



Roj: SAN 5176/2012
Id Cendoj: 28079230082012100644
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 1038/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ANA ISABEL GOMEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil doce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº 1038/11 , interpuesto ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta** , en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de fecha 14 de julio de 2011, en expediente sancionador, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, contra la resolución de la CMT, de fecha 14 de julio de 2011, por la que se impone a la entidad recurrente una sanción de 40.000 #, por la comisión de una infracción administrativa de carácter muy grave, tipificada en el artículo 53 q) de la Ley 32/2003 , consistente en el incumplimiento del apartado segundo, en relación con el apartado sexto y los anexos I y IV de la Circular 2/2003, que establece que los operadores que, prestando el servicio telefónico disponible al público, asignen números a sus abonados, están obligados a facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información sobre los datos de sus abonados en el formato establecido en la citada Circular.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se declare nula la sanción impuesta en la resolución impugnada, por vulneración del principio de proporcionalidad. Alternativamente, acuerde reducir la cuantía de la multa impuesta.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho.

CUARTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta, consistente en tener por reproducido el expediente, y evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 12 de diciembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente recurso se impugna la citada resolución de la CMT, de 14 de julio de 2011, por la que se resuelve el procedimiento sancionador RO 2010/2177, incoado contra una serie de entidades, entre ellas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003, de 26 septiembre, de la CMT, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para prestación de servicios de directorio en competencia, y se declara a esta entidad responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53, apartado q) de la Ley 32/2003 , consistente en el incumplimiento del apartado segundo, en relación con el apartado sexto y los anexos I y IV de la Circular 2/2003, que establece que los

operadores que, prestando el servicio telefónico disponible al público, asignen números a sus abonados, están obligados a facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información sobre los datos de sus abonados en el formato establecido en la citada Circular, y se impone una sanción económica de 40.000 #.

En la precitada resolución se declaran hechos probados los siguientes:

Tercero.- Que los ficheros suministrados a través del SGDA por las entidades (...), TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., (...) correspondientes a la segunda carga de totales del año 2009, no cumplieran con el formato y las especificaciones previstas en el Anexo I de la Circular 2/2003.»

Se razona que este hecho probado resulta de lo siguiente:

"- En relación con TESAU, de su escrito de alegaciones y del CD-ROM remitido por la entidad con los datos de las dos cargas de ficheros de totales y de actualizaciones requeridas por esta Comisión, ha quedado acreditado que dicha entidad no suministraba en sus ficheros la información de los campos ABTELF1 y ABDNI-TIT de acuerdo con las especificaciones establecidas en el Anexo I de la Circular 2/2003."

Respecto de esta conducta, se señala que el apartado segundo de la Circular 2/2003 establece que los operadores que, prestando el servicio telefónico disponible al público, asignen números a sus abonados "están obligados a facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información sobre los datos de sus abonados".

La calificación jurídica de la conducta descrita se realiza con referencia al artículo 8.1 de la LGTel: "la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales". Al artículo 38.6 de la LGTel, que establece, para las empresas que asignen números de teléfono a sus abonados, la obligación 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." Al artículo 20.b) del RSU, que establece expresamente, entre las condiciones que deben cumplir los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público, que deberán "facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para las finalidades previstas en el artículo 68, en soporte informático, como mínimo, los datos a los que se refiere el artículo 30.4 correspondientes a los abonados a los que ofrezcan la posibilidad de recibir llamadas a través de un número telefónico de abonado administrado por dichos operadores, incluyendo, de forma separada, los de aquellos que hubieran decidido no figurar en las guías. A estos efectos, estarán obligados a solicitar el consentimiento de los abonados conforme se indica en el artículo 67."

Se consigna que el artículo 68 del mencionado Reglamento establece en su apartado segundo, que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá suministrar gratuitamente a las entidades que vayan a elaborar guías telefónicas de abonados, a las que presten el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y a las que presten los servicios de llamadas de emergencia, los datos que le faciliten los operadores, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, con las instrucciones que, en su caso, dicte dicha Comisión y con lo que a tal efecto se establezca por Orden Ministerial. El apartado decimocuarto de la citada Orden establece que los operadores obligados a facilitar sus datos a la Comisión lo harán de conformidad con los plazos y en el soporte informático que ésta acuerde.

Por todo ello -se razona- el Consejo de la Comisión aprobó, con fecha 26 de septiembre de 2003, la Circular 2/2003, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia, estableciendo el SGDA como plataforma tecnológica para la recepción, suministro y acceso a los datos de los abonados.

En dicha Circular se desarrollan los preceptos sobre suministro de datos, constituyendo la disposición de carácter especial más detallada que regula el procedimiento y los detalles de las obligaciones establecidas en la normativa citada. Asimismo, en su exposición de motivos se reconoce que las guías telefónicas y los servicios de información sobre su contenido desempeñan un papel fundamental en la utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas y constituyen un instrumento esencial para garantizar el acceso del abonado a los servicios telefónicos en un entorno de libre competencia, e igualmente subraya que el mencionado suministro de información de los abonados también debe realizarse para la prestación de los servicios de emergencia.

Se destaca que la obligación de suministrar los datos de los abonados por parte de los operadores, sin perjuicio de su utilidad para garantizar la libre competencia en la prestación de los servicios de guías telefónicas y consulta telefónica sobre números de abonados, resulta de especial interés como herramienta para facilitar la labor desempeñada por las entidades que, a través del 112 así como mediante otros números, prestan servicios de llamadas de emergencia (mediante la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1999 y la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2008 de la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información) o se encuentran habilitadas para obtener esta información mediante la Orden ITC/110/2009, de forma que el buen funcionamiento del SGDA y la calidad de los datos que allí se encuentran repercuten directamente en la capacidad de estas entidades para desempeñar adecuadamente sus funciones, de indudable valor social.

De conformidad con el criterio del instructor, en la propuesta de resolución, se considera que las conductas analizadas infringen la Circular 2/2003, constituyendo una infracción del artículo 53.q) de la LGTel. Exponiendo al respecto:

«(...) el artículo 53.q) de la LGTel ha de interpretarse de conformidad con la potestad definida en el artículo 48.4.e) del mismo texto legal. En este sentido, la LGTel -en dicho artículo 48.4.e), apartado 1- otorga a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la facultad de dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas, sobre la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, así como respecto al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. Asimismo, dispone que estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

El artículo 53.q) de la LGTel configura el tipo de infracción consistente en el incumplimiento de las Circulares o Instrucciones dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus competencias tal y como son atribuidas por la Ley y su normativa de desarrollo, no pudiendo restringirse la posibilidad de sancionar el incumplimiento de dichas circulares a la materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo de mercado por la simple dicción literal de dicho precepto, en la medida en que la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para dictar Circulares no viene configurada en dicho precepto sino en el anteriormente mencionado y es más amplia. Ello es sobradamente conocido por los operadores inculcados, motivo por el que podían predecir con absoluta certeza que el incumplimiento de la Circular era sancionable.

En definitiva, la construcción del artículo 53.q) y la concreción posterior llevada a cabo de las conductas por los Reglamentos de desarrollo de la LGTel y por las Circulares que, se recuerda, tienen naturaleza reglamentaria, no entrañan dudas de legalidad en cuanto a la tipificación de las conductas.

Cierto es, por otra parte, que la Circular 2/2003 desarrolla una de las condiciones impuestas por el artículo 20 del RSU, que incluye expresamente, entre las condiciones exigibles a los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público, el facilitar a la Comisión los datos de los abonados para las finalidades previstas en el artículo 68 del mismo Reglamento que, a su vez, remite tanto a lo establecido por Orden Ministerial como a las instrucciones que dicte esta Comisión para el correcto suministro de los datos, y que se encuentran recogidas en la citada Circular 2/2003, especialmente en los mencionados apartados segundo y sexto, y anexos I y IV de la misma-.

(...) en atención al grado de especialidad de la Circular frente a las demás normas mencionadas, se entiende que procede sancionar por el tipo contenido en el artículo 53.q) de la LGTel.»

Se considera que ha existido una conducta culpable por parte de la entidad TESAÚ (entre otras), en base a los hechos que configuran el tipo infractor muy grave del artículo 53.q) de la LGTel, pues la referida entidad ha realizado la conducta objeto de infracción, no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido, esto es, la falta de suministro de los datos de sus abonados al servicio telefónico disponible al público de conformidad con lo establecido en los apartados segundo y sexto, y anexos I y IV de la Circular 2/2003. Sin que concurra circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error invencible (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta

típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los Hechos Probados.

Por lo que respecta a la sanción a imponer, se tienen en consideración los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, para determinar si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora. Se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad, y que concurren en la entidad TESAU las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

a) *Inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por los sujetos infractores con anterioridad.*

b) *La escasa repercusión social de las infracciones cometidas.*

Sobre la sanción aplicable a las infracciones, razona la resolución que la LGTel fija unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

La aplicación de los criterios del artículo 56.1.a) LGTel y del artículo 131 de la LRJPAC y de las actuaciones habidas en el procedimiento, determina que el límite de la sanción que puede ser impuesta a la entidad TESAU, por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento sea el siguiente:

"En cuanto a la cuantía de la sanción máxima para la infracción muy grave del artículo 53.q) de la LGTel, procede señalar que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en qué consiste la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor.

Respecto al 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, cabe señalar que tampoco puede determinarse esta cantidad, dado que no es posible conocer qué recursos y fondos han sido empleados para llevar a cabo dichas conductas infractoras.

Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer sería la mayor de entre 20 millones de euros y el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por cada una de las entidades infractoras en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual.

En este sentido, para delimitar la rama de la actividad afectada, debe tenerse en cuenta que los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público son los sujetos destinatarios de las obligaciones vulneradas de suministro de los datos de sus abonados establecidas por la Circular 2/2003.

En consecuencia, debe considerarse que la rama de actividad afectada sobre la que debe computarse el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por las entidades infractoras se corresponde con el servicio telefónico disponible al público.

Teniendo en cuenta la información anterior, el límite máximo respecto a la cuantía de la sanción será de 20 millones de euros para todas las entidades infractoras, salvo para TESAU y VODAFONE, dado que el 1% de los ingresos de estas dos entidades por la prestación del servicio telefónico disponible al público excede de dicha cantidad.

Por lo tanto, dicho límite máximo será de (...) 85.272.935 euros respecto a TESAU.

En atención a ello y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de los datos y circunstancias concurrentes en el presente procedimiento, se considera que procede imponer las siguientes sanciones económicas por incumplimiento del artículo 53.q) de la LGTel:

- A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.: en atención a la menor gravedad de su conducta y a su situación económica se minorará la sanción propuesta a cuarenta mil euros (40.000 €)"

SEGUNDO: La parte actora impugna la citada resolución alegando, en síntesis, que tras la aprobación de la Circular 2/2003 Telefónica de España procedió a la adaptación de sus sistemas para poder cumplir con lo dispuesto en ella y aportar la información según el formato y procedimientos establecidos, aportando los correspondientes ficheros. La CMT ha analizado la situación de los operadores en el procedimiento de información previa, respecto de las dos últimas cargas de los denominados archivos de totales y de los archivos de actualizaciones, imponiendo una sanción a TESAU por la comisión de un único hecho, consistente en no

suministrar al SGDA el dato del DNI de los abonados en el fichero de totales remitido a CMT en noviembre de 2009.

Como único motivo de impugnación, se invoca la vulneración del principio de proporcionalidad del artículo 131 de la Ley 30/1992, por incorrecta aplicación de los criterios de graduación de las infracciones y sanciones.

Tras invocar doctrina jurisprudencial y consideraciones genéricas sobre el principio de proporcionalidad, fundamenta dicho motivo en que la sanción impuesta resulta desproporcionada teniendo en consideración que en la entidad ha cumplido la Circular 2/2003 de la CMT y ha suministrado a la SGDA los ficheros con los datos de sus abonados exigidos por dicha Circular; que ha aportado los datos del DNI de sus abonados en los ficheros de actualizaciones por lo que en el SGDA figuran los datos del DNI de los abonados; que Telefónica de España no ha obtenido beneficio alguno; que no se ha producido perjuicio alguno para terceros por la actuación de la entidad.

El único incumplimiento que se imputa a la actora es no suministrar en sus ficheros de totales remitidos a CMT en noviembre de 2009, para la prestación de servicios de emergencia de la provincia de Madrid, los datos correspondientes al documento de identidad de sus abonados a través del campo obligatorio ABDNI-TIT, dato que si bien no aparecía en los ficheros de totales remitidos al SGDA en noviembre de 2009, si se aportaba al SGDA a través de todos sus ficheros de actualizaciones, como quedó acreditado en el expediente y se reconoce en la propia resolución recurrida.

Siendo el objetivo de la Circular que las entidades habilitadas para la prestación del servicio de consulta o que elaboren guías telefónicas o presten servicios de urgencia a través del número 112, dispongan de información necesaria para la prestación de sus servicios, razón por la que se impone a los operadores que prestando el servicio telefónico disponible al público asignen números a sus abonados la obligación de facilitar a la CMT los datos relativos a sus abonados, estos prestadores de servicios no han visto mermada su actividad en modo alguno por la ausencia de los datos del DNI de los abonados de TESAU en el fichero de totales de noviembre de 2009. Este dato, además de estar aportado en los ficheros de actualizaciones, también se aporta en el fichero de totales que se presentó ante la CMT en noviembre de 2010, por lo que la actuación de la entidad actora no puede considerarse como incumplimiento grave de la Circular.

Se añade que la actuación imputada a TESAU no revisten la misma gravedad que la actuación de otros operadores que no suministraron a través del SGDA ningún fichero con los datos de sus abonados o no facilitaron las cargas de totales con los datos de todos los abonados para la prestación de los servicios de emergencia, sin embargo, la sanción impuesta es superior a la que se impone a otros operadores que han incurrido en la conducta más grave. Por otra parte, Telefónica no ha obtenido beneficio alguno al no aportar los datos del DNI de los titulares de los ficheros de totales para los servicios de emergencia y tampoco ha generado perjuicio alguno para terceros, dado que el dato del DNI de abonados es conocido por las entidades prestatarias de servicios de guía consulta y emergencias por figurar en el resto de los ficheros remitidos por Telefónica de España.

Concluye afirmando que la conducta debía haber sido calificada como infracción menos grave que las cometidas por otros operadores y graduada atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 56.2 de la ley 32/2003 y en el artículo 131.3 de la ley 30/1992.

El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO: Atendidas las alegaciones de la recurrente, cuyos argumentos giran exclusivamente sobre la denuncia de vulneración del principio de proporcionalidad, por inadecuada graduación de la infracción y de la sanción, se hace preciso atender a la fundamentación al respecto de la resolución impugnada, en relación con las actuaciones del procedimiento sancionador.

En la Propuesta de resolución del expediente sancionador, se imputa a la entidad recurrente la comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.q) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo le atribuye dicha Ley, *"por el presunto incumplimiento de 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 el caso de TESAU el incumplimiento consistía en que "los ficheros suministrados a través del SGDA, correspondientes a la segunda carga de totales del año 2009, no cumplían con el formato y las especificaciones previstas en el Anexo I de la Circular 2/2003".

Tal imputación se justifica señalando que: *"En relación con TESAU, de su escrito de alegaciones y del CD-ROM remitido por la entidad con los datos de las dos cargas de ficheros de totales y de actualizaciones requeridas por esta Comisión, ha quedado acreditado que dicha entidad no suministraba en sus ficheros la información de los campos ABTELF1 y ABDNI-TIT de acuerdo con las especificaciones establecidas en el Anexo I de la Circular 2/2003."*

Se propone como sanción económica a imponer a TELEFÓNICA: *ochenta mil euros (80.000 #)*.

Admitido el incumplimiento de la Circular, en los términos que se expone, sostiene la entidad actora que su conducta debía haber sido calificada como infracción menos grave que las cometidas por otros operadores y graduada atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 56.2 de la ley 32/2003 y en el artículo 131.3 de la ley 30/1992. Sin embargo, no especifica las concretas razones por las que entiende que no se ha graduado adecuadamente tal conducta ni se ha determinado la sanción con observancia del principio de proporcionalidad, cuando en la resolución impugnada se dice expresamente que se minorra la sanción propuesta por el Instructor "en atención a la menor gravedad de su conducta y a su situación económica".

Ninguna duda ofrece la adecuación a derecho de la calificación jurídica de la conducta analizada como infracción muy grave, por cuanto el incumplimiento de lo establecido en la citada Circular integra el específico supuesto del tipo infractor previsto en el artículo 53 q) de la Ley 32/2003, que tipifica como infracción muy grave:

"El incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo le atribuye esta Ley".

En cuanto a la sanción impuesta, se razona ampliamente en la resolución impugnada sobre los criterios tenidos en cuenta, con arreglo a lo establecido en el artículo 56.1 a) de la citada ley. Criterios que se motivan, incluyendo expresamente los que la entidad actora invoca como aplicables.

Efectivamente, se aprecia la concurrencia de dos circunstancias atenuantes -arriba consignadas-, no se aprecia ninguna circunstancia agravante. Y, en cuanto a las circunstancias particulares modificativas de la responsabilidad, se analiza la naturaleza de los perjuicios causados y la situación económica del infractor.

Sobre la primera circunstancia, se expone que la responsabilidad que se derive de la ausencia de los datos de los abonados al servicio telefónico debe ser graduada teniendo en cuenta el número de abonados que tiene cada operador y cuyos datos ha de suministrar al SGDA, por cuanto a mayor número de abonados mayor riesgo para los intereses públicos protegidos. Se entiende que la sanción ha de atenuarse a aquellas entidades con un menor número de abonados al servicio telefónico disponible al público, tanto fijo como móvil.

En cuanto a la situación económica del infractor (derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan), se razona que debe considerarse que la cuantía de la sanción podrá resultar minorada en función de la cuantía de los ingresos obtenidos por la prestación del servicio telefónico disponible al público, como indicativa de su situación económica.

Conjugando las anteriores circunstancias y aplicando los criterios que para la fijación de las cuantías máximas y mínimas -en los casos en que es procedente- establece el artículo 56 de la LGtel, teniendo en cuenta que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consiste la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor, y tampoco es posible conocer qué recursos y fondos han sido empleados para llevar a cabo dichas conductas infractoras, se concluye que la sanción máxima que se podría imponer sería la mayor de entre 20 millones de euros y el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por cada una de las entidades infractoras en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual.

En el caso que ahora nos ocupa, dado que el 1% de los ingresos de TESAU por la prestación del servicio telefónico disponible al público excede de 20 millones de euros, el límite máximo sería de 85.272.935 euros -dato este calculado sobre cifras que la actora no discute-, no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

Se aplican los criterios de graduación establecidos en el artículo 56.2 de la LGTel, que 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 los establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) 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 atención a dichos criterios y a las alegaciones de las entidades afectadas, se hace un análisis crítico de la propuesta del Instructor, razonando:

«Como punto de partida, ha de considerarse la conducta específica realizada por los operadores, consistente en términos generales en: (i) no cargar ningún fichero de totales de emergencias durante el año 2009; o, (ii) cargar los ficheros con problemas de contenido.

Así, el instructor, partiendo de la obligación común para todos los operadores imputados de suministrar los datos de sus abonados conforme al formato y a las especificaciones de la Circular 2/2003, tuvo en cuenta que determinados operadores no habían aportado ningún fichero de totales en el SGDA para la prestación de los servicios de emergencia, resultando dicha carga de totales la que debe comprender, sin excepción, los datos de todos sus abonados, y por tanto, sin dar cumplimiento a los requisitos de la Circular durante el período comprendido entre enero y diciembre del año 2009.

En contraposición, otros operadores completaron la primera premisa de su obligación, esto es, el suministro de los datos de sus abonados en el SGDA, incluyendo los ficheros de totales al menos para los servicios de emergencia, pero no la segunda parte de la misma, dado que los datos suministrados no seguían el formato y las especificaciones establecidas en la mencionada Circular, tal y como se manifestó en el análisis de los datos aportados durante el período de información previa, de forma que tampoco cumplieron con las obligaciones de la Circular.

De forma evidente, si bien las dos constituyen una infracción muy grave, por tratarse de un incumplimiento de la Circular 2/2003, la primera conducta reviste mayor grado de dejación o falta de diligencia que la segunda, y mayor gravedad, en cuanto que falta toda la información de los abonados y ello no es comparable a que falten algunos datos de los ficheros.

De forma adicional, el instructor, a través de su propuesta, ha realizado la ponderación de las circunstancias particulares de cada operador susceptibles de modificar su responsabilidad que, unidas a las conductas puestas de manifiesto en los Hechos probados y en los párrafos anteriores, resultaron en los siguientes criterios de graduación de la sanción en aras a cumplir con el mencionado principio de proporcionalidad del artículo 131 de la LRJPAC. En suma, dichos criterios fueron:

1- Naturaleza de los perjuicios causados: traducida en el número de abonados sobre los que cada operador tenía que haber suministrado información. (...)

De conformidad con lo alegado por varios operadores a la propuesta de resolución, dicho criterio ha de tomar en consideración el número de abonados en acceso directo que tiene cada operador, dado que es a estos abonados a los que el operador suministra numeración y sobre los que tiene obligación de proporcionar información al SGDA.

2- Situación económica del infractor: manifestada en los ingresos brutos obtenidos por los operadores, teniéndose en cuenta tanto para delimitar la cuantía máxima de la sanción (que ascendía a 20 millones de euros para todos los operadores excepto TESAU y Vodafone que superan esa cifra) como para conocer la situación de las entidades infractoras con el objetivo de minorar la sanción.



Se tienen en cuenta las alegaciones de TESAU a la propuesta de resolución y se acuerda minorar la sanción propuesta (80.000 #) *"en atención a la menor gravedad de su conducta y a su situación económica"*, fijándola en 40.000 #.

Por todo lo expuesto, carecen absolutamente de justificación las alegaciones de la recurrente en fundamento de su denuncia de vulneración del principio de proporcionalidad. Siendo, por otra parte, difícil de sostener tal denuncia cuando la sanción impuesta es más de dos mil veces inferior al límite máximo de la sanción a imponer.

En consecuencia, procede de la desestimación del presente recurso.

CUARTO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA , en la redacción anterior a la Ley 37/2011, la Sala no aprecia la concurrencia de méritos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta** , en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de julio de 2011, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos por su adecuación a Derecho.

Sin hacer expresa condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que la misma es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno, y de la cual será remitido testimonio, con el expediente, a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.