



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 nº 27/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2006/1173 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A. POR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN, DE 8 DE JUNIO DEL 2000, SOBRE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS APLICABLES A LA CONSERVACIÓN DE LA NUMERACIÓN EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR EN LAS REDES TELEFÓNICAS PÚBLICAS MÓVILES.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2006/1173 incoado a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de septiembre de 2006 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructora del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. --/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2000, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó mediante Resolución las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificada por Resolución de 5 de junio de 2003, en la cual se determinó, en su apartado 7.2., relativo al proceso de alta de numeración portada, que:

“La ventana de cambio¹ se establecerá, como mínimo, transcurridos dos días hábiles desde el periodo de medio día en el que se haya producido

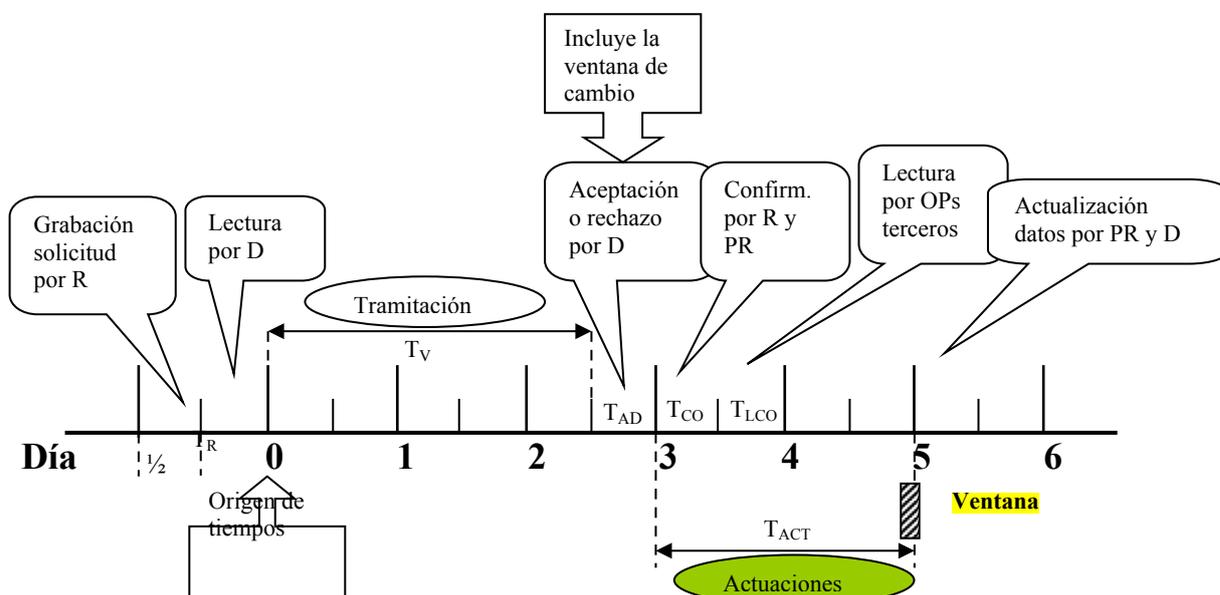
¹ La **ventana de cambio** es el plazo de tiempo determinado por la fecha, hora de inicio y su duración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la publicación por parte del operador donante de su aceptación (T_{AD}), o bien en una fecha posterior solicitada por el abonado (siempre que no sea superior a 1 mes desde la fecha de la solicitud). Se entiende como «próxima» ventana de cambio, la **ventana nocturna** establecida entre las 3:00 y las 6:00 horas de a.m. del tercer día siguiente al periodo de medio día T_{AD} desde la aceptación de la solicitud por el operador donante.”

Por su parte el apartado 7.2.3 de las Especificaciones Técnicas estableció el siguiente esquema en el que se presenta la secuencia de tiempos necesarios para realizar cada tarea del proceso de alta:



SEGUNDO.- Con fechas 27 de diciembre de 2005 y 17 de enero de 2006, tuvieron entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escritos de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante VODAFONE) y RETEVISIÓN MÓVIL S.A.², (en adelante, FTE) en virtud de los cuales se comunicaba a esta Comisión el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (en adelante, TME) de la Resolución, de 8 de junio del 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificada por Resolución de 5 de junio de 2003 (en adelante, Especificaciones Técnicas) (Documentos nº 1 y 17).

En sendos escritos, las citadas operadoras de redes móviles ponían en conocimiento de esta Comisión la llevanza por parte de TME de una serie de

dentro de la cual los operadores harán efectivas las actuaciones en su red y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración máxima de 3h.

² Retevisión Móvil, S.A., ha sido absorbida por France Telecom España, S.A. (fusión por absorción, como consta en la escritura pública inscrita por el Ilustre Notario de Madrid D. José Antonio Bernal González, bajo el número 2035 de su protocolo, en fecha 31 de julio de 2006), por lo que en el presente procedimiento utilizaremos para referirnos a AMENA las siglas de FTE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prácticas en el ámbito de la portabilidad, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2005, consistentes en retrasar unilateralmente en tres días hábiles la ventana de cambio de las solicitudes de portabilidad grabadas por VODAFONE y FTE en su página Web durante los citados días, ampliando así el plazo máximo de seis días hábiles señalado en las Especificaciones Técnicas, para tramitar las solicitudes de portabilidad de los abonados desde su solicitud al operador receptor.

Asimismo, ambas operadoras manifestaban que las únicas solicitudes grabadas durante esos días que no se vieron afectadas fueron aquellas en las que los abonados habían señalado expresamente el día exacto en el que debería producirse la portabilidad numérica.

TERCERO.- Una vez analizada toda la documentación remitida junto con los escritos de VODAFONE y FTE, en virtud de lo establecido en el 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 LRJPAC), mediante escritos del Secretario de esta Comisión, de fechas 30 de enero y 29 de marzo de 2006, se notificó a los tres operadores de telefonía móvil la apertura de los correspondientes periodos de información previa (DT 2006/101 y DT 2006/387), así como el requerimiento de determinada información, con el fin de conocer con más detalle las circunstancias concretas del caso y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento (Documentos nº 2, 3, 18 y 19).

CUARTO.- Con fecha 24 de enero de 2006, tuvo lugar en la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una reunión entre los tres operadores móviles debido a los problemas sufridos con las solicitudes de portabilidad durante los días 29 y 30 de diciembre, con la finalidad de llegar a un acuerdo en relación con las cifras de portabilidad numérica habidas durante el citado mes y que con periodicidad mensual se publican a través de una Nota en la Web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En la citada reunión se acordó un ajuste de cifras entre los tres operadores, por el cual TME se consideraba que en diciembre de 2005 había exportado 19.390 y 9.534 números más con destino a VODAFONE y FTE respectivamente.

QUINTO.- Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa iniciado a través de la apertura del expediente DT 2006/101, esta Comisión mediante Resolución de 14 de septiembre de 2006, acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra TME, como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el presunto incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, así como del apartado 3 del artículo 44 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), al considerar que de las actuaciones practicadas se derivaban



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justifican la incoación de un procedimiento sancionador. Dicha Resolución nombró a Doña Estela Pascual Instructora del procedimiento sancionador (Documento nº 13).

Asimismo, mediante Resolución de 14 de septiembre de 2006 (Documento nº 25), se puso fin al periodo de información previa iniciada a través de la apertura del expediente DT 2006/387 estableciendo:

“Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador iniciado por la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006 (expediente DT 2006/101), por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica Móviles España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución adoptada por esta Comisión el 8 de junio de 2000 por la que se aprobaban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas móviles (expediente R.S. 1999/1594) y modificada por la Resolución de esta Comisión de 5 de junio de 2003 (MTZ 2003/147).”

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 18 de septiembre de 2006, se procedió a notificar a TME, a los denunciantes y a la instructora las citadas resoluciones (Documentos nº 14, 15, 16, 26, 27 y 28).

SEPTIMO.- Con fecha 26 de octubre de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TME en el cual formulaba las siguientes alegaciones (Documento nº 29):

A) Ausencia de intencionalidad en la actuación de TME y ausencia de perjuicio grave para los competidores o usuarios: carácter excepcional de la actuación.

Según TME, las irregularidades surgidas coinciden en el tiempo con la adopción de unas medidas preventivas introducidas para evitar los problemas que el proceso de consolidación de sistemas y equipos llevados a cabo a lo largo de los últimos meses pudiera tener sobre el proceso de portabilidad.

Por ello manifiesta que: *“TME adoptó unas medidas preventivas consistentes en desplazar temporalmente las ventanas de cambio fuera de las fechas consideradas «críticas», medidas que, tal y como quedará acreditado a lo largo del presente escrito, no perjudicaron de forma apreciable ni a los usuarios finales, ni a sus competidores sino todo lo contrario.”*

Igualmente alega que no ha existido por parte de TME intencionalidad de perjudicar a terceros, ni tampoco de beneficiarse de la actuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, manifiesta que es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- *“los días en los que se producen las incidencias son únicamente tres días hábiles y son equivalentes al retraso que podrían llegar a sufrir las solicitudes de portabilidad en los supuestos de incremento del cupo de solicitudes de portabilidad por desbordamiento del mismo (4 días consecutivos de desbordamiento del cupo de solicitudes).*
- *estas incidencias tienen un carácter absolutamente excepcional y no se han dado de manera reiterada en el tiempo. (...).*
- *existe una justificación que explica las mencionadas incidencias.*
- *las propias Especificaciones Técnicas contemplan la posibilidad de que se produzcan indisponibilidades del servicio que pudieran afectar a la ventana de cambio.”*

En relación con el beneficio que TME hubiera podido obtener de la adopción de la medida preventiva, TME manifiesta que el número de líneas afectadas no alcanzan al 0,13% sobre el total de usuarios de TME, así como que el consumo del colectivo de clientes cuyas solicitudes se vieron retrasadas en aquellas fechas fue inferior al realizado por éstos en las mismas fechas de los meses anteriores (Documento nº 29.2).

En relación con terceros operadores, alega que las incidencias en el sistema de portabilidad de TME no han causado un perjuicio apreciable a sus directos competidores, puesto que:

1. Los usuarios que desearon portarse justo durante esas fechas pudieron hacerlo.
2. El resto de solicitudes de portabilidad fueron cursadas de acuerdo con el procedimiento administrativo de portabilidad, con la única salvedad de que se introdujo un retraso entre uno y tres días hábiles en la ventana de cambio por defecto.
3. La contabilización de los saldos netos de portabilidad entre los diferentes operadores fue realizada como si las portabilidades se hubieran producido durante el año 2005, tal y como ha quedado reflejado en la Nota del mes de diciembre de 2005 de esta Comisión, que recoge mensualmente la evolución de la portabilidad en redes móviles (Documento nº 29.1).

B) Inexistencia de incumplimiento de las Especificaciones Administrativas.

- a) Sobre el rechazo de las solicitudes de FTE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME hace referencia, en su escrito de 26 de octubre de 2006, a la denuncia interpuesta por FTE³ ante esta Comisión, con fecha 20 de enero de 2006, que dio lugar al expediente DT 2006/101, cuya Resolución de 14 de septiembre de 2006 inició el presente procedimiento sancionador.

Pues bien, TME justifica que las solicitudes de FTE *“fueron rechazadas por consignar una ventana de cambio correspondiente a una fecha que TME consideró como no hábil, como consecuencia de las medidas preventivas adoptadas en sus sistemas de gestión de portabilidad.”*

Por tanto, continúa diciendo que *“(…). Fue precisamente esta circunstancia la que determinó el rechazo de la grabación de las solicitudes realizadas por Amena, puesto que la fecha consignada en las solicitudes era anterior al sexto día hábil contemplado en el sistema del operador donante, contado desde la fecha de grabación.”*

Concluye esta alegación declarando que *“Tomando como dato de partida la declaración excepcional por parte de TME de días inhábiles los días 29 y 30 de diciembre y 2 de enero, los rechazos de las solicitudes de portabilidad fueron plenamente conformes con las especificaciones administrativas de portabilidad, por cuanto el rechazo se produjo por que la fecha consignada en la solicitud- 29 de diciembre de 2006-, era anterior al sexto día hábil en el sistema de TME.”*

b) Retraso en la ventana de cambio.

Según TME: *“(…) el plazo de 6 días hábiles se corresponde con la fecha generalmente aplicada bajo el funcionamiento normal del sistema de portabilidad y, no obstante, en presencia de circunstancias excepcionales, esta fecha pudiera verse alterada.”*

TME considera que algunas de las excepciones se encuentran establecidas en las Especificaciones Técnicas, como puede ser la superación del cupo de solicitudes, o las referentes a las incidencias del sistema.

En relación con la última de las excepciones, manifiesta que las Especificaciones Técnicas recogen la previsión de que durante el periodo necesario para la resolución de las incidencias los operadores implicados pueden realizar las tareas técnicas y/o administrativas, necesarias y oportunas para tratar de resolver la incidencia.

³ En ella FTE alegaba, que durante los días 21 y 22 de diciembre de 2005 las solicitudes de portabilidad grabadas por FTE en la página Web de TME, se cumplieron con la fecha que legalmente correspondía como ventana de cambio, es decir, los últimos días hábiles del mes de diciembre, sin embargo, la página Web de TME comenzó a generar rechazos injustificados de dichas solicitudes de portabilidad, siendo el motivo de rechazo alegado por parte de TME el que la ventana de cambio solicitada no se ajustaba al plazo legal, siendo éste correcto, ya que para los días 21 y 22 de diciembre las portabilidades deberían haberse ejecutado los días 29 y 30 de diciembre, es decir, dentro del año 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, TME alega que ante los potenciales problemas que podían derivarse de los procesos de consolidación, procedió a declarar como días inhábiles los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, como medida preventiva para mitigar los efectos negativos que hubiera tenido la indisponibilidad del sistema de gestión de portabilidad móvil.

Añade TME que la incidencia en el sistema de portabilidad de TME, en los últimos días de diciembre, no provocó indisponibilidades del servicio telefónico a los clientes, y que éste fue el motivo por el que TME decidió la adopción de la medida preventiva, *“evitar que los usuarios pudieran encontrarse en una situación de indisponibilidad parcial del servicio telefónico por problemas en la tramitación de los procesos de alta de portabilidad.”*

Continúa TME diciendo que *“(...) Estas medidas causaron una incidencia en los sistemas de portabilidad que fue gestionada a través del mecanismo de gestión de incidencias contemplado en las especificaciones y complementado con los mecanismos de escalado de incidencias acordados entre los operadores.”*

C) Voluntad de cumplir las Especificaciones Técnicas.

En referencia a su voluntad de cumplir las Especificaciones Técnicas, TME señala que *“en todo momento existió una voluntad inequívoca de esta compañía de cumplir las especificaciones administrativas de portabilidad móvil.”*

Para TME, durante los días críticos, existían dos alternativas para no cursar las solicitudes de portabilidad (salvo en los casos en que el usuario hubiera señalado explícitamente esos días como fecha para efectuar la ventana de cambio):

1. La denegación de solicitudes por causa de fuerza mayor: que hubiera ocasionado un mayor retraso en la tramitación de las solicitudes, pues hubiera sido necesario grabar de nuevo la solicitud en el sistema de portabilidad.
2. El retraso en la fecha de la ventana de cambio fuera del periodo de contingencia: siendo los perjuicios causados menores o inexistentes puesto que el operador receptor podía comunicar a su nuevo cliente la fecha de ventana de cambio.

D) Sobre la existencia de un precedente similar en el entorno de la portabilidad de la numeración geográfica y de red inteligente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME alega que existe un paralelismo entre el presente supuesto y las circunstancias que acaecieron a la Entidad de Referencia de portabilidad de numeración geográfica y de red inteligente⁴. A juicio de TME, las pequeñas diferencias entre ambos supuestos no son suficientes para otorgar un tratamiento diferenciado por parte de esta Comisión, ya que en dicho supuesto no se inició un expediente sancionador contra los operadores involucrados, como ocurre en este caso.

Por último, TME solicitaba el archivo del expediente por considerar que quedaba acreditado que las actuaciones llevadas a cabo por TME fueron conformes a derecho y a las Especificaciones Técnicas.

OCTAVO.- Con fecha 15 de enero de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un nuevo escrito de TME en el cual venía a aportar nuevas alegaciones con el objeto de acreditar y desarrollar las alegaciones de 26 de octubre de 2006 (Documento nº 30).

A) Alternativas de actuación ante el riesgo cierto de indisponibilidad del sistema de gestión de portabilidad.

TME manifiesta que: *“Una vez TME tuvo conocimiento de la existencia de riesgo cierto de indisponibilidad de los sistemas de información de la compañía que pudieran afectar a los procesos de conservación de portabilidad en la ventana de cambio, derivados de potenciales errores en los sistemas como fruto del proceso de consolidación de servidores, analizó las diferentes alternativas de actuación preventiva con el fin de minimizar el impacto que la posible indisponibilidad pudiera causar.”*

A continuación, TME analiza las ventajas e inconvenientes de las alternativas que cabía plantear:

1. No actuar

Para TME *“esta alternativa hubiera resultado la mas sencilla (...)”, pero “en el caso de que finalmente se hubiera producido una indisponibilidad del sistema, la consecuencia directa sería la existencia de errores de encaminamiento de llamadas a los números exportados de la red de TME, tanto para las llamadas originadas en la red de TME, como las originadas en las redes de los operadores fuera del ámbito de portabilidad para aquellas numeraciones en las que TME fuera el propietario del rango.”*

TME manifiesta que la solución de estas incidencias se hubiera resuelto a través del cauce habitual de gestión de incidencias entre los operadores, *“si bien el volumen de numeraciones afectadas sería sensiblemente superior al habitual.”*

⁴ En marzo de 2006, la Entidad de Referencia de portabilidad de numeración geográfica y de red inteligente declaró, previo consenso de todos los operadores de la AOP (Asociación de Operadores de Portabilidad) dos días no hábiles a efectos de la portabilidad de numeración geográfica y de red inteligente, como consecuencia de un proceso de cambio de procesadores en la arquitectura de la citada Entidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Denegar portabilidades por causa de fuerza mayor

Esta causa de denegación de la tramitación de solicitudes de portabilidad, según TME, hubiera sido la más apropiada para indicar la imposibilidad de tramitar aquellas solicitudes, denegándolas “(...) por problemas existentes en el sistema de gestión de portabilidad causados por circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad del operador”.

TME alega que desestimó esta opción *“por cuanto suponía una mayor carga administrativa para el sistema de portabilidad, al requerir la retransmisión de todas y cada una de las solicitudes de portabilidad cuya ventana de cambio por defecto cayera dentro del periodo considerado crítico por TME.”*

3. Actualización manual de los datos de encaminamiento de las llamadas.

Con respecto a esta alternativa, TME manifiesta que: *“La tercera de las opciones radicaba en la programación de una rutina extraordinaria para cargar directamente los datos correspondientes a los números portados, en previsión de que el proceso de portabilidad pudiera no completarse satisfactoriamente con la actualización del FNR⁵.*

De este modo, sin perjuicio de la situación en la que quedarán los sistemas de información de TME en relación con los datos de los abonados exportados, se garantizaría el correcto encaminamiento de las llamadas.”

Sin embargo, manifestó que el riesgo de poner en marcha este mecanismo se calificó como muy alto porque:

- Suponía una operación no habitual para el área técnica.
- Se produce en un periodo temporal especialmente crítico por el volumen de tráfico cursado.
- El volumen de actualizaciones en el FNR resultaba muy elevado.
- Su desarrollo había de tener lugar en un periodo extremadamente corto, sin posibilidad de realizar pruebas de implantación.

4. Desplazar la ventana de cambio fuera del periodo crítico.

“Esta solución, si bien no se encontraba recogida de forma explícita en los procedimientos administrativos, constituía la opción más razonable en presencia de incidencias que pudieran afectar al sistema de gestión de portabilidades.

(...)

Esta alternativa introducía el mínimo perjuicio posible en la fecha de la ventana de cambio (entre uno y tres días), garantizaba el conocimiento de la fecha efectiva de la ventana de cambio al operador receptor y evitaba la retransmisión de las solicitudes de

⁵ FNR (Flexible Numbering Register)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

portabilidad, no sobrecargando los sistemas de gestión de portabilidad del resto de operadores.”

B) Justificación del impacto diferencial en los procesos de importación y exportación de portabilidad.

En relación a esta cuestión, TME justificaba por qué las posibles incidencias en los sistemas de portabilidad que tuvieran lugar durante la ventana de cambio, consecuencia de los procesos de consolidación de servidores, afectarían fundamentalmente a los procedimientos de exportación de numeración y no a los procedimientos de importación.

En este sentido, TME argumenta que a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de exportación de la numeración, donde el operador donante dispone sólo de tres horas (de 3 a.m. a 6 a.m.) para proceder a la actualización de todos los sistemas que registren los datos del usuario con el fin de darle de baja en el servicio y proceder a la actualización de la base de datos de numeración portada, garantizando así el encaminamiento de las llamadas a la numeración portada, en los procedimientos de importación de numeración, para la realización de dichas tareas, se dispone de un plazo más extenso (un día y medio), que va desde el momento de la aceptación de la solicitud de portabilidad por parte del operador donante hasta la finalización de la ventana de cambio.

Por otra parte, TME vuelve a manifestar que no se ha beneficiado de la medida preventiva adoptada, puesto que la contabilización de los saldos netos de portabilidad entre los diferentes operadores fue realizada como si las portabilidades se hubieran producido en plazo y los importes tarifados del colectivo de clientes cuyas líneas se relacionan con la incidencia fueron inferiores a los provenientes de esos mismos clientes en las mismas fechas en los meses anteriores.

Asimismo alega que no se ha perjudicado a los usuarios: *“Únicamente, el 1% del colectivo de clientes relacionados con la incidencia habría realizado alguna reclamación en relación con la portabilidad de sus números en las fechas críticas.”*

C) La rigurosidad en la aplicación de la normativa sobre cumplimiento de las Especificaciones Técnicas debe afectar por igual a todos los operadores.

Por último, TME vino a manifestar que la Comisión del Mercado del Mercado de las Telecomunicaciones ha estado tratando de manera diferente diversos supuestos sobre los que esta Comisión ha tenido conocimiento y se ha pronunciado.

En particular, TME cita:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Las denuncias realizadas por la propia TME contra VODAFONE y FTE en diciembre de 2005 por presuntas prácticas contrarias a los procedimientos administrativos de portabilidad en redes móviles⁶, donde *“la CMT decidió no incoar procedimiento sancionador alguno contra las precitadas compañías redirigiendo la resolución del contenido de las denuncias hacia la modificación de las especificaciones administrativas.”*
- b) La denuncia presentada por EUSKALTEL contra ORANGE (Exp. MTZ 2006/1505), donde la Comisión mediante Resolución de 21 de diciembre de 2006, *“(...) a pesar de constatar el incumplimiento de las especificaciones técnicas por denegación injustificada de las solicitudes de portabilidad, (...), nada se indica en dicha resolución sobre una eventual incoación de expediente sancionador.”*

Termina TME solicitando a esta Comisión, que se *“dicte resolución acordando el archivo del expediente por quedar acreditado que las actuaciones llevadas a cabo por TME no son constitutivas de infracción de las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración entre redes móviles.”*

NOVENO.- Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2007, esta Comisión requirió a TME, al amparo de lo previsto en el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), para que, en el plazo de diez días, a contar desde la recepción de la notificación, remitiese una *“explicación detallada sobre en qué consistió el proceso de consolidación de sistemas y equipos llevado a cabo por TME, y en concreto qué trabajos se llevaron a cabo en los sistemas, durante los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, que afectaron a los procesos de portabilidad durante las tres horas (3 a.m. y 6 a.m.), que duran los trabajos de baja y de actualización de las bases de datos, y que hicieron necesario adoptar la medida preventiva que consideró apropiada TME.”* (Documento nº 31)

DÉCIMO.- Con fecha 13 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de TME en el cual procedía a dar cumplimiento al requerimiento efectuado por esta Comisión, y a aportar descripción del proceso de consolidación de servidores llevado a cabo por esta entidad (Documento nº 33).

En dicho escrito, TME procedía a realizar algunas alegaciones:

- Que *“TME ha demostrado tener una actitud totalmente colaboradora y proactiva en relación con las mejoras que se han ido introduciendo en el sistema de portabilidad y que sin duda han influido en el éxito actual de volúmenes de portabilidad móviles superiores al de otros países.”*

⁶ Dichas denuncias dieron lugar a la apertura por esta Comisión de los expedientes DT 2006/81 y DT 2006/82.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“TME ha sido quien ha ideado y propuesto algunas de las grandes mejoras del sistema actual, liderando las iniciativas hasta alcanzar el acuerdo con el resto de los operadores involucrados en el proceso de portabilidad.”*
- Que, la ausencia de uniformidad en el criterio de esta Comisión a la hora de valorar los comportamientos de los diferentes operadores en materia de portabilidad móvil, según TME, le ha *“generado un resultado que, dicho sea con el debido respeto, parece discriminatorio en perjuicio de mi representada.”*

Señala TME, que *“recientemente Vodafone ha comunicado que a consecuencia de un cambio de plataforma en los sistemas de portabilidad, se establecerán algunas restricciones en el servicio de la portabilidad fija, consistentes en un periodo de cuarentena durante la puesta en producción de la nueva plataforma entre los días 5 y 12 de abril, en el cual:*

- *No se aceptarán solicitudes de portabilidad fija por parte de Vodafone (se rechazarán las solicitudes por «causas técnicas»).*
- *Para aquellas solicitudes iniciadas previamente, tanto de importación como de exportación, ninguna podrá tener como ventana de cambio una fecha posterior al 10 de abril.*

En el mismo comunicado, se pone de manifiesto también que el servicio se restablecerá íntegramente a partir del día 13 de abril (incluido).”

- Finalmente, TME alega que la Resolución, de 18 de enero de 2007, del expediente sancionador RO 2005/1663, incoado a la entidad R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. por acuerdo del Consejo de esta Comisión, es de su interés puesto que considera que en caso de que esta Comisión resuelva la existencia de una infracción concurren, al igual que en el supuesto de R CABLE, algunas de las circunstancias atenuantes que se reconocieron en la citada Resolución.

UNDECIMO.- Una vez analizada toda la documentación remitida, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2007 y, al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se realizaron las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:

- A. Solicitud de Informe a la Dirección de Análisis Económicos y de Mercados de esta Comisión sobre la estimación del beneficio bruto que la entidad presuntamente infractora haya podido obtener como consecuencia de los actos u omisiones de los que trae causa la infracción objeto del procedimiento (Documento núm. 34). La citada solicitud fue contestada mediante informe de fecha 14 de mayo de 2007 (Documento nº 38).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. Requerimiento de información a TME sobre el importe de los ingresos y el margen bruto obtenido de los abonados afectados por la presunta infracción, de 4 de abril de 2007 (Documento nº 35). El citado requerimiento fue contestado mediante escrito de 10 de mayo de 2007 (Documento nº 37).

DUODÉCIMO.- No habiendo propuesto TME la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario la Instructora la práctica de oficio de la misma, no se acordó en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 12 de junio de 2007, la Instructora del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (Documento núm. 38):

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de esta Comisión, de 8 de junio de 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificadas por Resolución de 5 de junio de 2003, y por ello el apartado 3 del artículo 44 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

SEGUNDO. Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por importe de trescientos cincuenta mil euros (350.000) euros.”

DECIMOCUARTO.- La propuesta de resolución fue notificada a TME el día 13 de junio de 2007, mediante escrito de la Instructora de fecha 12 de junio de 2007, recibida por la citada entidad el día 13 de junio de 2007 (Documento núm. 39).

DÉCIMOQUINTO.- Con fecha 17 de julio de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TME mediante el cual vino a dar cumplimiento al trámite de audiencia y a formular las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 de Reglamento del Procedimiento Sancionador (Documento núm.40).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO-. Que Telefónica Móviles España. S.A. durante los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, incumplió el plazo establecido como ventana de cambio para efectuar la portabilidad hacia las redes móviles de Vodafone España, S.A. y Retevisión Móvil, S.A.

Tal hecho probado resulta del análisis de las actuaciones realizadas y de los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

El apartado 7.2.3 de la Resolución sobre las Especificaciones Técnicas, detalla específicamente las fases necesarias en el tratamiento de cada solicitud de portabilidad móvil y las secuencias de temporizaciones asociadas, cuyo respeto y seguimiento es de obligado cumplimiento por los operadores, para realizar correctamente el proceso de alta/baja de la numeración en la portabilidad en redes móviles.

En este sentido, las Especificaciones Técnicas definen la ventana de cambio de modo que ésta debe realizarse en el sexto día hábil posterior a la solicitud, salvo que el usuario haya propuesto una fecha posterior, y siempre que ésta no sea superior a un mes desde la fecha de la solicitud.

Pues bien, durante las actuaciones previas al presente expediente (DT 2006/101 y DT 2006/387) se pudo comprobar que TME, en su papel de operador donante, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2005 retrasó unilateralmente el plazo en que debía ejecutarse la ventana de cambio de las solicitudes de portabilidad móvil grabadas en su Web por los operadores VODAFONE y FTE (operadores receptores) debido a que declaró como inhábiles los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006.

Para mayor claridad, se procede a examinar la acreditación del citado hecho probado mediante las actuaciones previas que dieron lugar al presente procedimiento sancionador:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Retevisión Móvil, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A. por el presunto incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de la conservación de la numeración móvil (DT 2006/101):

En dicho expediente FTE, en su escrito de 20 de enero de 2006 acreditó mediante copias de pantallazos de la página Web de TME (Documento nº 1.1) algunos de los rechazos que había sufrido por parte de TME de las solicitudes tramitadas de acuerdo a las Especificaciones Técnicas, recibiendo como causa justificativa de tales rechazos que *“la ventana de cambio no se ajusta a los valores predefinidos como mínimo y máximo”*.

Como consecuencia del rechazo de las solicitudes grabadas correctamente que estaba sufriendo, FTE procedió al escalado de la incidencia a través del sistema acordado por los operadores móviles, acreditando dicha actuación mediante copia de los correos electrónicos intercambiados con TME, desde primera hora de la mañana del mismo 21 de diciembre de 2005 (Documento nº 1.2), en los que le manifestaba: *“Os envío el pantallazo con el error que vuestra página da al realizar un envío, la ventana de cambio es correcta puesto que es el 29.12.05”*. Igualmente en este sentido: *“Este es un caso de lo que nos está pasando hoy con la mayoría de las solicitudes. Si te fijas la VC⁷ propuesta es para el 30/12 es decir, que cumple con la temporización que marca la CMT, y sin embargo nos lo rechazáis. Por favor, revisarlo por que es un tema muy importante como comprendereis”*.

Ante tales comunicaciones TME se limitó a contestar, no habiendo acreditado ésta que actuara de otro modo, que *“tal y como te he indicado por tfn0, hemos traspasado incidencia y en cuanto obtengamos resolución os avisamos.”*

Asimismo, FTE aportó en su escrito de 20 de enero de 2006, un gráfico en el que se mostraba que existió una media de tres días hábiles de ampliación de la ventana de cambio por parte de TME durante los días 29 y 30 de diciembre de 2005, 2 y 3 de enero de 2006. Por lo que se pudo observar por esta Comisión que se amplió a nueve días el plazo máximo de seis establecido en las Especificaciones Técnicas para la gestión de la portabilidad.

En contestación a la denuncia de FTE, TME alegó en su escrito de 28 de febrero de 2006 (Documento nº 2), que *“las irregularidades puestas de manifiesto por AMENA en su denuncia (...), responden a la coincidencia en el tiempo, en que estas se producen, con la adopción de unas medidas preventivas introducidas para evitar los problemas que el proceso de consolidación de sistemas y equipos llevado a cabo por TME a lo largo de los últimos meses, pudiera tener en el proceso de portabilidad y, unido a lo anterior, la introducción en las solicitudes de portabilidad, por parte de AMENA, de una fecha de ventana de cambio predeterminada.”*

⁷ VC: ventana de cambio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME explica que: *“el **retraso introducido en las ventanas de cambio** correspondientes a los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006 fue una medida preventiva por parte de TME con el fin de garantizar que los procesos de portabilidad se completaban satisfactoriamente al coincidir en dichas fechas con una serie de trabajos correctivos en el periodo nocturno, por ser éste el de menor actividad comercial, que afectaban a los procedimientos de portabilidad de numeración entre redes móviles.”*

Asimismo, TME intenta reforzar la justificación de haber retrasado la ventana de cambio manifestando que *“la experiencia adquirida por TME en el proceso de consolidación iniciado hace algunos meses ha llevado a concluir que la migración no estaba exenta de riesgos, habiendo experimentado en no pocos casos indisponibilidades en los sistemas que han terminado afectando negativamente a procesos tan críticos para la compañía como la facturación o la atención al cliente, habiéndose debido habilitar procedimientos de contingencia para mantener el servicio en estas circunstancias.”*

No obstante, TME alegó que *“el elevado volumen diario de solicitudes de portabilidad que soporta TME (superior a 10.000 solicitudes diarias) **hacia de todo punto inevitable la habilitación de procedimiento de contingencia** que permitiera garantizar la finalización exitosa de la portabilidad dentro de un entorno razonable de tiempo entorno a la ventana de cambio.”*

En consecuencia, la propia TME reconoce que voluntariamente provocó irregularidades en el proceso de portabilidad, consistentes en retrasar la ventana de cambio en tres días hábiles, como medida preventiva ante posibles problemas que el proceso de migración de sistemas y equipos pudiera provocar, a pesar de saber que ello supondría el incumplimiento del plazo máximo estipulado por las Especificaciones Técnicas, tal y como se señalará en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente propuesta.

Apoyan la acreditación de esta circunstancia las propias alegaciones de TME, efectuadas el 26 de octubre de 2006, en las cuales reitera que: *“Al objeto de evitar que dicho proceso de consolidación de sistemas y equipos, **podiera afectar de una manera irreparable al proceso de portabilidad, TME adoptó unas medidas preventivas consistentes en desplazar temporalmente las ventanas de cambio fuera de las fechas consideradas «críticas»...**”*. Asimismo, *“(…) respecto al rechazo de las solicitudes de Amena, es preciso señalar que las solicitudes a las que hacía referencia Amena en su escrito, no fueron denegadas, sino que fueron rechazadas por consignar una fecha de ventana de cambio correspondiente a una fecha que TME consideró como no hábil, como consecuencia de las medidas preventivas adoptadas en sus sistemas de gestión de portabilidad.”*

Igualmente, TME reconoce que, con anterioridad a la adopción de estas medidas preventivas, durante el proceso de migración citado que venía realizando varios meses atrás, ya sufrieron varias indisponibilidades en los sistemas que le hicieron tener que adoptar procedimientos de contingencia para continuar con el mantenimiento del servicio afectado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, ante la previsión de una “posible” situación de riesgo que pudiera producir fallos en el proceso de gestión interna de portabilidad móvil durante los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, TME decidió no adoptar un procedimiento de contingencia alternativo para asegurarse el mantenimiento de los servicio -tal y como si adoptó en otras ocasiones- basándose en el elevado volumen de solicitudes de portabilidad que ella soporta.

Esta Comisión no puede considerar dicha justificación de ningún modo razonable. En primer lugar, el cupo de solicitudes máximo, que se pueden llegar a gestionar diariamente, es el mismo para todos los operadores -13.812 solicitudes individuales y 650 solicitudes múltiples-, por común acuerdo de los tres operadores móviles. En segundo lugar, el hecho de que TME previera como mínimo con seis días de antelación la posibilidad de que se fueran a producir errores, que sólo afectaría a las exportaciones (y no a todas), desmonta la justificación de TME de que la medida de retrasar la ventana de cambio y el no poder adoptar otra medida de contingencia, fueran de carácter inevitable⁸.

Además, la circunstancia de que sólo una parte de las exportaciones fueran las afectadas por la medida adoptada por TME demuestra que sabía que esos posibles fallos no iban a ser de una magnitud que haría paralizar completamente los procesos de portabilidad, por lo que se contradice con lo manifestado a cerca de que “dicho proceso de consolidación de sistemas y equipos, pudiera afectar de una manera irreparable al proceso de portabilidad.”

2. Periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Vodafone España, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A. por el presunto incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de la conservación de la numeración móvil (DT 2006/387):

Con fecha 27 de diciembre de 2005, VODAFONE puso en conocimiento de esta Comisión, que durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2005 en la página Web de TME se produjeron errores en la tramitación de las solicitudes de portabilidad, coincidiendo con FTE en la causa de los mismos, es decir, el establecimiento de la ventana de cambio, de forma injustificada por parte de TME, en tres días hábiles posteriores al que les correspondería de acuerdo a las Especificaciones Técnicas.

VODAFONE aportó una gráfica en la que, al igual que la proporcionada por FTE en el expediente DT 2006/101, se reflejaba que las portabilidades de las solicitudes que se grabaron durante los días mencionados no fueron realizadas en el plazo máximo legalmente establecido sino que sufrieron un aplazamiento de una media de tres días hábiles.

⁸ Esta cuestión es tratada posteriormente con mayor detalle en el Fundamento de Derecho Tercero, relativo al principio de culpabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, es de interés señalar que, de acuerdo a lo manifestado por los tres operadores móviles durante el periodo de actuaciones previas, TME tramitó correctamente aquellas solicitudes que, por indicación de los clientes, tenían asignada como ventana de cambio para efectuar la portabilidad los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006.

TME manifiesta que aceptó únicamente aquellas solicitudes porque *“de esta forma, sería posible garantizar la portabilidad de estos clientes a través de un mecanismo de contingencia, en presencia de indisponibilidad de los sistemas.”*

Es decir, TME pudo tramitar las solicitudes citadas sin que en ningún momento se produjera incidencia alguna, que hubiera supuesto ejecutar un mecanismo de contingencia, que no explica en que hubiera consistido y por qué no podía aplicarse a todas las solicitudes.

Es más, en su escrito de alegaciones de 2 de mayo de 2006 (Documento nº 11), por el que daba contestación al requerimiento de información formulado en el expediente DT 2006/101 (Documento nº 5), TME expresaba **“Finalmente se logró minimizar al máximo el impacto que se pretendía prevenir y se lograron ejecutar el mayor número de procesos de portabilidad entre los que se incluyeron los de importación y parte de los de exportación (aquellos en los que el usuario ha especificado una fecha concreta, según se ha mencionado). Dada la complejidad de la operación no fue posible modificar los procesos para retransmitir modificando fechas y condiciones, las solicitudes a las que ya se les había asignado ventanas de cambio a futuro dentro de las actuaciones preventivas llevadas a cabo.”**

Igualmente en su escrito de alegaciones de 15 de enero de 2007: **“(…) En el caso de que finalmente se hubiera producido una indisponibilidad del sistema (…) La solución de estas incidencias se hubiera resuelto a través del cauce habitual de gestión de incidencias entre operadores, si bien el volumen de numeraciones afectadas sería sensiblemente superior al habitual.”**

Por tanto, con dichas manifestaciones se confirma que los problemas en los procesos de portabilidad que previó que podían producirse, en los días que TME consideró críticos, no llegaron a existir, por lo que le hubiera sido posible tramitar las solicitudes de portabilidad grabadas por FTE y VODAFONE de no haberse precipitado en la adopción de la precitada medida preventiva que contravenía las Especificaciones Técnicas, con las ulteriores consecuencias que ha causado.

En consecuencia, mediante el presente hecho probado, ha quedado acreditado que durante los días de constante referencia TME retrasó las fechas de las ventanas de cambio en las que debía efectuarse la portabilidad numérica, al declarar los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006 como inhábiles, unilateralmente y sin causa justificada, incumpliendo con ello el plazo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

máximo de seis días establecido en las Especificaciones Técnicas de portabilidad móvil.

SEGUNDO.- Que las irregularidades surgidas durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2005 no se han vuelto a reiterar por parte de TME.

Esta Comisión no ha vuelto a tener conocimiento, ni a instancia de los otros operadores móviles ni de oficio, de la práctica por parte de TME de actuaciones similares a las acreditadas en el Primer Hecho Probado.

Por tanto, y de acuerdo a las alegaciones de TME en sus escritos de 26 de octubre de 2006 y 15 de enero de 2007 -*“estas incidencias tienen carácter absolutamente excepcional y no se han dado de manera reiterada en el tiempo. De hecho, desde el 25 de noviembre del 2000 –fecha de puesta en marcha de la portabilidad en redes móviles- hasta diciembre de 2005 no se ha producido ningún incidente de esta naturaleza, ni con posterioridad a dicha fecha se ha vuelto a repetir tales incidentes”*-, se puede considerar que la actuación llevada a cabo por TME, y que ha dado lugar al presente procedimiento sancionador, ha sido de carácter excepcional y puntual en el tiempo desde el funcionamiento de la portabilidad móvil.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se incoa por la presunta comisión de una infracción tipificada como infracción muy grave por el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, tal y como consta en el acuerdo de inicio de este procedimiento sancionador (Fundamento de Derecho Noveno de la Resolución de 14 de septiembre de 2006) el presente expediente se incoa contra TME por haber presuntamente incumplido la Resolución de esta Comisión, de 8 de junio de 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificada por Resolución de 5 de junio de 2003, así como el apartado 3 del artículo 44 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

El artículo 23.1 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento 1651/1998), habilitó a la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones para establecer y hacer públicas las soluciones técnicas y administrativas aplicables a la conservación de los números.

Como consecuencia, en ejercicio de la competencia atribuida a esta Comisión, el 8 de junio de 2000, se dictó la Resolución sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificada posteriormente por Resolución de 5 de junio de 2003.

En la misma se vino a establecer en su apartado 7.2, tal y como se señaló en el Antecedente de Hecho Primero, el plazo máximo en el que el operador donante de la numeración móvil debe ejecutar la portabilidad numérica.

Posteriormente, en concordancia con la citada Resolución y en similares términos a lo dispuesto en el artículo 24.7 del Reglamento 1651/1998, el artículo 44 del vigente Reglamento de Mercados establece en su apartado tercero que:

“La conservación del número se efectuará en el plazo de cuatro días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de números.

Durante el tiempo de la tramitación de la baja o de la conservación de número, al abonado sólo se le interrumpirá o limitará la prestación del servicio por el tiempo mínimo indispensable para adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior. A tal fin los operadores deberán prestarse recíproca colaboración.”

Por otra parte, el apartado 4 de las referidas Especificaciones Técnicas estableció la definición de día hábil en los siguientes términos:

“Se entenderá por día hábil a un día natural de lunes a viernes. Dentro de un día hábil se considerará horario hábil a los periodos de «mañana» de 8:00 a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

14:00 horas y de «tarde» de 14:00 a 20:00. Se considerarán excluidos a efectos del cómputo de los días hábiles las fiestas de carácter nacional.

De acuerdo con el principio de tipificación establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC y al objeto de tipificar la actuación de TME, es necesario analizar si, de algunas de las actuaciones que han resultado probadas, puede inferirse que ha habido incumplimiento de la citada Resolución, esto es, se analiza en este apartado si los hechos probados constituyen una infracción muy grave tipificada en el mencionado artículo 53.r) de la LGTel.

En el presente caso, la comisión de la infracción tipificada el artículo 53.r) de la LGTel se concreta, según lo determinado en el primero de los Hechos Probados en que TME con premeditación, voluntariamente y sin aviso previo al resto de los operadores, introdujo un retraso de tres días hábiles en la ventana de cambio de las solicitudes de portabilidad correctamente grabadas por FTE y VODAFONE, difiriendo así la efectiva ejecución de la portabilidad e incumpliendo con ello el plazo máximo de seis días establecido en las Especificaciones Técnicas de portabilidad móvil, así como el plazo establecido en el artículo 44.3 del Reglamento de Mercados.

TME trata de justificar su actuación alegando, en su escrito de 23 de octubre de 2006, que el plazo de seis días hábiles es aplicado cuando existe un funcionamiento normal del sistema pero que no obstante las Especificaciones Técnicas prevén que en circunstancias excepcionales, esta fecha puede verse alterada, como es el caso de la superación del cupo de solicitudes o por incidencias en el sistema.

En relación con la última de las excepciones mencionadas, manifiesta TME, que las Especificaciones Técnicas prevén que los operadores pueden realizar las tareas oportunas para tratar de resolver el problema durante el tiempo que sea necesario, por lo que en concordancia con ello y ante los potenciales problemas que podían derivarse de los procesos de consolidación procedió a declarar inhábiles los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, como medida preventiva que mitigara los efectos negativos que hubiera tenido la indisponibilidad de los sistemas.

Esta alegación no puede considerarse razonable. TME en sus diversos escritos ha dado a entender que en ningún momento quiso esperar a ver si efectivamente durante la ventana de cambio se producían incidencias como consecuencia de sufrir indisponibilidades en sus sistemas, que le hubiera conllevado, de acuerdo al apartado 7.6 de las Especificaciones Técnicas, tener que realizar las tareas necesarias para resolverlas, motivo por el cual hubiera estado justificado y amparado normativamente el retraso en las portabilidades.

TME optó por adoptar una medida no prevista en las Especificaciones Técnicas e imprudentemente declarar con carácter de inhábiles, los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006 - cuando de acuerdo con lo tipificado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en las Especificaciones Técnicas, se trataban en realidad de días hábiles-, sin ni siquiera acordarlo con los otros dos operadores móviles afectados con la citada medida, a los cuales tampoco se les notificó la adopción de la misma.

Por tanto, no es admisible justificar el retraso provocado por TME, en base a que las Especificaciones Técnicas establecen un proceso de gestión de incidencias en el cual no se prevé un plazo máximo de resolución de las mismas⁹ (salvo determinados supuestos), ya que las únicas incidencias que llego a gestionar fueron las que la propia TME voluntariamente, y como ella misma alega¹⁰, creó al rechazar la grabación en su Web de la solicitudes de portabilidad cuya ventana de cambio correspondiera a los días objeto de retraso de la medida preventiva. Incidencias que pudieron haberse evitado si, de antemano, TME hubiera informado al resto de operadores acerca de la causa que motivaba el retraso de los procesos de portabilidad.

TERCERO.- Culpabilidad de TME en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

a) Culpabilidad de TME en la comisión de la infracción.

En relación con el principio de culpabilidad, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad en Derecho Administrativo sancionador al regular la potestad sancionadora de la Administración a partir del artículo 130.1 de la LRJPAC. Para la imposición de una sanción por la Administración, se exige que el sujeto infractor sea culpable de los actos sancionados.

Como se ha señalado por la jurisprudencia y doctrina aplicables y por esta Comisión en anteriores ocasiones, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por **malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable** (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo –“STS”- de 22 de febrero de 1992 [RJ 1992\852], de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]).

Por tanto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a **título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo**. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Con carácter general, la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia

⁹ Cuestión que si ha venido a regularse, en función de la incidencia que se origine, en las nuevas Especificaciones Técnicas aprobadas por Resolución del Consejo de las Telecomunicaciones, de fecha 1 de marzo de 2007.

¹⁰ Alegación comentada en el Antecedente de Hecho séptimo, apartado B, b) sobre el rechazo de las solicitudes de FTE. (página 6)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

En particular, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

Como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de marzo de 2003, RJ 2003\2621), *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LPAC –con el rótulo de intencionalidad- sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.¹¹

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.r) de la LGTel **no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia** consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

Frente a lo anterior, TME llevó a cabo las siguientes alegaciones:

1. Señala en su escrito de fecha 26 de octubre de 2006 que *“es esencial tener en cuenta que no ha existido, por parte de esta Compañía, intencionalidad de perjudicar ni tampoco de beneficiarse de la actuación y así, como a continuación quedará acreditado, TME no se ha beneficiado de la medida preventiva excepcionalmente adoptada, ni ha perjudicado apreciablemente a terceros.”*

Asimismo TME alegó, tal y como se reproducía en el apartado C del Antecedente de Hecho Séptimo, *“que en todo momento existió una voluntad inequívoca de esta compañía de cumplir las especificaciones administrativas de portabilidad móvil”*.

Por otra parte, en sus escritos de 15 de enero y 17 de julio de 2007, TME reiteraba *“que la medida adoptada para resolver la eventual incidencia objeto de*

¹¹ A. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador , pág. 391, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

este expediente no ha representado para TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA ninguna ventaja que pudiera hacer pensar, ni siquiera someramente, que se tratase de una acción intencionada en busca de beneficio (...).”

Con respecto a la falta de intencionalidad que alega TME, conviene citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2005/5402):

*“**La noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, (...).**”*

Pues bien, de las actuaciones llevadas a cabo a lo largo de los periodos de información previa DT 2006/101 y DT 2006/387 y del presente procedimiento sancionador, no cabe duda de que TME tenía **plena conciencia** de que al desplazar la ventana de cambio excediendo el plazo máximo establecido por las Especificaciones Técnicas y en el Reglamento de Mercados, por una causa no contemplada en las citadas disposiciones, **estaba transgrediendo dichas normas**.

TME, de acuerdo con sus alegaciones de 13 de marzo de 2007, desde el inicio de la Portabilidad móvil en España ha demostrado tener una actitud colaboradora en relación con las modificaciones que se han ido realizando en los sistemas de portabilidad, promoviendo algunas de ellas y mostrando un alto interés en el desarrollo del sistema de la portabilidad en España, por tanto, es claro que disponía de los suficientes conocimientos jurídicos necesarios para conocer el injusto de la actuación que estaba llevando a cabo, extremo que queda acreditado mediante una alegación de TME, que se señaló en párrafos anteriores, relativa al reconocimiento de que *“(...) si bien no se encontraba recogida de forma explícita en los procedimientos administrativos (...).*”

Más aún, tal y como se determinó en la Resolución recaída en el expediente DT 2006/101, que dio lugar a la apertura del actual procedimiento sancionador, llama la atención que, tal y como reconoció TME durante el citado periodo de información previa y posteriormente reiteró en su escrito de 13 de marzo de 2007, los procesos que inciden sobre los sistemas de gestión de un operador (gestión comercial, atención al cliente, facturación) o de mantenimiento de sistemas de información, se realizan en los periodos de menor carga de los sistemas, noches y fines de semana, con el fin de minimizar el impacto ante posibles fallos, sin embargo TME decidió realizar dichas consolidaciones de sistemas durante los últimos días hábiles de la última semana del año, dentro del periodo de mayor carga en todos los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores, mientras que en ningún otro momento del mes de diciembre u otros anteriores se hubieran llevado a cabo medidas preventivas similares debido al proceso de consolidación que varios meses atrás había empezado a ejecutar.

La campaña de Navidad es una de las más importantes campañas comerciales del año para los operadores, por lo que es en esas fechas cuando la red y los sistemas de gestión internos de negocio se encuentran en mayor funcionamiento. Es por ello práctica habitual que los operadores no ejecuten cambios importantes en los sistemas para evitar indisponibilidades durante los días de Navidad y principios de enero, puesto que durante esos días se concentran un volumen bastante alto de tráfico y altas de usuarios en los servicios móviles, y durante los cuales el riesgo de sufrir incidencias supone la pérdida de ingresos para el operador.

TME, a pesar de ser consciente de tal situación, mantuvo el complejo proceso de consolidación de servidores que estaba ejecutando durante esas fechas, en vez de retrasarlos a otro periodo menos cargado o en un fin de semana, distinto al de fin de año, donde no se ejecutan portabilidades, con lo que hubiera evitado así tener que adoptar alguna medida de contingencia o preventiva frente a las eventualidades que pudieran ser habituales durante procesos de la envergadura como el que TME efectuaba, tal y como se pudo comprobar de la información suministrada en su escrito de 15 de marzo de 2007.

Por tanto, TME con esta conducta induce a considerar que prefirió aplicar las medidas preventivas no por el bien del usuario, como manifiesta en sus diversos escritos de alegaciones, sino más bien para evitar que se generasen incidencias internas en sus sistemas de gestión, sabiendo los perjuicios que al resto de operadores les podía causar.

2. En cuanto a la falta de ventajas o beneficios obtenidos por TME, y en base a los cuales justifica su falta de intencionalidad, si bien ha explicado TME, en sus diversos escritos, que los ingresos que obtuvo de los clientes afectados no fueron superiores a los obtenidos en meses anteriores, así como que la contabilización de los saldos netos de portabilidad entre los diferentes operadores finalmente no se vieron afectados¹², estas circunstancias no le exime de su culpabilidad y de la intencionalidad de su actuación.

Así es, aunque las consecuencias de la conducta infractora de TME no parecen haber tenido un gran impacto tanto en los ingresos obtenidos como en la ventaja competitiva con respecto al resto de los operadores móviles, a pesar de que ella lo considera infundado según alegaciones de 15 de enero de 2007, se desprende que el resultado directo perseguido fue conservar a sus clientes durante los últimos días del año, siendo normalmente los más

¹² En sede de esta Comisión se pudo llegar a un acuerdo entre los tres operadores en las cifras de portabilidad numérica habidas durante el mes de diciembre.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

significativos en cuanto a ingresos por usuario, debido a que durante las fechas navideñas, los llamadas, mensajes y servicios utilizados por los abonados son más elevados.

Además, TME conocía perfectamente los perjuicios e inconvenientes que ello generaría al resto de operadores. El hecho de no preavisar a VODAFONE y FTE, de la medida que pensaba adoptar, y rechazar las solicitudes grabadas con ventana de cambio correcta, generando así las correspondientes incidencias y escalados de las mismas, produjo un encolamiento de solicitudes, especialmente en el caso de FTE, que hizo que el retraso de algunas de las solicitudes afectadas y a su vez de las solicitudes grabadas posteriormente a esos días (21, 22 y 23 de diciembre de 2005) sufrieran un retraso efectivo superior a tres días hábiles debido a las superaciones de cupo.

Por tanto, este modo no transparente de actuar manifiesta que TME, en su papel de operador donante, intencionadamente obstaculizó el proceso de la portabilidad, con el consiguiente perjuicio a los usuarios, que vieron retrasada su solicitud de portabilidad, y a los operadores receptores, los cuales frente a los clientes parecieron ser los responsables del retraso producido, puesto que no fueron informados de la causa por la cual dichas solicitudes iban a ser ejecutadas voluntariamente por TME con tres días hábiles de retraso.

3. Por lo que respecta a la alegación que TME realiza en su escrito de 26 de octubre de 2006 sobre que *“las propias Especificaciones Técnicas contemplan la posibilidad de que se produzcan indisponibilidades del servicio que pudieran afectar a la ventana de cambio”*, conviene aclarar a TME que de la redacción de las Especificaciones Técnicas no se desprende la interpretación que de la misma realiza.

Lo que viene a disponer el apartado 5.1 de las Especificaciones Técnicas es que se exonerará de responsabilidad al operador por los perjuicios que se puedan producir a un abonado, como causa de que se produzcan **indisponibilidades del servicio** que surjan **durante la ventana de cambio o por sucesos de fuerza mayor**, no que con varios días de antelación se permita diferir la ventana de cambio por prever que pueda haber alguna probabilidad de producirse indisponibilidades del servicio consecuencia de la modificación de procesos internos que por voluntad de la operadora decidió llevar a cabo.

Por tanto, no puede eximirse de responsabilidad a TME en base a la previsión establecida en el apartado 5.1 de las Especificaciones Técnicas, puesto que tal y como anteriormente se ha demostrado ni existió una causa de fuerza mayor, que hiciera ineludible retrasar la ventana de cambio, ni se ha acreditado que se sufrieran indisponibilidades durante la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, del análisis de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, así como de la aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial comentada al presente expediente, se aprecia la existencia:

- a) En primer lugar, de que TME conoce los procesos administrativos de portabilidad de numeración establecidos en la Resolución, de 8 de junio de 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificada por Resolución de 5 de junio de 2003.
- b) En segundo lugar, de la voluntad por parte de TME de diferir intencionadamente la ventana de cambio de las solicitudes de portabilidad durante los días 29 y 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, incumpliendo con ello, el plazo máximo de 6 días hábiles de ejecución de la portabilidad móvil de acuerdo a lo establecido en las Especificaciones Técnicas y el Reglamento de Mercados.

Por todo ello, concurren los elementos necesarios para concluir que la conducta infractora de TME es plenamente culpable.

b) Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad.

En el presente supuesto no concurren circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, 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 (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.

Para TME durante los días que consideró críticos existieron dos alternativas para no cursar las solicitudes de portabilidad: a) la denegación de solicitudes por causa de fuerza mayor -según TME, esta causa de denegación hubiera sido la más apropiada para indicar la imposibilidad de tramitar aquellas solicitudes, denegándolas "(...) por problemas existentes en el sistema de gestión de portabilidad causados por circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad del operador"- o, b) el retraso en la ventana de cambio fuera del periodo de contingencia.

Posteriormente, en el escrito de alegaciones de 15 de enero de 2007, TME añadió a las alternativas de actuación que pudo haber llevado a cabo: c) la posibilidad de no adoptar ninguna medida preventiva o, d) la actualización manual de los datos de encaminamiento de las llamadas - lo cual hubiera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supuesto adoptar una “*rutina extraordinaria para cargar directamente los datos correspondientes a los números portados*”. Exponiendo por qué entre todas las citadas alternativas optó por la medida preventiva:

“Esta solución, si bien no se encontraba recogida de forma explícita en los procedimientos administrativos, constituía la opción más razonable en presencia de incidencias que pudieran afectar al sistema de gestión de portabilidad

(...) garantizaba el conocimiento de la fecha efectiva de la ventana de cambio al operador receptor y evitaba la retransmisión de las solicitudes, no sobrecargando los sistema de portabilidad del resto de operadores.”

Pues bien, cabe señalar, en primer lugar, que de las alegaciones de TME se desprende que ante una situación que ella consideró como inevitable, es decir, con carácter de fuerza mayor, optó por adoptar la medida preventiva de retrasar la ventana de cambio, que conllevaba incumplir las Especificaciones Técnicas, porque previó que adoptar una medida extraordinaria que garantizara el correcto proceso de la portabilidad era inasumible de acuerdo a sus criterios técnicos, y que los efectos que produciría serían menos perjudiciales para usuarios y operadores que la adopción de cualquiera de las otras alternativas que se le plantearon.

Con respecto al concepto de causa de fuerza mayor y de acuerdo con la doctrinal jurisprudencial que, en el ámbito civil, sobre el mismo se ha establecido como eximente de la responsabilidad, cabe mencionar las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4143) y de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4688), las cuales viene a establecer:

*“(…) así lo entendió la sentencia de esta Sala, de 2 enero 1945 (RJ 1945\117), cuando manifiesta que **debe entenderse por «vis maior» «una fuerza que está fuera del círculo industrial de la empresa, que haya causado un daño material que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación»**; por lo que, en definitiva, la fuerza mayor, en su singularidad, habrá que estudiarla en cada caso concreto -S. de 2 febrero 1926-, desde el momento en que su concepto jurídico debe deducirse del **conjunto de circunstancias que motiven el hecho o acontecimiento que sobreponiéndose a la voluntad del obligado y forzándole, lo determinan a quebrantar la obligación que le corresponda**, ya que siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos o extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, **no son de los que se puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades, que el curso de la vida permita esperar, y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para superar las dificultades que se presenten, no exige la llamada «prestación exorbitante»**, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían con arreglo al art. 1104 del C. Civ. -S. de 9 noviembre 1949 (RJ 1949\1245)- (...).”

Dicha doctrina se ha recogido y desarrollado en diferentes sentencias de la jurisprudencia moderna, insistiendo en la idea de que son requisitos de la fuerza mayor que el hecho haya sido imprevisible o que previsto, sea inevitable, insuperable e irresistible y, por tanto sin que medie culpa, de tal manera que haga imposible el cumplimiento de la obligación (Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1991 [RJ 1991/992], de 13 de julio de 1999 [RJ 1999/5049], 20 de julio de 2000 [RJ 2000/6754]).

Del análisis de los acontecimientos ocurridos durante las fechas objeto de este procedimiento, y tal como se ha acreditado en los Hechos Probados, no se puede afirmar que se produjera una situación de fuerza mayor de acuerdo con la jurisprudencia vista.

En ningún momento se produjo un acontecimiento extraordinario o insólito que se hubiera superpuesto a la voluntad de la propia TME, de tal manera que la única alternativa que le quedó fue ampliar la ventana de cambio, sin previo aviso al resto de operadores.

Como manifestó TME, la medida adoptada fue de carácter preventivo para evitar los eventuales fallos –ya experimentados en procesos de gestión como la facturación o la atención al cliente– que pudieran afectar al proceso de portabilidad durante los días que consideró críticos. Es decir, en todo caso se trataron de posibles incidencias previsibles para TME. Por tanto, toca ahora analizar, de acuerdo a la jurisprudencia vista, si las mismas fueron inevitables, insuperables o irresistibles.

Pues bien, del mismo modo en que se ha hecho referencia en este Fundamento de Derecho, TME, a pesar de prever que existía la posibilidad de que se produjeran incidencias en los sistemas de portabilidad, mantuvo el proceso de consolidación que estaba realizando durante las fechas navideñas, donde los sistemas de gestión internos de negocio soportan mayor carga, en vez de retrasarlos a otro periodo o en un fin de semana, distinto al de fin de año, donde no se ejecutan portabilidades, con lo que hubiera evitando así tener que adoptar la medida preventiva de diferir las ventanas de cambio.

Por tanto, es claro que en el supuesto de que hubiese sido cierto que las incidencias en los sistemas ocurrieron, extremo que no ha quedado acreditado, éstas pudieron ser totalmente evitables y, por tanto, en ningún caso se puede entender que TME se encontrara en una situación de fuerza mayor por la cual le fuera irremediable adoptar una medida que suponía infringir las Especificaciones Técnicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, la conclusión a la que ha llegado esta Comisión sobre la culpabilidad de TME, al quedar probada su voluntad de diferir intencionadamente la ventana de cambio de las solicitudes de portabilidad durante los días 29, 30 de diciembre de 2005 y 2 de enero de 2006, incumpliendo con ello las Especificaciones Técnicas, es que no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de TME. Por lo que no cabe aplicar al presente supuesto, ninguna circunstancia eximente de responsabilidad.

- Contestación a las alegaciones de TME sobre ausencia de culpabilidad de la conducta.

TME en sus alegaciones de 17 de julio de 2007 considera que, de acuerdo con el artículo 130 de la LRJPAC, en el cumplimiento de las obligaciones ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar. Por ello, en ese sentido TME vuelve a manifestar que *“lejos de provocar un resultado dañoso, TME perseguía con su conducta evitar que los usuarios no pudieran efectuar llamadas durante el proceso de portabilidad y, de hecho, una vez transcurridos los días críticos (3 días), los clientes portaron su número sin ningún problema”*.

En este sentido, continúa diciendo que *“es ilógico pensar que TME, al objeto de obtener unos insignificantes beneficios, hubiera acordado incumplir de manera muy grave con una Resolución de la CMT, (...)”*.

Por tanto, concluye esta alegación diciendo que *“(...) TME ha actuado de forma diligente y de buena fe, por lo que no puede determinarse la culpabilidad del mismo, con lo que no cabe sanción por ser el principio de culpabilidad indispensable para que pueda imponerse la misma”*.

Pues bien, con este nuevo escrito de alegaciones TME reitera el discurso mantenido a lo largo de la instrucción del procedimiento, sin aportar justificaciones suficientes que desvirtúen lo demostrado a lo largo del presente Fundamento de Derecho, en el que esta Comisión ha podido argumentar sobradamente la falta de diligencia y de buena fe en la actuación que llevó a cabo TME, habiéndose igualmente analizado que no concurrió circunstancia alguna eximente de la culpabilidad.

Así es, la culpabilidad acreditada de TME en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, no se basa principalmente, como insinúa TME, en los ingresos adicionales que claramente podía esperar conseguir al retrasar la ventana de cambio y con ello conseguir la permanencia de sus clientes durante tres días más, ya que además dichos días coincidía con las fechas de mayor tráfico del año, sino en que, resumidamente y tal y como ya se explicado:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- A pesar de reconocer la propia TME, que anteriormente había sufrido algún problema durante el proceso de consolidación de sistemas, justo en las fechas navideñas, decidió continuar con dicho proceso, aún previendo que se podían volver a provocar incidencias que a su vez afectarían a los procesos de tramitación de las solicitudes de portabilidad, en vez de paralizar el proceso de migración que estaba llevando a cabo y haberlo diferido a un momento en el que no se tramitaran solicitudes de portabilidad. Con lo que hubiera evitado el posible riesgo de provocar incidencias en la tramitación de las solicitudes, que aún así se ha demostrado que no ocurrieron.
- Una vez adoptada voluntariamente la decisión de retrasar la ventana de cambio en 3 días, declarándolos como inhábiles cuando no lo eran de acuerdo a las Especificaciones Técnicas, decidió no preavisar de la adopción de dicha medida al resto de operadores, provocando las sucesivas incidencias en la grabación de las solicitudes correctamente grabadas y con ello el encolamiento de las mismas. Por lo tanto, no actuó con transparencia y tampoco con buena fe, puesto que sabía el perjuicio que ello provocaría a los otros dos operadores, y por tanto a los clientes (que tampoco supieron la razón del retraso de sus solicitudes), al parecer que fueron ellos los causantes de tal retraso.

Además, añadir que de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento de Mercados, así como de la idea que subyace en el sistema distribuido en el que se basa la portabilidad móvil, los operadores deben prestarse recíproca colaboración a fin de tramitar correctamente la conservación de la numeración. TME, con su actuación, eludió dicha obligación de colaborar.

CUARTO.- Contestación a otras alegaciones formuladas por TME.

- Sobre la necesidad de que esta Comisión actúe de igual modo ante el cumplimiento de la Especificaciones Técnicas a todos los operadores.

TME en sus diferentes escritos de alegaciones reiteradamente alega que esta Comisión no mantiene un criterio homogéneo en relación con la valoración de las incidencias en los procedimientos administrativos de conservación de numeración móvil.

Es decir, TME cuestiona la efectividad y objetividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la hora de incoar los procedimientos sancionadores, puesto que menciona una serie de actuaciones realizadas por otros operadores, que considera análogas o similares a las realizadas por ella, y con respecto a las cuales manifiesta que esta Comisión no ha iniciado procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME menciona los siguientes supuestos:

- Las denuncias realizadas contra FTE y VODAFONE, en diciembre de 2005, que dieron lugar al inicio por esta Comisión de los expedientes DT 2006/81 y DT 2006/82.
- El expediente MTZ 2006/1505 relativo al cumplimiento de la resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1141 y al proceso de portabilidad de numeración entre EUSKALTEL, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
- El envío por VODAFONE de un correo electrónico, de fecha 5 de marzo de 2007, donde comunicó a los operadores adscritos a la AOP que debido a un cambio de plataforma en los sistemas de portabilidad se veían obligados a establecer restricciones en el servicio de portabilidad fija, consistentes en un periodo de cuarentena para la puesta en producción de la nueva plataforma, entre los días 5 y 12 de abril, durante el cual no aceptaron solicitudes de portabilidad fija, manifestando que las rechazarían por “causas técnicas”; y para las solicitudes iniciadas previamente, tanto de importación como de exportación, ninguna podría tener como ventana de cambio una fecha posterior al 10 de abril.
- Las actuaciones llevadas a cabo por ORANGE denegando por deuda las portabilidades y presuntamente incumpliendo la Resolución de esta Comisión de 1 de marzo de 2007, por la cual se aprobó las nuevas Especificaciones Técnicas, cuando ya había finalizado el plazo (15 de abril de 2007) para implantar las modificaciones en los procesos de portabilidad móvil.

Pues bien, conviene aclarar, que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones siempre que ha tenido conocimiento directo o indirectos de conductas o hechos susceptibles de constituir infracción ha procedido a analizar los hechos acaecidos, valorando la oportunidad de ejercer su potestad sancionadora de acuerdo con la normativa a la que está sometida, esto es, la LGTel, la LRJPAC, y el Reglamento del Procedimiento sancionador, e iniciando o no procedimiento sancionador, no porque siga un criterio subjetivo, en función del operador presuntamente infractor según parece afirmar TME, sino en función de si se pudo observar indicios suficientes de haberse cometido un hecho típico, antijurídico y culpable y dichas circunstancias se han podido acreditar, tal y como así ha sucedido con la actuación realizada por TME. En consecuencia, de ningún modo pueden admitirse las acusaciones realizadas a esta Comisión.

Algunos de los supuestos que menciona han sido ya instruidos y resueltos con todas las formalidades, derechos y garantías procedimentales, habiendo sido las denuncias de TME las originarias de los mismos y no habiéndose



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acreditado, ni por parte de TME ni a través de las actuaciones realizadas por esta Comisión durante los respectivos periodos de información previa, la existencia de indicios suficientes de incumplimiento de las Especificaciones Técnicas por FTE y VODAFONE (DT 2006/81 y DT 2006/82).

En cuanto al expediente MTZ 2006/1505, relativo al cumplimiento de la resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1141 y al proceso de portabilidad de numeración entre EUSKALTEL, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., esta Comisión consideró apropiado, debido a la excepcionalidad de la situación que existía entre ambas operadoras, establecer un proceso de portabilidad “ad hoc” con algunas diferencias respecto del establecido en las Especificaciones Técnicas, con el fin de garantizar el derecho de los usuarios a elegir el operador que debía prestarles el servicio.

La especialidad de los procesos de portabilidad de numeración del caso analizado en los citados expedientes necesitó una interpretación particular de las causas de denegación de las Especificaciones Técnicas, que propició la apertura de oficio de un segundo expediente (MTZ 2006/1505). Pues bien, la particularidad de aquel supuesto nada tiene que ver con el supuesto analizado en el presente procedimiento.

Con respecto al resto de supuestos que menciona TME, hay que decir que han sido puestos en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por vez primera, sin acreditación alguna, en el presente procedimiento (caso de los supuestos de VODAFONE, EUSKALTEL y de ORANGE en relación a la implementación de las nuevas Especificaciones Técnicas o la restricción de las portabilidades comunicadas con un mes de antelación mediante correo electrónico por VODAFONE debido a causas técnicas), por lo que esta Comisión ni siquiera ha tenido la oportunidad de entrar a examinarlos y, por tanto, de pronunciarse sobre los mismos.

➤ Sobre las indisponibilidades de los sistemas de información.

TME manifiesta que es necesario “dar solución a esta problemática admitiendo la indisponibilidades puntuales y no recurrentes de los sistemas de información que puedan afectar a los sistemas de portabilidad, no constituyendo por ello un incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, y ello siendo así para todos los operadores involucrados en el proceso de portabilidad.

TME considera que ésta es la solución más racional por responder a la realidad incuestionable de que los sistemas de información están sujetos a determinadas limitaciones en su disponibilidad, que impiden su disponibilidad en el 100% de las ocasiones.”

Igualmente, TME manifiesta que resulta contradictorio observar como en las nuevas Especificaciones Técnicas se han fijado unos niveles mínimos de calidad de las páginas Web de los operadores y se han establecido unas penalidades de dos euros por cada solicitud de portabilidad para las cuales se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haya incumplido la ventana de cambio, admitiendo por tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que puedan existir indisponibilidades y retrasos en la ventana de cambio, y sin embargo sancione a un operador por presunto incumplimiento del proceso administrativo de portabilidad por dicho comportamiento.

En respuesta a las citadas alegaciones, cabe aclarar que esta Comisión tanto en las Especificaciones Técnicas aprobadas por Resolución de 8 de junio del 2000, como en las nuevas Especificaciones Técnicas ha reconocido y reconoce que en todo entorno informático se pueden producir indisponibilidades en su funcionamiento que en ocasiones pueden producir retrasos en la ejecución de las portabilidades o, incluso se lleguen a efectuar procesos erróneos de la portabilidad.

No obstante, dichas incidencias deben en todo caso ser resueltas por los mecanismos previstos en las Especificaciones Técnicas, intentando perjudicar de la menor manera posible al resto de operadores y no ser aprovechadas como un modo de obtener ventajas y beneficios mediante los clientes que ven lesionado su derecho a cambiar de operador con conservación de la numeración.

Dicha precaución debe ser tenida en cuenta especialmente en la portabilidad móvil, principalmente debido a que funciona mediante un sistema distribuido implementado mediante páginas Web por cada uno de los operadores móviles, siendo cada operador móvil responsable de su correcto funcionamiento y, por lo tanto, necesaria la máxima colaboración entre los operadores a fin de garantizar el derecho del abonado a cambiar de operador con conservación de la numeración. Añadido el motivo de que en la portabilidad móvil el número de los abonados que pueden resultar afectados consecuencia de fallos en los sistemas relacionados con los procesos de la portabilidad de los operadores móviles puede ser muy superior en comparación con los abonados al servicio telefónico a través de redes fijas que optan portarse¹³.

Por lo que respecta a las modificaciones introducidas en los procesos administrativos de portabilidad con la aprobación de las nuevas Especificaciones Técnicas, que menciona TME y como indudablemente conoce, consecuencia de lo observado del seguimiento de la portabilidad realizado por esta Comisión y de los expedientes DT 2006/81, DT 2006/82, DT 2006/101 y DT 2006/387 - siendo éstos dos últimos los que dieron lugar a la incoación del presente procedimiento sancionador-, se vio la necesidad de mejorar la transparencia en ciertos procesos de portabilidad, así como del seguimiento de la portabilidad mensual de los operadores, que hasta este momento no refleja con exactitud los retrasos en las importaciones.

¹³De acuerdo con el Informe anual de 2005 elaborado por esta Comisión, un total de 3.279.316 líneas móviles cambiaron de proveedor de servicios mientras que en redes fijas el número de líneas que utilizaron la portabilidad ascendieron a 1.780.000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con este objetivo, una de las novedades que esta Comisión propuso para las nuevas Especificaciones Técnicas fue la inclusión de un Acuerdo para el establecimiento de Niveles de Servicio (SLA). Dicho acuerdo, ha recogido la propuesta de los operadores móviles, para medir la calidad del funcionamiento de los sistemas y procesos de portabilidad móvil que afectan a la operativa de cada operador móvil con Web de portabilidad, y fijar los niveles en los que dicho rendimiento es aceptable, así como las penalizaciones asociadas a las desviaciones sobre dicho rendimiento.

Pues bien, ni la exención de responsabilidad que preveía las Especificaciones Técnicas incumplidas, por sufrir indisponibilidades o por causa de fuerza mayor acaecidas durante la ventana de cambio¹⁴, ni el acuerdo de nivel mínimo de calidad del servicio previstos en las nuevas Especificaciones Técnicas serían de aplicación para eximir de sanción la conducta infractora cometida.

Reiterando lo dicho en numerosas veces en esta propuesta, en ningún momento TME ha acreditado que se produjeran efectivamente indisponibilidades en los sistemas durante la ventana de cambio que le impidiera tramitar todas las exportaciones. Sin embargo, de las actuaciones realizadas se ha podido acreditar que las mismas no llegaron a producirse y que fue TME la que motivó injustificadamente un retraso en las portabilidades, plenamente consciente de los problemas que podía originar al resto de operadores.

➤ Contestación a otras alegaciones formuladas por TME en su escrito de fecha 17 de julio de 2007.

- I. TME en su escrito de alegaciones de 17 de julio de 2007 señala que existe falta de antijuricidad en su conducta puesto que *“las Especificaciones Técnicas no establecen un procedimiento en los supuestos de incidencias por consolidación de servidores, existiendo un vacío legal”*.

TME vuelve a reiterar que: *“el plazo máximo de cada uno de los procesos y estados intermedios que se suceden para concluir en la ventana de cambio, supone una situación teórica en la que no existen incidencias de ningún tipo (...)”*. *“Sin embargo, como todo proceso complejo, no está exento de incidencias que puedan afectar tanto al resultado del proceso, como a los plazos de compleción del mismo y que eximen al operador del cumplimiento de las tan reiteradas Especificaciones Técnicas”*.

Por tanto, *“esta Compañía al objeto de evitar que durante el proceso de portabilidad, los clientes portados dejaran de efectuar llamadas, acordó desplazar justificadamente la ventana de cambio, excepcionalmente y por un mínimo tiempo indispensable, dado que las Especificaciones Técnicas no establecía ninguna otra pauta de obligado cumplimiento para solventar este problema (...)”*.

¹⁴ Cuestión ya tratada en el Fundamento de Derecho Tercero.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador inspirado en el Derecho Penal, se consideran únicamente antijurídicas las acciones típicas (que realizan el desvalor que la ley asigna al tipo correspondiente) para las que no existe causa de justificación.

En el Derecho Administrativo Sancionador, a diferencia de lo que sucede con el Código Penal, no existe un repertorio de causas de justificación. Aún así, ninguno de los argumentos de TME constituye una causa de justificación a la conducta imputada.

TME pretende amparar la falta de antijuridicidad de su conducta alegando ahora la existencia de un vacío legal en las Especificaciones Técnicas, por no encontrarse establecido un procedimiento en los supuestos de incidencias por consolidación de servidores.

Esta Comisión quiere señalar que los procesos de migración de servidores, se trata de un proceso voluntariamente adoptado por los operadores consecuencia de intereses internos de la Compañía, ajenos al proceso administrativo de la portabilidad, propiamente dicho, y que por tanto deben ser llevados a cabo sin que afecten al correcto funcionamiento del mismo y por tanto, a los clientes. Es por ello que las Especificaciones Técnicas no tienen por qué prever cualquier incidencia que se pueda provocar durante la tramitación de las solicitudes de portabilidad cuando sea consecuencia de la existencia de problemas que acaezcan en procesos ajenos a dicha tramitación y que la afecten por no tomar las cautelas o medidas técnicas debidas.

No obstante, las Especificaciones Técnicas en su apartado 7.6, regular el proceso de gestión de incidencias, que en última instancia hubiera sido posible utilizar por TME, a pesar de que conviene volver a reiterar, que tal y como se ha demostrado en el Primer Hecho Probado, en ningún momento TME ha acreditado que se provocara indisponibilidad alguna del sistema que hubiera necesitado iniciar un proceso de solución de incidencias, sino que como ella misma ha declarado, éstas no llegaron a producirse y hubiera sido posible tramitar todas las solicitudes de portabilidad de no haber diferido la ventana de cambio de las mismas en sus sistemas de gestión.

Por lo tanto, procede confirmar la existencia de un hecho antijurídico y tipificado como se ha podido comprobar durante la instrucción del presente procedimiento.

- II. Asimismo, TME señala que la medida adoptada por la compañía garantizó en todo momento la obligación de la conservación del número sin merma de la calidad, la cual considera que es una obligación general y más relevante que la obligación de efectuar la ventana de cambio en un plazo determinado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega, que de haber esperado a la efectiva provocación de las incidencias, TME hubiera vulnerado lo establecido en el artículo 43 del Reglamento de Mercados y el artículo 3 de la LGTel.

Con respecto a esta alegación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está de acuerdo con TME en que la actuación infractora de retrasar la ventana de cambio, en ningún momento, provocó una merma de la calidad de los servicios, o la continuidad del mismo, los cuales son requisitos que han de respetarse mediante la regulación de la conservación de la numeración a través de las Especificaciones Técnicas (artículo 43 del Reglamento de Mercados) y por tanto por los operadores en cumplimiento de las mismas. Sin embargo, esta Comisión considera igualmente importante el respeto al derecho del abonado que desea portarse a que lo haga en el plazo estipulado de acuerdo con en el artículo 44 del Reglamento de Mercados, la cuál se trata de una obligación impuesta directamente a los operadores.

Pues bien, TME con su actuación vulneró dicho derecho puesto que, como ya se ha dicho y se ha acreditado en los Hechos Probados, se precipitó en la adopción de una medida que se ha demostrado innecesaria y no justificada, y que de no haberla tomado le hubiera permitido haber continuado con la correcta tramitación de las solicitudes, las cuales se hubieran portado sin problema alguno y por tanto, con todas las garantías de continuidad y calidad del servicio y de respeto al derecho de los abonados a portarse en el plazo máximo establecido ó, en su defecto, en el que soliciten.

III. Por otra parte, TME manifiesta, que a juicio de la misma, ya ha transcurrido el plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador, que por tanto el mismo debe entenderse caducado.

Para TME, las actuaciones previas son actos de instrucción del expediente sancionador, debiéndolas tomar en consideración a efectos del cómputo del plazo de duración de los procedimientos sancionadores. Por tanto, considera que este procedimiento sancionador ha tenido ya una duración de diecinueve meses, al presuponer la fecha de inicio del mismo, no es el 14 de septiembre de 2006, sino el 30 de enero de 2006 (fecha en la que esta Comisión notificó a los interesados la apertura de las correspondientes actuaciones previas).

Apoya dicha alegación, manifestando que las actuaciones previas que dieron lugar a la apertura del presente procedimiento sancionador no tuvieron únicamente como objeto aclarar si de las denuncias presentadas por FTE y VODAFONE se observaban indicios suficientes de haberse cometido una infracción, sino que a través de ellas se practicó una verdadera instrucción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A lo anterior se deben hacer las siguientes consideraciones:

En base al principio de especialidad, se reconoce en el apartado c) del artículo 58 de la LGTel que *“el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes”*.

En cuanto a lo alegado por TME de que durante el periodo de las informaciones previas se han practicado la mayoría de las actuaciones necesarias para determinar la existencia de indicios de infracción de las Especificaciones Técnicas, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El periodo de actuaciones previas regulado en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en lo sucesivo, Reglamento Sancionador), resulta necesario por la trascendencia que tiene el ejercicio de la potestad sancionadora, que se manifiesta no sólo en la resolución sancionadora en sí, sino en la mera tramitación del procedimiento, de tal forma que el imputado que es objeto de un expediente sancionador por esta circunstancia ya resulta afectado en su status jurídico. Es por ello, que con la finalidad de permitir a la Administración conocer los hechos previsiblemente infractores y las circunstancias, puede ésta practicar las actuaciones de investigación e indagación necesarias previas para verificar hasta qué punto existe base racional para entender producido un hecho infractor imputable a una persona, posibilitándola para valorar la conveniencia o no de incoar el expediente sancionador.

La jurisprudencia es clara al señalar que puesto que las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador en sí mismo, ya que no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente, éstas no afectarán a la caducidad del procedimiento posterior ni a su cómputo, cuyo *dies a quo* seguirá siendo el día de la incoación (por todas, la SAN de 19 de septiembre de 2001 (RJCA 2002, 935)).

Ciertamente, existe la duda de hasta qué momento puede una Administración prolongar su actividad en el marco de las actuaciones previas. Puesto que no hay previsión legal al respecto, la doctrina es clara al señalar que todo depende de las circunstancias concurrentes, de la entidad de los datos obtenidos y de los conocidos.

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, señalando que los defectos en la realización de estas actuaciones previas no vician al procedimiento sancionador posterior desde el punto de vista de las garantías formales, criterio que no debe obstar para posibilitar su control



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

judicial ante eventuales vicios legales de entidad como sería la vulneración de algún derecho fundamental.

Por otro lado, es sabido que toda la documentación obtenida y cualesquiera otros elementos de conocimiento que se hayan podido alcanzar en la fase preliminar a la que hacemos referencia, una vez incoado el procedimiento, se incorporarán al expediente abierto, quedando sometidos la documentación y demás elementos probatorios a las reglas generales establecidas en la ley.

A la vista de todo lo anterior, esta Comisión entiende que cada una de las actividades llevadas a cabo han sido realizadas correctamente, en el marco de las actuaciones previas (DT 2006/101 y DT 2006/387), teniendo en cuenta que las denuncias de VODAFONE y FTE, así como las que interpuso la propia TME (DT 2006/81, DT 2006/82,) pusieron en conocimiento de esta Comisión la necesidad de proceder a la revisión de las Especificaciones Técnicas, con la finalidad de mejorar el procedimiento administrativo de la portabilidad, durante la tramitación de las mismas resultó necesario hacer requerimientos de información a los tres operadores móviles y no sólo a TME, tanto para analizar la presunta actuación infractora de TME, como los aspectos que se crían necesarios de modificación en las nuevas Especificaciones Técnicas, así como analizar los diversos escritos de alegaciones que tanto TME como VODAFONE y FTE realizaron en el seno de las mismas.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

- a) La inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por TME, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LGTel y 131.3.a) de la LRJPAC. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la citada entidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) La escasa repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por TME se ha producido en un corto período de tiempo y ha tenido escasa trascendencia social, por cuanto ha afectado a 24.363 clientes, los cuales suponen menos del 10% de las líneas que de media se portaron mensualmente en 2005.¹⁵
- c) La poca importancia del daño causado, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel. Teniendo en cuenta el corto periodo de retraso de la ventana de cambio y por tanto del incumplimiento de las Especificaciones Técnicas (tres días hábiles).
- d) El escaso beneficio que ha reportado a TME el hecho objeto de la infracción, según el criterio marcado por el artículo 56 de la LGTel. Durante la instrucción del procedimiento ha sido posible establecer unas cifras, que aunque no exactas, son una estimación muy cercana al beneficio bruto reportado a TME consecuencia de la infracción por incumplimiento de las Especificaciones Técnicas.
- e) La no reiteración de TME en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas. De acuerdo con lo señalado en los Hechos Probados, no se ha vuelto a tener conocimiento de la práctica de actuaciones similares a las acreditadas en el Primer Hecho Probado por lo que puede ser entendida como una circunstancia de carácter excepcional y puntual en el tiempo y por tanto atenuante de la responsabilidad.

SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

“a) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, ésta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se consideraran las siguientes cantidades:

- El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual;*
- El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- 20 millones de euros.”*

¹⁵ De acuerdo al Informe Anual 2005, cada mes se portaron de media más de 270.000 líneas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC:

- “2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte mas beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.*
- 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*
- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
 - b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
 - c) La reincidencia, por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido con la infracción. A tal efecto, el informe de la Dirección de Análisis Económico y Mercados (en adelante, Dirección de AEM) ha estimado como beneficio bruto, generado por los 24.363 clientes que sufrieron un retraso en la portabilidad de seis días naturales, en 181.217,36 euros.

La citada cifra se ha podido obtener de los datos aportados por TME como respuesta al requerimiento efectuado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

| CONCEPTO | IMPORTE |
|----------|---------|
|----------|---------|



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

| | | |
|---|------------|-------------------|
| INGRESOS | | 204.395,98 |
| Ingresos por tráfico | 104.946,04 | |
| Ingresos por SMS | 29.529,45 | |
| Ingresos por GPRS | 1.037,29 | |
| Ingresos por cuotas | 27,94 | |
| Diferencias hasta consumo mínimo | 36,42 | |
| Cuotas de altas netas de descuentos | -722,33 | |
| Ingresos de interconexión | 69.541,17 | |
| COSTES DIRECTOS | | -23.178,62 |
| Interconexión | 21.267,69 | |
| Roaming internacional | 1.910,93 | |
| MARGEN DIRECTO (BENEFICIO BRUTO) | | 181.217,36 |

No obstante, si bien esta cantidad puede considerarse muy aproximada al beneficio bruto real obtenido por el infractor consecuencia de la infracción, no es exactamente éste.

Ello se debe a que realizado un análisis sobre la razonabilidad de los importes facilitados y mediante su comparación con la información, de que dispone esta Comisión, obtenida de la contabilidad de costes del ejercicio 2005 presentada por TME, se ha podido concluir: que si bien la cifra de ingresos aportada se puede considerar acorde, se ha observado una divergencia con los costes de interconexión aportados, cuyo impacto en el beneficio bruto se cuantifica aproximadamente en un incremento de 10.000 euros.

En consecuencia, no es posible aplicar este criterio de determinación de la sanción pecuniaria basado en la determinación del beneficio bruto obtenido por el infractor consecuencia de la infracción, puesto que es necesario determinar el beneficio bruto real.

Tampoco es aplicable al presente supuesto el criterio del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción, como límite máximo para la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

Tratándose de una infracción consistente en una omisión del cumplimiento de una obligación establecida en la Resolución de 8 de junio de 2000, no se pueden determinar qué fondos pueden haberse utilizado en la comisión de la infracción.

Es necesario, por lo tanto, cuantificar la sanción estableciendo como máximo la cifra mas alta entre el 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad en el último ejercicio y la cifra de 20 millones de euros.

El primer aspecto que debe dilucidarse es el concepto de rama de actividad afectada en relación con la infracción cometida.

Tal como se ha señalado recientemente en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (expediente RO 2004/1811), no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad, y las referencias



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existentes en el ámbito fiscal y mercantil¹⁶ no son decisivas en la aplicación del Derecho administrativo sancionador en lo que a la fijación de la sanción se refiere.

Consultada la Dirección de AEM en su interpretación de la rama de actividad afectada, la misma ha señalado que son *“el servicios de voz y tráfico a través de redes móviles para clientes finales y el servicio mayorista de interconexión (incluyendo roaming).”*

Los ingresos obtenidos por TME en la rama de actividad afectada por la infracción figuran en la tabla siguiente elaborada con datos del último Informe anual del ejercicio 2006 que ha publicado TELEFÓNICA, S.A.:

| Actividad | Ingresos de TME (millones €) |
|------------------------------------|------------------------------|
| Ingresos por clientes | 6.356,51 |
| Ingresos por itinerancia (roaming) | 248,37 |
| Ingresos por interconexión | 1.499,44 |
| Total | 8.104,36 |

Por tanto, el 1% de los ingresos obtenidos asciende a 81,043 millones de euros.

Determinación de la sanción que se propone.

De la aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones resultan las siguientes conclusiones:

- El 1% de los ingresos brutos obtenidos por TME en el ejercicio 2006 en la rama de actividad afectada asciende a 81,043 millones de euros, siendo la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 56.1.a) de la LGTel, ya que por un lado tal cantidad es superior a la de 20 millones de euros fijada por el citado artículo, y por otro, ha resultado imposible determinar el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción al tratarse de una infracción por omisión.
- En lo que respecta al quintuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos en que consiste la infracción, y según ya se ha recogido en el presente Fundamento de Derecho, si bien no ha sido posible su determinación exacta, si se han podido estimar unos beneficios máximos obtenidos por TME consecuencia de la infracción,

¹⁶Como señalaba el informe emitido por la Dirección de Asesoría Jurídica de esta Comisión en aquel expediente (página 8 del mismo), la rama de actividad se caracteriza por ser un conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuya cuantía se ha determinado en 181.217,36 €, por lo que estaría muy por debajo del límite máximo fijado en 81,043 millones de euros. Por ello, el límite superior aportado por este criterio sería el quíntuplo de la citada cantidad, esto es, 906.086,8 euros, cantidad muy inferior, efectivamente, al máximo fijado de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1a) de la LGTel.

Es necesario recordar aquí, respecto a este particular, que el artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción pecuniaria correspondiente.

TME en su Alegación Cuarta del escrito de 17 de julio de 2007 señala la falta de proporcionalidad de la sanción propuesta *“a la vista de los atenuantes concurrentes en este caso, reconocida la inexistencia de otras infracciones, la escasa repercusión social de la infracción, la poca importancia del daño causado, el escaso beneficio reportado a TME (...) y la no reiteración de la conducta, así como la justificación de la misma”*.

Al respecto, basta remitirse a lo ya señalado por esta Comisión en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la presente Resolución relativos a las circunstancias modificativas de la responsabilidad sancionadora, en concreto a las circunstancias atenuantes y a la determinación de la sanción aplicable.

Así, de los principios y límites cuantitativos a que se han hecho referencia, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, 56.2 de la LGTel y 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, la declaración de ingresos brutos de TME con respecto al ejercicio de 2005, y teniendo en cuenta que concurren cinco circunstancias atenuantes, se estima que procede la imposición de una sanción de trescientos cincuenta mil euros (350.000) euros.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

PRIMERO. Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución de esta Comisión, de 8 de junio de 2000, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles, modificadas por Resolución de 5 de junio de 2003, y por ello el apartado 3 del artículo 44 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

SEGUNDO. Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por importe de trescientos cincuenta mil euros (350.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1182 352110349354 abierta al efecto en el Banco Santander Central Hispano (BSCH). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera