe señalar que las letras q) y r) del artículo 53 de la LGTel prevén sanciones de multa de hasta 20 millones de euros.

No obstante, el margen discrecional otorgado por la norma sancionadora no impide la exigencia de motivación, lo que incluye, en el caso de resoluciones sancionadoras, el análisis de los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales aplicables a la individualización de la sanción.

En primer lugar debe señalarse que las circunstancias alegadas en el recurso (escasa repercusión social, nulo daño, ausencia de beneficio para el infractor y falta de reincidencia) ya han sido consideradas en la resolución sancionadora, que analiza detalladamente la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractoras a las que se refieren el artículo 131.3 de la LRJAP y PAC y 56.2 de la LGTel (fundamento de derecho cuatro, a partir de la página 43 de 55) e impone una multa comprendida dentro de sus tramos inferiores.

En cuanto al reducidísimo número de abonados al que se refiere el recurso, el artículo 112.1 de la LRJAP y PAC impide considerarlo, por haber podido ser aportado durante la tramitación del procedimiento, y en especial durante el trámite de audiencia.

Mejor suerte merece el motivo que se refiere a la desproporcionalidad de la multa a la vista de los ingresos de la recurrente. La resolución recurrida reconoce una cifra de ingresos anuales de Idecnet para esa rama de actividad de 4.294,68 euros, pero le impone una sanción de 6.000 euros.

Es cierto que el límite superior previsto legalmente para las sanciones tipificadas como muy graves en las letras q) y r) del artículo 53 de la LGTel es de 20 millones de euros cuando el uno por ciento de los ingresos brutos obtenidos por el operador o el cinco por ciento de los fondos usados en la infracción sea inferiores a ese importe. En cuanto al límite mínimo, la LGTel no contiene previsiones al respecto. Lo anterior configura un margen muy amplio que permite a esta Comisión establecer cuantías para las sanciones impuestas de forma discrecional, aunque siempre en atención a los citados criterios de cuantificación de las sanciones y tras el análisis de los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a su individualización.

Por lo tanto, la multa impuesta a la recurrente no es en sí misma desproporcionada, pues está dentro de los límites legalmente previstos pero en sus tramos inferiores (ya no solo está dentro del escalón más bajo de los tres en que idealmente se dividen las sanciones pecuniarias, sino que es más de tres mil veces inferior al máximo legal). En este sentido, el Tribunal Supremo (por ejemplo, STS, Sección 3ª, de 17 de marzo de 2003, FD Quinto) ha reconocido que la imposición de las sanciones dentro del grado mínimo es suficientemente significativa de la valoración a la baja de la antijuridicidad y culpabilidad de las conductas ilícitas.



Sin embargo, puesta en relación con las circunstancias del sancionado y su reducidísimo volumen de negocio en esa rama de actividad (en la resolución recurrida no se tienen en cuenta otros criterios relativos a la situación económica de Idecnet) , tal y como prevé el artículo 56.2 de la LGTel, se puede concluir que es desproporcionada. Efectivamente, una multa que supera los ingresos anuales en esa rama de actividad del sancionado vulnera la exigencia de considerar el grado de solvencia o la situación económica del infractor al que se refiere la norma sancionadora en este caso y, en definitiva, a los criterios de proporcionalidad que expresamente recoge.

En atención a lo anterior, se repone en acto recurrido y se sustituye su parte dispositiva segunda, en el sentido de sustituir el importe de la multa impuesta a Idecnet, S.A. de 6.000 euros por el de 800 euros.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso de reposición de Idecnet, 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, que se repone en el sentido de imponer a la recurrente una multa de 800 euros en lugar de los 6.000 euros a los que se refiere la resolución recurrida.

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.***