



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 30/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 30 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A.U., contra las Resoluciones de fecha 26 de junio de 2013, por la que se le ordena cumplir la Resolución de 26 de abril de 2012, se le apercibe de la imposición de multas coercitivas y se fijan los criterios para su ejecución, y 11 de julio de 2013, por la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra ese operador por el presunto incumplimiento de la citada resolución e iniciar su ejecución forzosa, a través de la imposición del pago de multas coercitivas (AJ 2013/1369).

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 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)¹. La resolución incorporaba 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 día 1 de julio de 2013.

¹ Expediente de referencia DT 2009/1634



La citada resolución fue recurrida por varios operadores, así como por la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP). Entre los extremos analizados en la resolución que los resolvía, de fecha 11 de octubre de 2012, se encontraba la solicitud de prórroga del plazo de implementación de las modificaciones de la especificación técnica de la portabilidad fija. El motivo fue rechazado al entender esta Comisión que el plazo acordado en la Resolución recurrida era suficiente para realizar los desarrollos específicos de la portabilidad fija y los relativos a la reducción de los plazos mayoristas de provisión de bucle.

SEGUNDO.- Rechazo de las solicitudes de France Telecom de retrasar la fecha de implementación de las modificaciones en portabilidad fija.

France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange) ha presentado dos solicitudes para retrasar la fecha de implementación de las modificaciones en portabilidad fija.

La primera tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 25 de enero de 2013 y fue resuelta por resolución de fecha 21 de marzo de 2013², que archivaba el periodo de información previa iniciado para analizar su procedencia al considerar que no existían fundamentos técnicos suficientes que justificasen el retraso de la fecha inicialmente prevista.

La segunda solicitud fue rechazada por resolución de fecha 30 de mayo de 2012³. Dicha resolución fue recurrida en reposición por Orange y el recurso desestimado por resolución de fecha 25 de julio de 2013⁴.

La citada resolución de fecha 30 de mayo de 2012, además de rechazar la solicitud de Orange, le obligaba a comunicar con quince días de antelación si estaba en condiciones de pasar las modificaciones a fase de producción. Para el caso de que no pudiera garantizarlo, se le apercibía de la posibilidad de imposición de multas coercitivas hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de la portabilidad fija a 24 horas.

En cumplimiento de esa obligación, Orange comunicó el día 14 de junio de 2013 su indisponibilidad para tener a punto en la fecha prevista (el 1 de julio de 2013) las modificaciones relativas a la portabilidad fija.

TERCERO.- Resolución de fecha 26 de junio de 2013.

Con fecha 26 de junio de 2013 esta Comisión aprobó una Resolución con el objeto de requerir de forma inequívoca a Orange para que cumpla la Resolución de fecha 26 de abril de 2012, por la que se modificó la especificación técnica de portabilidad fija, y fijar los criterios para, en su caso, su ejecución forzosa mediante la imposición de multas coercitivas diarias cuyo importe se determina en 8.000 euros por día durante los cuatro primeros meses a partir del día siguiente al 10 de julio de 2013.

Su parte resolutive es del siguiente tenor literal:

² 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.

³ Resolución sobre la segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija. Expediente de referencia DT 2013/675.

⁴ Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. Sociedad Unipersonal, 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. Expediente de referencia AJ 2013/1245.



PRIMERO.- *Intimar a France Telecom España, S.A.U. para que cumpla con la Resolución de 26 de abril de 2012 hasta la fecha máxima de 10 de julio de 2013.*

SEGUNDO.- *France Telecom España, S.A.U. deberá comunicar a esta Comisión y a la Asociación de Operadores para la Portabilidad en los 4 días laborales anteriores al 10 de julio de 2013, día en el que vence el plazo determinado en el Resuelve Primero, si puede o no cumplir con lo establecido en la Resolución de 26 de abril de 2012.*

TERCERO.- *Si France Telecom España, S.A.U. no pudiera cumplir con la Resolución de 26 de abril de 2012 en el plazo establecido en el Resuelve Primero, se le apercibe a esta operadora de la ejecución forzosa de la citada Resolución, a través de la imposición de multas coercitivas por el importe de 8.000 euros por día natural de la portabilidad durante los cuatro primeros meses, a partir del día siguiente al 10 de julio de 2013.*

Si Orange pasado el citado tiempo de cuatro meses siguiera sin poder pasar a producción la cuantía de la multa coercitiva se incrementará hasta los 10.000 euros por día natural de la portabilidad hasta que Orange realice efectivamente el pase a producción de las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija a probadas por la Resolución de 26 de abril de 2012.

CUARTO.- Resolución de fecha 11 de julio de 2013.

Con fecha 11 de julio de 2013 esta Comisión aprobó la Resolución por la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012, e iniciar la ejecución forzosa de la citada Resolución, a través de la imposición del pago de multas coercitivas a esta operadora (RO 2013/1306).

En el apartado séptimo de su parte dispositiva se acordaba el inicio de la ejecución forzosa de la Resolución de 26 de abril de 2012 mediante la imposición de multas coercitivas en los términos fijados en la Resolución de fecha 26 de junio de 2013. En concreto, señalaba:

SÉPTIMO.- *Iniciar la ejecución forzosa de la Resolución de 26 de abril de 2012, de conformidad con el Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución, mediante la imposición de multas coercitivas a France Telecom España, S.A.U., a partir del día 11 de julio de 2013, por la cuantía de 8.000 euros por día natural de la portabilidad durante los cuatro primeros meses y de su incremento a partir de entonces, hasta la cuantía máxima permitida por la LGTel de 10.000 euros por día natural de la portabilidad, hasta que France Telecom España, S.A.U. realice efectivamente el pase a producción de las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija aprobadas por la Resolución de 26 de abril de 2012, en virtud de los criterios establecidos en la Resolución de 26 de junio de 2013 (RO 2013/1161), con el objeto de compeler a esta operadora para el efectivo cumplimiento de dicha Resolución. Las multas coercitivas serán objeto de liquidación mensual.*

QUINTO.- Recursos de reposición presentados por Orange contra las resoluciones de fecha 26 de junio de 2013 y 11 de julio de 2013.



Orange ha presentado un recurso de reposición contra la resolución de fecha 26 de junio de 2013, a la que más arriba se ha hecho referencia, que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 9 de julio de 2013.

En su recurso solicita que se declare nula la resolución recurrida y, de forma subsidiaria, que se reduzca la cuantía de las multas hasta otra nueva comprendida en el rango de 340 a 1.270 euros diarios, por los siguientes motivos:

1. La infracción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel, en adelante) y del artículo 99 de Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC).

A juicio de la recurrente, ambos preceptos prevén la posibilidad de esta Comisión de imponer multas coercitivas para forzar a los operadores el cumplimiento de sus resoluciones pero sólo cuando exista una voluntad clara e inequívoca de no hacerlo. Ese no sería el caso de Orange, que habría trabajado adecuadamente para la implantación de las nuevas especificaciones de la portabilidad fija pero que, por motivos ajenos a su voluntad, se ha visto en la imposibilidad de cumplir los plazos allí previstos. En definitiva, se trataría de la ejecución de una resolución que la recurrente llevaría tiempo ejecutando.

2. Se crea indefensión a Orange porque se le estaría sancionando sin el correspondiente procedimiento que analice la concurrencia de los elementos subjetivos de la infracción.
3. El cumplimiento temporáneo pondría en riesgo el derecho de los abonados al servicio telefónico a la conservación de su numeración, pues si Orange hubiera forzado el paso a fase de producción la portabilidad fija en 24 horas hubiera provocado su indisponibilidad durante una semana al ser necesario un proceso de “marcha atrás”.
4. La resolución recurrida vulnera el principio de no discriminación y se aparta de forma inmotivada de los precedentes existentes en situaciones similares. Orange considera que en el caso de la implantación del Nodo Central de Portabilidad Móvil esta Comisión habría creado un precedente aplicable al valorar de forma positiva la actitud proactiva del operador incumplidor y no sancionarlo.
5. La vulneración del artículo 96 de la LRJAP y PAC, puesto que el importe de las multas coercitivas se considera desproporcionado, al duplicar el coste del proyecto interno para el cambio del sistema de portabilidad. A tal efecto, el recurso de Orange contiene el cálculo del perjuicio que, según Orange, se causará a los usuarios con el retraso. La multa coercitiva, a su juicio, debería situarse entre la décima y la tercera parte de ese importe, de forma análoga a otras normas que regulan el cálculo de multas coercitivas.

Asimismo, con fecha 24 de julio de 2013 ha tenido entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un recurso de reposición de Orange contra la Resolución de fecha 11 de julio de 2013 a la que se ha hecho referencia en el antecedente “Cuatro” de esta resolución.



El recurso se ha acumulado al procedimiento de referencia AJ 2013/1369, iniciado para la resolución del recurso contra la resolución de 26 de junio de 2013, por acto del Secretario de fecha 25 de julio de 2013, en virtud de lo previsto en el artículo 73 de la LRJAP y PAC, por apreciarse identidad sustancial e íntima conexión entre ambos.

Los motivos del recurso coinciden con los del recurso contra la resolución de 26 de junio de 2013, expuestos más arriba.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de Orange.

El artículo 107.1 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 sus escritos como recursos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en 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 recursos de reposición contra la Resolución de fecha 26 de junio de 2013, por la que se le ordena cumplir la Resolución de 26 de abril de 2012, se le apercibe de la imposición de multas coercitivas y se fijan los criterios para su ejecución y contra la Resolución de fecha 11 de julio de 2013, por la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012, e iniciar la ejecución forzosa de la citada Resolución, respectivamente.

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 es el operador destinatario de la orden de cumplimiento de una resolución anterior de esta Comisión y a la



que se le apercibe de la imposición y, finalmente se le imponen, las multas coercitivas combatidas como medio para su ejecución forzosa.

TERCERO.- Admisión a trámite.

Ambos recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación de los actos recurridos 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, Orange fundamenta ambos recursos en motivos de nulidad y a anulabilidad de los previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJAP y PAC y, en concreto, la infracción de diferentes preceptos legales, la producción de indefensión, la ausencia de intencionalidad y la infracción del principio de confianza legítima.

En atención a lo anterior, los recursos se admitieron a trámite por actos del Secretario de fecha 19 y 25 de julio de 2013, respectivamente.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver los recursos 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.- Sobre la supuesta infracción de las normas que prevén que esta Comisión pueda imponer multas coercitivas.

Siguiendo el orden en el que Orange presenta sus motivos recursivos, se analiza en primer lugar la supuesta vulneración de la Disposición Adicional Sexta de la LGTel y del artículo 99 de la LRJAP y PAC. Ambas normas se refieren a la posibilidad de esta Comisión de imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones. Para Orange, sin embargo, se produce la infracción de las citadas normas porque han de interpretarse en el sentido de considerar que solo procede su aplicación cuando existe resistencia del obligado



al cumplimiento voluntario de la Resolución y en este caso el incumplimiento se debe a causas de fuerza mayor.

Esta interpretación no es compartida por esta Comisión ya que la imposición de multas coercitivas no exige un elemento subjetivo, por lo que es indiferente la concurrencia de dolo o culpa o de la voluntad incumplidora a la que se refiere Orange. Las multas coercitivas tienen por finalidad forzar o incentivar el cumplimiento de lo dispuesto en un acto administrativo y por eso no requieren la existencia de culpabilidad sino tan solo la constatación de que el administrado no ha cumplido lo que el acto ejecutado le ordenaba, con independencia de los motivos internos.

De la misma manera, los preceptos supuestamente infringidos no contienen referencia alguna al elemento volitivo que Orange niega y, de hecho, la resolución recurrida no valora su conducta, reservándose ese análisis para el procedimiento sancionador posterior y la resolución que, en su caso, acuerde la imposición de sanciones.

En todo caso, tampoco parecen concurrir los requisitos para la existencia de fuerza mayor, pues el incumplimiento del plazo no era ni imprevisible ni inevitable cuando se decidió, como lo acredita el hecho de que todos los demás operadores lo hayan cumplido. En este sentido, parece que una mejor planificación de la recurrente le hubiera permitido también hacerlo.

Finalmente, debe apuntarse que la inexistencia de antecedentes no es un criterio que la normativa incluya entre los que deben valorarse para analizar la procedencia de la adopción de medidas de ejecución de los actos administrativos, como sí hace, para el caso de las sanciones, el artículo 131.3 de la LRJAP y PAC en su letra c).

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

El segundo de los motivos del recurso se refiere a la supuesta indefensión causada a Orange por las resoluciones recurridas.

En realidad, lejos de justificar en qué consiste la indefensión supuestamente producida, Orange se limita a reiterar que las multas coercitivas decididas por esta Comisión “*no tienen base legal*” y que se le está imponiendo una sanción con infracción del procedimiento legalmente previsto.

En lo que se refiere al fundamento legal, la propia recurrente señala que la Disposición Adicional Sexta de la LGTel constituye una base jurídica suficiente para, en relación con el artículo 99 de la LRJAP y PAC, permitir a esta Comisión la imposición de multas coercitivas para la ejecución forzosa de sus resoluciones. En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21 de mayo de 2012 (recurso 775/2009), al confirmar una multa coercitiva impuesta por esta Comisión a un operador y la suficiencia de los preceptos citados.

En cuanto a la supuesta existencia de vicios procedimentales, Orange alude al carácter sancionador de las multas coercitivas para justificar la inexistencia de un procedimiento contradictorio. Al respecto, cabe rechazar, en primer lugar, que se trate de actos de



naturaleza sancionadora. Al contrario, la jurisprudencia, también la constitucional⁵, reconoce la ausencia de finalidad represiva de las multas coercitivas y confirma que se trata de manifestaciones del principio de ejecutividad de los actos administrativos.

Desde el punto de vista del procedimiento a seguir, la ausencia de su carácter sancionador se traduce en la innecesidad de seguir los trámites aplicables a las sanciones administrativas. La multa coercitiva tampoco tiene que someterse, salvo que así lo prevea la norma de aplicación, a un procedimiento especial⁶. Para su imposición es suficiente el apercibimiento previo y la constatación de que el acto ejecutado no se ha cumplido, requisitos que constan suficientemente acreditados en este caso. La multa podrá repetirse para lograr la efectividad del acto cuantas veces y con la periodicidad que lo permita la norma reguladora (en esta caso, la Disposición Adicional Sexta de la LGTel se refiere a una periodicidad diaria).

En todo caso, debe señalarse que la primera de las resoluciones recurridas se limita a intimar a la recurrente al cumplimiento de la Resolución de fecha 26 de abril de 2012 y a fijar los criterios para la imposición de multas coercitivas, pero no se imponen éstas. Ello se hace en la resolución que decide su imposición, también recurrida.

TERCERO.- Sobre el riesgo para los derechos de los abonados al servicio telefónico.

Orange alude al derecho de los abonados a la conservación de su número cuando cambian de proveedor. A su juicio, el retraso de la fecha de entrada en vigor de las especificaciones de portabilidad en 24 horas tiene por objeto garantizarlo y asegurar la inexistencia de incidencias que impidan su ejercicio efectivo.

Sin perjuicio del análisis de pudiera merecer el alegado motivo (no parece oportuno alegar el interés de los derechos de los abonados cuando es precisamente Orange quien provoca el retraso de la portabilidad fija en 24 horas más de cuatro meses), las resoluciones recurridas no fijan la fecha a la que Orange se opone, pues ésta ya fue establecida en la Resolución de fecha 26 de abril de 2012, cuyo cumplimiento forzoso buscan las recurridas, y confirmada con posterioridad en diversas ocasiones⁷.

La procedencia de esa fecha, y las consecuencias que su mantenimiento pueda tener, en especial para los abonados al servicio telefónico que deseen cambiar de proveedor, no son objeto de las resoluciones recurridas. En este sentido, debe señalarse que solo es admisible la impugnación autónoma de los actos de ejecución cuando son los propios actos los que incurrir en la infracción del ordenamiento jurídico, con independencia de las infracciones en que pueda incurrir el acto principal cuya ejecución se pretende.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 239/1988, Sala 2ª, 14 de diciembre de 1988.

⁶ Por ejemplo, la Sentencia del TSJ de La Rioja número 259/2012, de 13 de septiembre.

⁷ Resolución de 26 de abril de 2012, relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución, de fecha 26 de abril de 2012, 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) (Expediente de referencia AJ 2012/1162); de 21 de marzo de 2013, 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 DT 2013/216) y de 30 de mayo de 2013, sobre la segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija (expediente DT 2013/675)



Recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto⁸, en este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia 797/1998, de 23 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, en los siguientes términos:

“Naturalmente que el acto administrativo en el que se acuerda la ejecución subsidiaria es susceptible de ser recurrido, y así se advierte a la parte al comunicársele la decisión administrativa. De ello no puede extraerse la consecuencia de que se abre una vía impugnatoria frente al acto inicial que no fue impugnado en tiempo y forma, sino que se abre la posibilidad de control judicial de la nueva manifestación de voluntad administrativa, en este caso, la decisión de acordar la ejecución subsidiaria, y si ésta decisión se ajusta o no a las previsiones legales. Lo que no es posible, procedimentalmente, es la impugnación del acto de ejecución en cuanto no es sino reproducción del acto consentido y firme”.

CUARTO.- Sobre la vulneración del principio de no discriminación.

Orange alega que esta Comisión valoró positivamente la actitud proactiva de un operador en el procedimiento sancionador que se le incoo por incumplir las condiciones de conservación de numeración telefónica y, en lo que se refiere a la fecha fijada para la implantación de un Nodo Centralizado, no sancionó el retraso que provocó al no tener sus sistemas preparados en el plazo previsto. Ello supondría un precedente que obligaría a esta Comisión y que demostraría su ausencia de intencionalidad infractora.

Parecidas alegaciones han sido objeto de análisis con ocasión del recurso de reposición de Orange a la Resolución de fecha 30 de mayo de 2013⁹, desestimado por la reciente Resolución de fecha 25 de julio de 2013¹⁰.

Allí se señalaba, en primer lugar, que no se trata de supuestos comparables, pues el caso citado por la recurrente era un expediente sancionador, naturaleza que no comparten los procedimientos de ejecución forzosa de resoluciones, y en los que es necesario el análisis de la concurrencia de elementos subjetivos, como el dolo o la culpa para graduar la sanción. Además, el antecedente opuesto imponía una sanción a ese operador por determinadas incidencias en la operatividad de los procedimientos de portabilidad, por lo que a partir de él no cabe esperar de esta Comisión un pronunciamiento en el sentido pretendido por Orange (es decir, la renuncia a exigir el cumplimiento de una resolución firme). Finalmente, es necesario hacer idéntica remisión a la citada resolución de fecha 25 de julio de 2013 en lo que se refiere a la imposibilidad de alegar con éxito la doctrina de los actos propios de la administración cuando ello supone la infracción del ordenamiento jurídico, la inatención de una conducta exigible a éste y la falta de margen de discrecionalidad por la Administración para acordar en el sentido esperado por el administrado.

QUINTO.- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el cálculo de las multas coercitivas cuya imposición se advierte a la recurrente.

⁸ Por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993 (Recurso núm. 1195/1990) y 4 de enero de 1991 (recurso número 674/84).

⁹ Resolución de fecha 30 de mayo de 2013, sobre la segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija. Expediente de referencia.

¹⁰ 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. Expediente de referencia AJ 2013/1245.



Finalmente, de forma subsidiaria, Orange solicita la revisión de la cuantía impuesta en aplicación del principio de proporcionalidad contenido en el artículo 96 de la LRJAP y PAC.

En lo que se refiere al cálculo de las multas coercitivas que esta Comisión puede imponer, la Disposición Adicional Sexta de la LGTel establece un margen de entre 100 y 10.000 euros. No obstante, y al contrario de otras normas, como las que menciona Orange en sus recursos, no se contienen pautas para su cuantificación, por lo que esta decisión le corresponderá a la administración ejecutora. Para tal fin, dispone de un cierto grado de libertad estimativa que debe modularse con la aplicación de los principios generales de proporcionalidad y racionalidad. En efecto, la fijación de una cuantía concreta dentro del citado rango, y sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante se abundará, es una facultad discrecional de la administración, que goza de un cierto margen de libertad estimativa.

La aplicación por analogía de criterios contenidos en otras normas puede servir como un elemento más para motivar el importe acordado, pero debe rechazarse su aplicación directa, como pretende Orange, sobre todo cuando, además, se combina con un cálculo interesado de la supuesta sanción máxima que se le podría imponer por su incumplimiento. En este sentido, el procedimiento para su hipotética sanción se inició por una de las resoluciones recurridas, de fecha 11 de julio de 2013, por la presunta comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave de las tipificadas el apartado r) del artículo 53 de la LGTel. Estas infracciones, de especial gravedad, pueden suponer multas de hasta veinte millones de euros, por lo que una multa diaria por cada día natural para la portabilidad (lo que excluye sábados y domingos) de 8.000 euros estaría dentro de los límites aceptables si se pone en relación con la sanción que, en su caso, podría suponer el incumplimiento de la resolución cuya ejecución forzosa se pretende.

La primera de las resoluciones recurridas contiene criterios que pueden justificar la opción por la cuantía de 8.000 euros, en especial, el perjuicio a los derechos de los usuarios, que no podrán beneficiarse de la portabilidad fija en 24 horas en la fecha prevista por esta Comisión y la imposibilidad de reducir el plazo de provisión de determinados servicios mayoristas de acceso (prolongación de par OBA, ADSL-IP y GigADSL y NEBA) cuando vayan asociados a una solicitud de portabilidad de la numeración fija. Esto último puede suponer un importante perjuicio para el desarrollo de ofertas minoristas convergentes. A ello debe sumarse el considerable retraso propuesto por Orange frente a la fecha inicial (más de cuatro meses) y el hecho de que los demás operadores tuvieron que realizar parecidos esfuerzos para cumplir con el plazo fijado de implementación de la nueva especificación técnica.

No obstante lo anterior, se ha de coincidir con Orange en que resulta de plena aplicación el principio de proporcionalidad en el ejercicio de la facultad de autotutela ejecutiva de la administración pública, contemplado expresamente en el artículo 96.1 de la LRJAP y PAC.

Con carácter general, este principio informador de la actividad administrativa se manifiesta, en una primera fase, en la elección del medio de ejecución forzosa empleado. En su virtud, la Administración debe optar siempre por el menos restrictivo de la libertad individual. En una siguiente fase, y tratándose de multas coercitivas, el principio de proporcionalidad también debe respetarse en su cuantificación en atención a determinados criterios tales



como la trascendencia de la obligación incumplida (a la que más arriba se ha hecho referencia) o la posición económica del obligado.

A estos efectos, se ha de tener en cuenta que las obligaciones relativas a la adaptación a las nuevas especificaciones técnicas para la portabilidad fija son obligaciones de resultado, de manera que se cumplen totalmente cuando los desarrollos requeridos permiten su explotación comercial.

Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto que la consecución de ese objetivo exige una serie de actividades de ejecución que Orange ha empezado a realizar, tal y como acredita con la documentación que acompaña a sus recursos. Esa planificación y ejecución del proyecto de desarrollo, aunque no han sido suficientes para lograr cumplir la fecha prevista (Orange necesitaría 4 meses más sobre el periodo inicial de 14 meses) ponen de manifiesto que las multas coercitivas a imponer no deben situarse en su cuantía máxima, pues aunque el incumplimiento existe a la vista del resultado, lo cierto es que la recurrente habría iniciado y completado una parte de las tareas destinadas al cumplimiento de la resolución ejecutada y manifiesta una voluntad real de colaboración para el cumplimiento de sus obligaciones.

Así, la cuantía establecida inicialmente asciende al 80 por ciento del total previsto en la norma habilitadora y, por lo tanto, próxima a su máximo legal. No obstante, en atención a los criterios expuestos, esta Comisión considera más adecuado al criterio de proporcionalidad la reposición de ese importe y su reducción hasta 6.000 euros diarios por cada día natural durante los cuatro primeros meses, cantidad que se sitúa en la parte alta de la mitad inferior del margen legalmente previsto.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar parcialmente los recursos de France Telecom España, S.A.U. contra las resoluciones de fecha 26 de junio de 2013, por la que se le ordena cumplir la Resolución de 26 de abril de 2012, se le apercibe de la imposición de multas coercitivas y se fijan los criterios para su ejecución y 11 de julio de 2013, por la que se acuerda abrir un procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012, e iniciar la ejecución forzosa de la citada Resolución, a través de la imposición del pago de multas coercitivas a esta operadora.

En consecuencia, se reponen ambas en el sentido de fijar el importe de la multa coercitiva en 6.000 euros por cada día natural de la portabilidad durante los cuatro primeros meses siguientes al día 10 de julio de 2013 quedando el resto de las resoluciones impugnadas inalterado.

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 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 Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.