



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012) y por tanto, en uso de las competencias que le otorga al Secretario el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 29/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 25 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.U., contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013 por la que se rechaza su segunda solicitud de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones de portabilidad fija (AJ 2013/1245).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de fecha 26 de abril de 2012 por la que se modificó la especificación técnica de portabilidad fija.

En su sesión de fecha 26 de abril de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución del expediente de referencia DT 2009/1634, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija). La resolución incorporó la reducción del plazo efectivo de portabilidad del usuario final a un día y fijó en el segundo apartado de su parte resolutoria como fecha de disponibilidad efectiva de las modificaciones el 1 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Resolución de fecha 21 de marzo de 2013, sobre la primera solicitud de Orange de retrasar la fecha de implementación de las modificaciones en portabilidad fija.

Tras la solicitud de France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange), esta Comisión inició un periodo de información previa para analizar la conveniencia de iniciar un



procedimiento en el que se estudiase la posibilidad de retrasar la implantación de las modificaciones en portabilidad fija a las que más arriba se ha hecho referencia debido a las supuestas dificultades de varios operadores para su paso a producción.

El periodo de información previa concluyó por Resolución de fecha 21 de marzo de 2013¹, por la que se archivó sin más trámite y, en consecuencia, se rechazó la petición de Orange.

TERCERO.- Resolución de fecha 30 de mayo de 2013, por la que se rechaza la segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implementación de las modificaciones de la portabilidad fija, y se le apercibe de la posibilidad de adoptar medidas de ejecución forzosa.

Con fecha 15 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de Orange en el que manifestaba su imposibilidad de implementar en sus sistemas la portabilidad en 24 horas en la fecha fijada (1 de julio 2013). En su escrito aportaba información sobre las causas de su retraso y sobre los impactos negativos que el paso a producción en dicha fecha podría originar al conjunto del sistema. Por esta razón, Orange solicitaba nuevamente retrasar la fecha de lanzamiento comercial hasta el día 9 de noviembre de 2013.

Durante la tramitación del procedimiento se recibieron las alegaciones de la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP), en las que se señalaba que Orange no estaba en disposición de realizar las pruebas de certificación previstas, motivo por el cual proponía el retraso de la fecha de implantación. En su escrito planteaba cuatro escenarios de funcionamiento alternativo, aunque esas soluciones se descartaban a favor del retraso de la fecha.

El procedimiento finalizó mediante la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013, que rechaza la solicitud de Orange y le requiere para comunicar con al menos 15 días de antelación que no podrá cumplir el paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija en la fecha inicialmente fijada. Además, se le apercibe de la posibilidad de la ejecución forzosa de la resolución mediante la imposición de multas coercitivas diarias hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de la portabilidad fija en 24 horas.

Su parte resolutive es del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Rechazar la solicitud de Orange y la Asociación de Operadores para la Portabilidad, manteniendo la fecha de 1 de julio de 2013 de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.

SEGUNDO.- Si Orange no pudiera cumplir el paso a producción el 1 de julio de 2013 de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicarlo así a esta Comisión y a la Asociación de Operadores para la Portabilidad con al menos 15 días naturales de antelación a dicha fecha. En este caso, ha de significarse que, con independencia de otras posibles medidas que pudieran adoptarse en aras a garantizar la ejecución de la resolución, esta Comisión considerará la apertura de un expediente sancionador por la posible infracción cometida.

¹ Resolución por la que se cierra el periodo de información previa iniciado por la solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones de portabilidad fija. La referencia del procedimiento es DT 2013/216.



TERCERO.- Si finalmente Orange no cumpliera las obligaciones que le incumben para garantizar, en fecha el 1 de julio de 2013, dicho paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, se le apercibe de la portabilidad de esta Comisión de imponer multas coercitivas hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de la portabilidad fija a 24 horas.

CUARTO.- En el caso de que Orange comunicara no haber implementado los procedimientos de portabilidad en 24 horas, quedará suspendida la introducción efectiva de las nuevas especificaciones para la portabilidad fija en 24 horas, continuando el funcionamiento de acuerdo a las anteriores especificaciones de portabilidad. Asimismo quedará suspendida la introducción de los desarrollos mayoristas afectados y especificados en las resoluciones DT2012/824, AJ2013/34 y DT2012/1982.

QUINTO.- En caso de que Orange, a fecha 1 de julio de 2013, no hubiera establecido los mecanismos para garantizar el paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicar a esta Comisión, con una antelación de dos meses, la fecha en la que podrán estar operativas las modificaciones establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, de común acuerdo con la Asociación de Operadores para la Portabilidad.

CUARTO.- Recurso de reposición contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013.

Contra la anterior resolución, Orange presentó un recurso de reposición que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 28 de junio de 2013. En su recurso solicita que se declare nula la resolución recurrida.

Los motivos en los que se fundamenta el recurso son, en esencia, los siguientes:

1. La resolución recurrida causaría indefensión a Orange porque la inatención de su solicitud le obligaría a incumplir la resolución de fecha 26 de abril de 2012 al resultar materialmente imposible adaptar sus sistemas antes de la fecha allí fijada. Esta supuesta indefensión sería, según la recurrente, una causa de nulidad de acuerdo con el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC).
2. Orange ha procurado el cumplimiento del plazo señalado y no ha actuado de forma intencionada o con mala fe. Por el contrario, habría intentado minimizar los perjuicios para el resto de operadores. Solo circunstancias sobrevenidas le habrían impedido tener sus sistemas debidamente preparados.
3. Al no concederse la ampliación del plazo, se le estaría dando un trato discriminatorio respecto de otros operadores en circunstancias análogas, lo que contravendría el principio de confianza legítima en los actos de la Administración.



II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito de Orange.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley y que deberán cumplir las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJAP y PAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En su artículo 117 especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La recurrente califica de forma expresa su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con el artículo 3.2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, se califican como recurso de reposición contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013 mediante la cual se rechaza la segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.

SEGUNDO.- Legitimación del operador recurrente.

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

La entidad recurrente ostenta la condición de legitimada por cuanto que fue la solicitante del retraso del plazo denegado por la resolución recurrida.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 117 de la LRJAP y PAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJAP y PAC, el recurso está fundamentado en motivo de nulidad previsto en el artículo 62 de la misma Ley. En concreto, Orange fundamenta su recurso en motivos de nulidad de los previstos en el artículo 62.1 de



la LRJAP y PAC y, en concreto, la producción de indefensión, la ausencia de intencionalidad y la infracción del principio de confianza legítima.

En atención a lo anterior, el recurso se admitió a trámite por acto del Secretario de fecha 4 de julio de 2013.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Consideraciones generales sobre el objeto del recurso de reposición contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013.

En cumplimiento de las normas que introdujeron la llamada “portabilidad en un día”, esta Comisión inició el procedimiento de referencia DT 2009/1634, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, que finalizó mediante la resolución de fecha 26 de abril de 2012. Durante la tramitación del citado procedimiento, varios de los interesados, entre ellos algunas asociaciones que representan a la recurrente, propusieron un plazo de implementación desde la aprobación de las especificaciones no inferior a 15 meses.

La citada resolución analizó con detalle esa propuesta y, en atención a la mayor dificultad de implantación de las modificaciones de portabilidad fija en comparación con la móvil, acordó un tiempo de implementación suficiente que permitiera realizar de forma paralela los desarrollos en portabilidad y los correspondientes a los procedimientos mayoristas de provisión de acceso desagregado y acceso indirecto. La fecha final (1 de julio de 2013) suponía un plazo de 14 meses desde la resolución, 17 desde la publicación en el BOE de la apertura del trámite de audiencia² y más de dos años desde el inicio del procedimiento iniciado tras las modificaciones legales relativas al plazo para la portabilidad. En todo caso, se trata de un plazo suficientemente amplio a tales efectos y en la línea de lo solicitado por

² Tal y como demandaba Orange en su escrito de alegaciones, el informe de audiencia contenía el diseño de la nueva versión de las especificaciones técnicas, que no sufrieron cambios sustanciales respecto de la versión aprobada definitivamente en lo que se refiere al impacto en sus sistemas.



los operadores involucrados en el procedimiento. El plazo, incluso, se ampliaba respecto de la fecha incluida en el informe de audiencia de los servicios de esta Comisión.

La Resolución de fecha 26 de abril de 2012 fue recurrida en reposición por varios operadores, entre ellos Orange. Los recursos fueron acumulados en un único procedimiento y resueltos por la Resolución de fecha 11 de octubre de 2012³. Su objeto incluyó el plazo concedido para implementar la portabilidad fija, además de la modificación de algunos aspectos concretos de las especificaciones técnicas que no suponían el cambio del procedimiento. En concreto, tanto Orange como la AOP y otro operador solicitaron la reposición del plazo para implementar los cambios requeridos y su ampliación. La resolución analizó las alegaciones y rechazó la solicitud al considerar que se trataba de un periodo de tiempo suficiente para garantizar que la reducción de plazos en portabilidad pudiera estar disponible comercialmente al mismo tiempo que la reducción de plazos mayoristas de provisión de bucle.

También debe señalarse que la solicitud de Orange analizada en aquella resolución reiteraba lo ya expuesto en su anterior solicitud con idéntico objeto. A ese respecto, esta Comisión, aunque en esa primera ocasión no tramitó un procedimiento administrativo en el sentido del Título VI de la LRJAP y PAC, resolvió sobre el fondo de las cuestiones planteadas en su Resolución de fecha 21 de marzo de 2013⁴. En efecto, dicha resolución no se limitó a archivar el periodo de información previa sin iniciar el procedimiento administrativo, sino que analizó la procedencia de la solicitud y el resultado del requerimiento realizado a la OEP y argumentó en profundidad los motivos decisorios que llevan a concluir a esta Comisión sobre la inconveniencia de iniciar el procedimiento.

Orange no recurrió dicha resolución, sino que presentó una nueva solicitud en el mismo sentido a la anterior. La nueva solicitud motivó esta vez la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, que incluyó un trámite de alegaciones y el de audiencia una vez concluida su instrucción. La resolución que puso fin al citado procedimiento y que es ahora objeto del presente recurso, reiteró los argumentos empleados en la anterior resolución de fecha 21 de marzo de 2013, rechazó la solicitud y mantuvo la fecha de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.

De lo anterior se desprende que la pretensión contenida en el recurso (que no es otra que la ampliación del plazo para la portabilidad fija, pues Orange deduciría esa consecuencia para el caso de declararse nula la resolución recurrida) ya ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Comisión.

Asimismo, Orange no ha alegado norma alguna que prevea que la posibilidad de solicitar y obtener la revisión parcial de una resolución ya firme, como la que fijó la fecha en la que debía estar totalmente implementada la portabilidad en 24 horas. Sus solicitudes a tal efecto deben analizarse bajo esa óptica, pues lo contrario supondría desoír las previsiones de los artículos 56, 57 y 94 de la LRJAP y PAC relativas a la ejecutividad de los actos de las administraciones públicas, a su presunción de validez y a su eficacia inmediata.

³ Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución, de fecha 26 de abril de 2012, sobre a la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija). Expediente de referencia AJ 2012/1162.

⁴ Resolución por la que se cierra el periodo de información previa iniciado por la solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija Expediente de referencia DT 2013/216.



SEGUNDO.- Sobre la supuesta nulidad de la resolución por la indefensión causada a Orange.

Orange considera que esta Comisión, al no acceder a su solicitud de retraso de la fecha para la implantación de la portabilidad en un día, le crea indefensión porque le obliga a incumplir la resolución que fijaba ésta pese a que sería materialmente imposible cumplirla. Ello supondría un vicio de nulidad absoluta de conformidad con el artículo 62.1 de la LRJAP y PAC. Dicho razonamiento considera que la imposibilidad de la recurrente para cumplir el plazo combatido proviene de la resolución recurrida, y no de la que lo impuso.

Respecto de este primer motivo impugnatorio, Orange no relaciona la indefensión con ninguna de las causas contenidas en el citado artículo 62.1 de la LRJAP y PAC, lo que dificulta su análisis. Tan solo se limita a citar su letra a) que se refiere a la lesión de un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, pero no indica cuál de esos derechos o libertades es el violado ni las razones por las cuales se produciría su infracción.

La indefensión invalidante ha de entenderse como la privación o minoración sustancial al administrado de las posibilidades para alegar y acreditar en el procedimiento administrativo lo que mejor convenga a su derecho. Su relevancia constitucional, y por lo tanto el alcance previsto en la letra a) del alegado artículo 62.1 de la LRJAP y PAC, se ciñe a la limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales. A este respecto, y como ya se señalaba en la Resolución de fecha 11 de octubre de 2012, más arriba citada y cuyos razonamientos al respecto se dan por reproducidos, solo puede invocarse la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en vía jurisdiccional o en procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Por lo tanto, la supuesta indefensión no puede ser motivo de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo como el recurrido que se limita a denegar un derecho (que no asiste al solicitante) por las razones de fondo en él contenidas.

Pero, además, esta Comisión considera que no se produce indefensión en el caso en que nos ocupa. La indefensión es una noción material, que ha de analizarse en función de las posibilidades de quien la alega a lo largo del procedimiento. Orange ha tenido las oportunidades que la LRJAP y PAC concede a los interesados para presentar alegaciones y proponer pruebas durante la instrucción del procedimiento y en el que se le ha concedido un trámite de audiencia una vez concluida ésta. En todo caso, la supuesta indefensión se habría evitado mediante la posibilidad de recurrir en vía administrativa la resolución que puso fin al procedimiento, como así se ha hecho.

A efectos meramente dialécticos, también podría pensarse que Orange pretende remitirse al supuesto de nulidad de pleno derecho de la letra c) del artículo 62.1 de la LRJAP y PAC, que se refiere a los actos *“que tengan un contenido imposible”*.

Por actos de contenido imposible ha de entenderse, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵, una imposibilidad de carácter material o física que, además, debe ser originaria y no sobrevenida. Es evidente que el éxito de todos los demás operadores en el cumplimiento del plazo inicialmente fijado descarta de plano la concurrencia de la causa de nulidad alegada, que no merece mayor detenimiento. Las dificultades encontradas por Orange no

⁵ Por ejemplo, la STS de fecha 19 de mayo de 2000.



son un obstáculo materialmente insalvable, sino solo técnicamente insuperable a la vista de su propia planificación.

En definitiva, la exigencia del respeto a lo dispuesto en la Resolución de fecha 26 de abril de 2012 en sus propios términos no aboca a la recurrente a su incumplimiento, sino que es su propia conducta, descrita y analizada en la resolución recurrida, la que determina su imposibilidad para cumplir un plazo que ha resultado ser suficiente para todos los demás operadores. Al contrario de lo expuesto, Orange podría haber evitado ese incumplimiento si hubiera puesto en el proceso de cambio en sus sistemas para permitir la portabilidad en 24 horas una mayor diligencia. De acoger su razonamiento, el cumplimiento de las resoluciones de esta Comisión se dejaría a la voluntad de los operadores, que podrían demorarlo aduciendo, como hace Orange, que no pueden cumplirlas aunque sea por razones que dependen exclusivamente de ellos mismos y de los medios que pongan para conseguirlo. En esos casos, bastaría pedir (incluso sin apoyo jurídico alguno, como en este caso) la modificación de una resolución firme porque, de concederla esta Comisión, se evitaría su incumplimiento. De no hacerlo, como alega Orange, la resolución denegatoria sería nula, de manera que, de paso, su sentido solo podría ser irremediabilmente afirmativo.

TERCERO.- Sobre la ausencia de intencionalidad o mala fe por parte de Orange.

El segundo de los motivos del recurso tiene como fundamento la ausencia de intencionalidad o mala fe por parte de Orange, que considera que, pese a su incumplimiento, ha puesto todos los medios a su alcance para minimizar los perjuicios causados por el retraso de la fecha de implantación de las modificaciones.

A este respecto, debe señalarse que la intención incumplidora o la mala fe de Orange no ha sido considerada como criterio a valorar en la resolución recurrida, de manera que se hubiera denegado su solicitud con independencia de si su incumplimiento se hubiera considerado intencionado o malicioso, negligente o incluso fortuito. De hecho, la resolución recurrida no considera en ningún lugar que Orange haya actuado de forma intencionada, voluntaria o con mala fe. La calificación de su conducta tendría relevancia, en su caso, en un hipotético procedimiento sancionador, pero no en el tramitado para analizar la procedencia de una solicitud en los términos expuestos más arriba.

Por esta razón, se debe rechazar las alegaciones de Orange en este sentido, que, sin perjuicio de la utilidad que crea que pueden tener en su estrategia de cara a evitar la hipotética imposición de sanciones o la ejecución forzosa de la resolución, en su caso, son totalmente irrelevantes en lo que se refiere al acto recurrido. La falta de voluntad puede ser alegada con éxito en un procedimiento sancionador o en el que se valore la conducta del administrado, pero no en aquellos puestos en que el componente volitivo de su conducta es irrelevante. El único análisis que realiza esta Comisión es la justificación de las causas alegadas para aceptar, en su caso, el retraso de la fecha de implantación pretendido por la recurrente. Dicho análisis concluyó que Orange habría cometido errores en su planificación, pero no se entra a valorar las causas de esa actuación.



CUARTO.- Sobre otros supuestos vicios de nulidad.

Orange alega como último motivo de nulidad de la resolución recurrida el supuesto agravio que supondría su situación respecto de otros operadores en situaciones similares. En concreto, considera que en una ocasión anterior esta Comisión habría dado un trato diferente a otro operador. Ese precedente supondría también la vulneración del principio de confianza legítima y de la doctrina de los actos propios de la administración.

A los efectos de la presente resolución, se considera que el supuesto al que se refiere la recurrente difiere del analizado en la resolución recurrida, pues a ningún operador se le autorizó a retrasar un plazo como el que nos ocupa, sino que, por el contrario, en el pasadas ocasiones esta Comisión ha sancionado a los que han incumplido las obligaciones relativas a la conservación de la numeración. En efecto, en su Resolución de fecha 2 de junio de 2011⁶, esta Comisión sancionó la conducta de un operador que, debido a sus problemas técnicos durante la efectiva integración de sus sistemas internos de portabilidad y su integración con los del Nodo Central, provocó el retraso de la migración a un nodo centralizado para gestionar la portabilidad móvil. Ello motivó, a su vez, que la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (AOPM) retrasara la puesta en funcionamiento del nodo centralizado 14 días⁷. El análisis de la conducta del operador se produjo dentro de un procedimiento sancionador, pues la imposición de sanciones exige la concurrencia de un elemento subjetivo de culpabilidad.

Lejos de lo pretendido por la recurrente, a la vista de lo anterior no se alcanza a comprender dónde residiría el trato desigual. La resolución recurrida niega la solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija, mientras que en el otro supuesto se sancionaba a un operador aunque se descartara el elemento volitivo en la conducta que determinó el retraso de un plazo de similar naturaleza. Sin embargo, la recurrente no explica en su recurso por qué el supuesto al que se ha hecho referencia difiere del ahora analizado y parece pasar por alto la diferente naturaleza de ambos procedimientos.

La inexistencia de términos de comparación válidos también se pone de manifiesto en el hecho de que el operador que obligó el retraso del plazo fijado en las respectivas circulares de esta Comisión para la puesta en marcha del Nodo Central de portabilidad móvil no solicitó su aplazamiento, sin perjuicio de que éste se acordara por la AOPM de común acuerdo por todos los operadores participantes en el proceso como un perjuicio menor ante las dificultades que para el conjunto del sistema representaban los problemas de integración de un operador. Al igual que en el supuesto del sistema centralizado de portabilidad móvil, la puesta en marcha de la portabilidad fija en 24 horas se ha retrasado forzosamente para evitar mayores perjuicios, con independencia de las consecuencias derivadas del incumplimiento, que en aquel caso determinaron la instrucción de un procedimiento sancionador y la imposición de una multa al operador por determinadas incidencias relativas al funcionamiento del Nodo Central.

⁶ Resolución de fecha 2 de junio de 2011, del expediente sancionador incoado a un operador por el presunto incumplimiento de la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica y de los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

⁷ Frente a esa demora, Orange pretende un retraso de más de cuatro meses.



En definitiva, al contrario de lo alegado, la pretensión de aplazamiento de Orange contradice la actuación previa de esta Comisión en supuestos semejantes, en los que sancionó al operador que incumplió las condiciones para la conservación de la numeración telefónica. Estas condiciones también incluían una fecha máxima para proceder a la migración de sus sistemas, por lo que los antecedentes reseñados mal se conjugan con el nacimiento de una expectativa legítima a obtener el retraso de un plazo de similar naturaleza fijado en una resolución firme.

En efecto, el principio de confianza legítima sólo puede invocarse en relación a actos de la Administración que hayan inducido a orientar la conducta de quien la invoca y viene referido siempre a actuaciones administrativas previas y debidamente manifestadas como declaraciones de voluntad administrativa, de manera que sólo en el caso de que exista una decisión administrativa previa encuentra amparo el principio de confianza legítima. Pues bien, esta Comisión no ha accedido de forma expresa al retraso de la fecha de cumplimiento de una resolución solicitada por ningún operador.

Tampoco puede aceptarse la interpretación del principio de confianza legítima que Orange pretende en su recurso. De conformidad con la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo⁸, cuando la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado

Sin embargo, la citada doctrina no pasa por alto que no puede exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada, de manera que la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado.

Ello supone que no puede conseguirse con la aplicación de la doctrina de la confianza legítima en la actuación administrativa la creación de situaciones contrarias al ordenamiento jurídico o que contradigan las normas de aplicación, pues con su actuación la Administración no puede justificar el incumplimiento del ordenamiento jurídico y la violación del principio de legalidad.

En parecidos términos se pronuncia, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de fecha 28 de mayo de 2013 (recurso de casación 3529/2010), que haciendo propios los razonamientos del tribunal de instancia, señala:

Ahí la sentencia puso de manifiesto que esos principios -que confluyen en uno solo, puesto que la buena fe es la razón que inspira el de confianza legítima,-: "fueron acuñados en diferentes resoluciones del Tribunal Internacional de la Comunidad Europea (ahora de la Unión Europea) y después en el artículo 3 de la LRJAPyPAC, así como en las SsTS de 05.05.93 , 10.05.99 , 24.07.99 y 05.06.01 ; así, esta última refiere que "el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento

⁸ STS de 27 de abril de 2007, recurso de casación 6924/2004.



ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio", a lo que añade que el principio de confianza legítima "no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma", puesto que debe tenerse en cuenta que la prevalencia del interés público que salvaguarda el principio de legalidad "resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta".

Como ya indicó esta sala en su sentencia de 14.12.05 , se quiere significar con ello que el eje sobre el que gira la confianza legítima es la existencia de actos ostensibles y externos de la administración que llevan al ciudadano a creer fundadamente que su petición va a prosperar, y este no es el caso cuando la actuación administrativa está sustentada en normas jurídicas que, aunque deben respetar los derechos adquiridos y consolidados, no están llamadas a petrificarse, sino que pueden cambiar los requisitos y condiciones respecto de interesados que se acojan por primera vez a sus determinaciones, lo que es el caso al tratarse, no ya tanto de derechos adquiridos que se puedan obtener, sino de expectativas que requieren un pronunciamiento expreso y favorable, en este caso del organismo estatal llamado a tutelar el dominio público marítimo-terrestre.

En este caso, ninguna norma reconoce a Orange el derecho a obtener el retraso de la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija, por lo que su concesión es una potestad de esta Comisión que podría reconocer discrecionalmente y de la misma manera rechazar. Y ello siempre teniendo en cuenta que se trata de una obligación impuesta en una resolución firme y, por lo tanto, su cumplimiento es una conducta exigible, de manera que, en atención a los anteriores razonamientos, no quepa aplicar la doctrina de confianza legítima para obtener una situación jurídica individualizada que contradice resoluciones expresas de la misma administración en sentido contrario. Es decir, Orange conocía que la resolución de fecha 26 de abril de 2012 le obligaba a que sus sistemas estuvieran preparados para soportar procesos de portabilidad fija en el plazo de 24 horas el 1 de julio de 2013, debía poner los medios necesarios para conseguirlo y, en todo caso, prever las consecuencias de su incumplimiento. Pues bien, en atención a los antecedentes alegados, que a su juicio le hacían confiar en conseguir un aplazamiento, no le cabría otra expectativa que la incoación de un procedimiento sancionador o la adopción de medidas de ejecución forzosa.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.U., contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013, sobre su segunda solicitud de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.



El presente certificado se expide con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de fecha 30 de marzo de 2012.

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

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).