

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA JAZZ TELECOM, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE JULIO DE 2011 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CONSERVACIÓN DE NUMERACIÓN EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR EN REDES MÓVILES (SNC/DTSA/336/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL JAZZ TELECOM)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 6 de marzo de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Jazz Telecom, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011 sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Denuncia de Vodafone.

Con fecha 3 de agosto de 2012, Vodafone España, S.A.U. –en adelante, Vodafone– denunció ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ –en adelante, CMT– a Jazz Telecom, S.A.U. –en adelante, Jazztel– por supuestas irregularidades en la tramitación de las solicitudes de portabilidad grabadas en el Nodo Central

¹ Organismo regulador sectorial sustituido por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1). En concreto, Vodafone denunciaba la realización de las siguientes conductas:

- La ocultación fraudulenta de la fecha y hora real en la que el abonado firma la solicitud de portabilidad.
- La acumulación intencionada de las solicitudes de portabilidad para su carga en el Nodo Central a determinadas horas del día.

Segundo.- Inicio del periodo de información previa y requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de la CMT de fecha 13 de septiembre de 2012 se inició un periodo de información previa para determinar y comprobar los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto 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- (Documento núm. 2). Debido a que el ámbito temporal de las conductas denunciadas por Vodafone comprende todo el mes de julio de 2012, se seleccionaron, de forma aleatoria, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Con este objetivo, en el citado escrito se requirió a Jazztel que aportase información acerca de las solicitudes de portabilidad enviadas en su condición de operador receptor a Vodafone, como operador donante, en las fechas señaladas, detallando, entre otras cuestiones: (i) la fecha y hora en las que los abonados firmaron las solicitudes de portabilidad para el operador receptor, (ii) la fecha y hora de las solicitudes grabadas en el Nodo Central y, (iii) la copia de las citadas solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 16 de noviembre de 2012, Jazztel contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3). En dicho escrito, Jazztel afirmó que había enviado en total **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad, como operador receptor, a Vodafone, como operador donante, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012. Debido al elevado número de solicitudes de portabilidad cursadas en las fechas señaladas, Jazztel solicitó que se examinara una muestra aleatoria de tales solicitudes de portabilidad.

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2012, y previa solicitud por parte de Jazztel, se procedió a declarar la confidencialidad de una serie de elementos de su escrito de alegaciones a la apertura del periodo de información previa, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (Documento núm. 4).

Cuarto.- Segundo requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de fecha 31 de octubre de 2012, se requirió a Jazztel copia de las ciento cincuenta -150- solicitudes de portabilidad resultantes de la muestra aleatoria² realizada por la CMT (Documento núm. 5).

Con fecha 19 de noviembre de 2012, Jazztel aportó copia de las mencionadas solicitudes de portabilidad requeridas (Documento núm. 6). Puesto que dieciséis -16- de las ciento cincuenta -150- solicitudes de portabilidad aportadas correspondían a días distintos de los requeridos, éstas no fueron analizadas.

Por lo tanto, el número total de solicitudes de portabilidad analizadas ascendió a ciento treinta y cuatro- 134- solicitudes que fueron analizadas siguiendo el orden consecutivo a los números extraídos en la muestra aleatoria.

Quinto.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 2012, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad mediante llamadas de verificación por tercero independiente aportadas por Jazztel durante el periodo de información previa, por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (Documento núm. 7).

Sexto.- Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Jazztel como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en 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”* (Documento núm. 8).

En particular, el presente procedimiento se incoó por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles –en adelante, Especificación técnica de portabilidad móvil-. En concreto, se imputó a Jazztel la presunta realización de las siguientes actuaciones:

² Dado el tamaño poblacional, un nivel de confianza del 95% y asumiendo una proporción esperada del 95%, la muestra empleada (n=200) resulta en un error muestral para la estimación de la proporción del 3%.

- No conservar todas las solicitudes de portabilidad cursadas por el canal telefónico, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de la portabilidad móvil.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio diferidas en portabilidades en 24 horas, retrasando la grabación de las solicitudes en el Nodo Central.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Jazztel el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento núm. 8.1).

Séptimo.- Escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 27 de marzo de 2013, Jazztel presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 9).

Octavo.- Requerimiento de información.

De conformidad con 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 para el ejercicio de la Potestad Sancionadora-, en fecha 11 de julio de 2013, se requirió determinada información a Jazztel por ser necesaria para la determinación de los hechos (Documento núm. 10).

Con fecha 17 de julio de 2013, Jazztel contestó a dicho requerimiento de información (Documento núm. 11).

Noveno.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 17 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (documento núm. 13), en la que proponía:

“ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a JAZZ TELECOM, S.A.U., con fecha 14 de febrero de 2013 por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles”.

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Jazztel el día 18 de diciembre de 2013 (Documento núm. 14).

Décimo.- Escrito de alegaciones de Jazztel a la propuesta de la instructora.

Durante el trámite de audiencia y mediante escrito de fecha 13 de enero de 2014, Jazztel formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora (Documento núm. 15), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, afirmando que está *“total y absolutamente de acuerdo con las conclusiones plasmadas en la propuesta de resolución”*.

Undécimo.- Ampliación del plazo máximo de resolución y notificación.

Con fecha 21 de enero de 2013, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que acordó ampliar en un mes el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento (Documento núm. 16).

Esta Resolución se notificó a Jazztel el día 27 de enero de 2014 (Documento núm. 17).

Duodécimo.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Jazztel durante la instrucción del presente expediente (Documento núm. 18).

Décimo tercero.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 14 de febrero de 2014, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Jazztel a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 19).

II HECHOS PROBADOS

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resultan probados los siguientes hechos:

Primero.- Jazztel, como operador móvil virtual, está capacitado para garantizar el cambio de operador con conservación de la numeración a los usuarios, tanto desde el punto de vista administrativo como técnico-operacional.

Según consta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Jazztel es un operador móvil virtual completo³, que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en

³ Inscrito en el seno del exp. núm. RO 2005/699.

adelante, Orange- y conforme al cual puede prestar servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales⁴.

Jazztel lleva a cabo directamente la gestión de la conservación de la numeración por cambio de operador tanto desde el punto de vista administrativo –gestionando las solicitudes de portabilidad desde su recepción a través de sus diferentes canales de venta- como desde el punto de vista técnico-operacional, al disponer de la infraestructura necesaria para asegurar el encaminamiento de las llamadas y cumplir con las obligaciones de enrutamiento de éstas hacia los números portados.

Durante la instrucción del expediente, se ha podido analizar, a través de la información aportada por Jazztel, cuál es el procedimiento interno empleado por el operador para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad, desde que los abonados realizan tal petición hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

A tal efecto, Jazztel ha manifestado que dispone de tres canales de venta: telefónico (1565), web y distribución, y afirma que el procedimiento empleado es el siguiente:

- El abonado solicita la contratación del servicio de telefonía móvil con conservación de la numeración telefónica móvil a través de los distintos canales de venta del operador, siendo atendido por el personal comercial del operador.
- Recibida la petición del abonado, el personal comercial del operador introduce la solicitud de portabilidad móvil en el sistema CRM⁵ del operador.
- Para el supuesto de solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta telefónica:

Las solicitudes se procesan en el citado sistema CRM durante la llamada, automáticamente éstas se remiten a la entidad verificadora independiente, la cual se encarga de acreditar fehacientemente el consentimiento verbal del abonado para conservar la numeración telefónica móvil por cambio de operador del servicio telefónico móvil.

Según alega Jazztel, el tiempo transcurrido entre la grabación comercial de la solicitud de portabilidad realizada por el canal de venta telefónica y la entidad verificadora no es superior a 30 minutos.

⁴ Jazztel tiene infraestructura de red propia que garantiza la interconexión e interoperabilidad de los servicios ofrecidos, por lo que tiene derecho a la asignación de numeración propia para sus abonados móviles y un Indicativo de Red Móvil (IRM) propio. Asimismo, Jazztel dispone de una infraestructura dentro de la cadena de valor y lleva a cabo la facturación al cliente final, dispone de su propia cadena de distribución y gestión de clientes.

⁵ Según manifestaciones propias del operador, el sistema CRM de Jazztel es el sistema interno de Jazztel de gestión de clientes y solicitudes de portabilidad.

Finalizada la citada llamada con la entidad independiente verificadora del consentimiento de los clientes, el operador registra la solicitud de portabilidad en su sistema interno, denominado POMV, *“para provisionar el servicio móvil del operador”*.

- A continuación y de forma automática, desde el sistema POMV, la información de las solicitudes de portabilidad cursadas por el abonado se envía a otro sistema interno del operador denominado MNP, desde el que se graban las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil para su consiguiente tramitación.

Por lo tanto, Jazztel es un OMV completo que gestiona directamente los procesos de portabilidad móvil de sus clientes, participando directamente en los procesos administrativos y en la ejecución técnica de la portabilidad móvil con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio.

Segundo.- Respecto de las solicitudes analizadas de julio de 2012, Jazztel cumple con la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad.

El apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil el cumplimiento, entre otras, de la obligación de conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones.

En el seno del periodo de información previa se analizaron ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad, resultantes de la muestra aleatoria realizada sobre el número total de solicitudes de portabilidad **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** enviadas por Jazztel, como operador receptor, a Vodafone, como operador donante, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

En virtud de los resultados que posteriormente se describirán, esta muestra aleatoria de solicitudes se ha considerado suficientemente representativa para valorar la conducta presuntamente infractora de Jazztel. Dicho análisis se ha realizado siguiendo el orden consecutivo a los números extraídos en la muestra aleatoria.

Tal y como se señaló en el acuerdo de inicio del expediente, las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad aportadas fueron realizadas mediante el canal telefónico, por medio de una entidad de verificación del consentimiento independiente del operador. Asimismo, en dicha resolución se señaló que Jazztel no aportó (i) la información identificativa de catorce -14- solicitudes de portabilidad y (ii) copia de veintiocho -28- solicitudes de portabilidad. En sus alegaciones al citado acuerdo de inicio, Jazztel reconoció tal hecho y aportó en ese momento copia de tales solicitudes.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que Jazztel ha conservado las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad realizadas que han sido analizadas de modo aleatorio respecto de las totales que cursó durante el mes de julio de 2012.

Tercero.- Respecto de las solicitudes analizadas de julio de 2012, Jazztel ha consignado la fecha y hora en las que los abonados han manifestado su consentimiento para el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil.

El apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil el cumplimiento, entre otras, de la obligación de consignar en la solicitud de portabilidad la *“fecha y hora de su cumplimentación”* y, en su caso, la *“fecha deseada para portar”* por el abonado - ventana de cambio-.

Al objeto de verificar el cumplimiento de la citada obligación, se ha comprobado si en las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes analizadas se ha consignado o no la fecha y hora en la que los abonados han formalizado tales solicitudes.

De dicho análisis ha resultado probado que Jazztel ha consignado, en todas las solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, la fecha y hora en la que los abonados han prestado su consentimiento verbal para cambiar de operador con conservación de la numeración telefónica móvil, así como la fecha de ventana de cambio en la que ha de producirse el cambio de operador.

En consecuencia, de estos datos se desprende que Jazztel consignó la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad y las fechas de ventana de cambio en las solicitudes analizadas de julio de 2012.

Cuarto.- De entre las solicitudes analizadas de julio de 2012, Jazztel ha grabado en el Nodo Central únicamente dos fuera del plazo de medio día hábil a contar desde su formalización.

El apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que los operadores receptores tienen la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil dentro del plazo del mismo medio día hábil en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad.

Igualmente, de conformidad con la Especificación técnica de portabilidad móvil (apartado 7.2.1.3), las solicitudes de portabilidad pueden ser rechazadas en el Nodo Central de portabilidad móvil, entre otras, por las siguientes causas: (i) en el caso de los abonados prepago, por la falta de correspondencia entre la numeración y el ICC-ID - números de serie de la(s) SIM-, y (ii) en el caso de abonados postpago, por la

falta de correspondencia entre la numeración y el abonado identificado por su NIF/NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF.

En el acuerdo de inicio del periodo de información previa se señaló que del análisis de las solicitudes de portabilidad resultantes se desprendían indicios suficientemente razonables de que Jazztel estuviese retrasando la tramitación de ocho solicitudes de portabilidad.

Durante la instrucción del expediente se ha comprobado si la información que se desprende de las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente coincide con los datos grabados en el Nodo Central de portabilidad móvil, resultando probados los siguientes hechos:

- Ciento treinta y dos -132- solicitudes de portabilidad han sido grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Seis -6- solicitudes de portabilidad, si bien fueron grabadas inicialmente dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, fueron rechazadas en varias ocasiones durante el proceso de portabilidad por lo que Jazztel tuvo que reiterar su grabación hasta que finalmente fueron portadas a su favor. A tal efecto, se ha podido probar que dicha grabación reiterada ha sido correcta.
- Una -1- solicitud de portabilidad ha sido grabada con tres -3- días de retraso en el Nodo Central: concretamente, la solicitud de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** del día **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Consultado el Nodo Central de portabilidad móvil, se ha comprobado que dicha solicitud de portabilidad fue grabada en el Nodo Central el día **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**, fecha ésta última que coincide con la fecha de entrega del servicio señalada por Jazztel en su escrito de alegaciones.

Tampoco se ha acreditado que se produjesen rechazos durante el proceso de alta de grabación de tal solicitud de portabilidad en el Nodo Central durante el procedimiento de portabilidad móvil.

- Una -1- solicitud de portabilidad no fue grabada dentro del plazo del mismo medio día hábil en que el abonado formalizó la solicitud de portabilidad sino que dicha grabación fue retrasada hasta medio día hábil antes de la fecha de ventana de cambio diferida indicada en la solicitud: en concreto, la solicitud de portabilidad múltiple con MSISDN's **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** realizada el día **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Consultado el Nodo Central de portabilidad móvil, se ha comprobado que dicha solicitud de portabilidad fue grabada el día **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**, fecha ésta última que coincide con la fecha de entrega del servicio señalada por Jazztel.

La tramitación irregular de estas dos -2- solicitudes de portabilidad representa un 1,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el presente expediente.

Quinto.- Conclusión de los hechos probados.

En definitiva, han quedado probados los siguientes hechos:

- Jazztel es un OMV completo que garantiza la portabilidad de los usuarios desde el punto de vista administrativo y técnico-operacional.
- Jazztel ha conservado las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad analizadas como resultado de una muestra aleatoria representativa del total de solicitudes tramitadas por Jazztel en el mes de julio de 2012.
- En dichas solicitudes, Jazztel consignó la fecha y la hora de cumplimentación por el abonado, así como la fecha de la ventana de cambio.
- Jazztel ha grabado ciento treinta y dos -132- de las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil desde su formalización por los abonados en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Jazztel no ha grabado dos -2- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil, habiendo sido dichas grabaciones retrasadas, una, durante tres -3- días y, la otra, hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud, lo que representa un 1,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el presente expediente.

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

A este respecto, el artículo 18 de la LGTel establece la obligación de los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público de garantizar que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados. Dicho artículo ha sido desarrollado por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre -en adelante, Reglamento de Mercados-.

El artículo 43, apartado primero, del Reglamento de Mercados, relativo a las *“Soluciones técnicas y administrativas”*, atribuye a la CNMC la competencia para adoptar las soluciones técnicas y administrativas aplicables, cuando sea preciso para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa sobre conservación de la numeración. En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 7 de julio de 2011 se adoptó la Resolución que modifica y aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

Por otra parte, los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, atribuyen a la CNMC *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Especificación técnica arriba mencionada, de conformidad con

el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, el presente procedimiento fue iniciado por la CMT, en virtud de la habilitación competencial citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013⁶, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2 y 21.2 de la citada Ley y al artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMV, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Segundo.- Tipificación de los hechos probados.

Este procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53, letra r), de la LGTel que califica como infracción administrativa 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”*.

En el presente caso, dicha infracción se concreta en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

Entre otros aspectos y, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.2.m) de la LGTel –que transpone el artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE, modificada por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, en dicha Resolución se procedió a reducir el plazo para hacer efectiva la portabilidad en 24 horas –un día hábil- desde la contratación de los servicios. De forma que, desde la puesta efectiva en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad móvil el día 4 de junio de 2012, los usuarios y abonados tienen derecho a cambiarse de prestador de servicio telefónico móvil conservando la numeración telefónica móvil en el plazo de 24 horas.

Con carácter general, la Especificación técnica de portabilidad móvil describe los procedimientos administrativos cooperativos entre los operadores para la conservación de numeración de telefonía móvil e impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil el cumplimiento de determinadas obligaciones destacándose -a los efectos del presente procedimiento- las siguientes:

⁶ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

- Conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones (apartado 5.1).
- Consignar en la solicitud de portabilidad la *“fecha y hora de su cumplimentación”* por el abonado (apartado 8).
- Grabar en el Nodo Central de portabilidad móvil *“la fecha y hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor”* (apartado 6.1.3).
- Grabar la solicitud de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil dentro del plazo del mismo medio día hábil en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad (apartado 7.2.1.2.2).

Por su parte, el artículo 8.1 de la LGTel establece que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.

Jazztel, como OMV completo, es operador del servicio telefónico móvil disponible al público y ha de cumplir, entre otras, con la condición de garantizar la conservación (portabilidad) de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa y disponer de la infraestructura necesaria para asegurar el encaminamiento de las llamadas y cumplir con las obligaciones de enrutar dichas llamadas hacia los números portados mediante su identificación por el NRN de cada operador, en virtud del artículo 20 e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas⁷.

En este sentido, el cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio telefónico garantizar su ejercicio mediante el establecimiento de los sistemas que así lo permitan.

Tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, Jazztel garantiza la portabilidad numérica de los usuarios tanto desde un punto de vista administrativo - procesando las solicitudes de portabilidad-, como desde el punto de vista técnico y operacional ya que dispone de la infraestructura necesaria para asegurar el encaminamiento de las llamadas y cumplir las obligaciones de enrutamiento de las llamadas hacia los números portados. También asegura el encaminamiento de los números portados mediante NRN, tal y como se describe en la Especificación técnica de portabilidad móvil.

⁷ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Asimismo, de acuerdo con los Hechos Probados Segundo y Tercero, respectivamente, Jazztel conservó las solicitudes de portabilidad mediante llamadas de verificación por tercero independiente resultantes de la muestra aleatoria analizada y consignó en tales solicitudes la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados y la fecha de ventana de cambio elegida por éstos. Por ello, se entiende que Jazztel ha cumplido, por lo que respecta a las comprobaciones realizadas, las obligaciones establecidas en los apartados 5.1 y 8, respectivamente, de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Se analiza, a continuación, la tipificación del Hecho Probado Cuarto referido al “*momento de grabación de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil*”.

El apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que *“entregada la solicitud de portabilidad firmada por el abonado al operador receptor, éste en el mismo medio día hábil⁸ debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, en días laborables de 8:00 a 20:00. Si la solicitud de portabilidad se realiza fuera del citado horario, ésta se grabará en el primer medio día hábil siguiente”*.

De esta manera, el plazo máximo que ha de transcurrir entre la formalización de la solicitud de portabilidad por parte del abonado y la grabación de dicha solicitud en el Nodo Central de portabilidad es de medio día hábil, puesto que los periodos temporales se organizan en medios días hábiles con la finalidad de garantizar la tramitación del procedimiento de portabilidad en el plazo de un día laborable.

Asimismo, el apartado 7.2.1.3 de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que *“el operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad, registrando dicha decisión en el nodo central de tal modo que quede accesible al resto de operadores y entidades”*. Asimismo, se concretan las causas que pueden provocar el rechazo de la solicitud de portabilidad, entre las que se destacan, a los efectos del presente procedimiento, las siguientes:

- En el caso de los abonados prepago, falta de correspondencia entre numeración e ICC-ID o números de serie de la(s) SIM y,
- En el caso de abonados postpago, falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su NIF/NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF.

Desde el punto de vista del proceso administrativo de la portabilidad móvil, las solicitudes de portabilidad únicamente pueden ser confirmadas o rechazadas en el

⁸ El apartado 4 de la especificación técnica de portabilidad móvil define “*día hábil*” como “un día natural de lunes a viernes, excluyendo las fiestas de carácter nacional. Dentro de un día hábil se considerará horario hábil a los periodos de mañana de 8:00 a 14:00 horas y de tarde de 14:00 a 20:00 horas.

Nodo Central de portabilidad móvil. Si se confirman, su tramitación continúa hasta su finalización. Por el contrario, si se rechazan, el proceso administrativo finaliza, por lo que el operador receptor debe realizar una nueva solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central.

De acuerdo con el Hecho Probado Cuarto, únicamente dos -2- de las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad analizadas no han sido grabadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, tal y como exige la Especificación técnica de portabilidad móvil en su apartado 7.2.1.2.

Dichas grabaciones fueron retrasadas, una, durante tres -3- días y, la otra, hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud. Esto es, la grabación en el Nodo Central de esta segunda solicitud de portabilidad, que tenía consignada una ventana de cambio diferida, se produjo posteriormente, como si tuviera una ventana de cambio en 24 horas.

Esta tramitación irregular representa un 1,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el presente expediente.

En consecuencia, Jazztel ha incurrido en una conducta antijurídica al incumplir la Resolución de 7 de julio de 2011, por la que se modifica la Especificación técnica de la portabilidad móvil, incurriendo en una infracción del artículo 53.r) de la LGTel. Dicho incumplimiento se reduce a dos -2- únicos supuestos en los que se retrasó la grabación de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil, más allá del medio día hábil establecido.

Tercero.- Inexistencia de culpabilidad de Jazztel en la comisión de la infracción.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial⁹, no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del Derecho Penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (en adelante, STC) y del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000/2579), de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005/20), o 21 de enero de 2011 (RJ 2011/485).

⁹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración, en el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o imprudencia¹⁰, constituyendo la concurrencia de dolo un criterio de graduación de la sanción. En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable, para afirmarse la responsabilidad del infractor.

En lo que aquí interesa, resulta que 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 naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por tanto, 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. Es decir, 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.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel¹¹, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una

¹⁰ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba que *“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) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

¹¹ El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave *“la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”*. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”*.

infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el presente caso, se imputa a Jazztel una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011, por la que se aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil, en lo que respecta a su obligación de grabar en el Nodo Central las solicitudes de portabilidad en el medio día hábil desde que éstas son suscritas por los abonados.

Dicha conducta infractora se reduce a dos -2- únicos supuestos, de las ciento treinta y cuatro -134- solicitudes de portabilidad analizadas, consistente en retrasar la grabación en el Nodo Central de dos -2- solicitudes de portabilidad, una, durante tres -3- días y, la otra, con ventana de cambio diferida como si tuviera ventana de cambio en 24 horas. Tal incumplimiento representa únicamente un 1,5% sobre el número total de solicitudes de portabilidad analizadas.

La STC núm. 76/90 de 26 de abril (RTC 1990, 76) señala lo siguiente:

*“(...) En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y **que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio**”.*

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 12 de enero de 1996 (RJ 1996/156), entre otras.

A la vista de lo expuesto, se concluye que los dos -2- supuestos irregulares de portabilidades, hallados tras analizar la muestra aleatoria de las solicitudes obtenidas por esta Comisión, constituyen un hecho incidental e insuficiente para determinar una conducta culpable, ni siquiera a título de negligencia, por parte de Jazztel.

Dichos supuestos constituyen una inobservancia aislada y poco representativa respecto del total de la muestra y del volumen de portabilidades cursadas, que no revelan una falta de diligencia por parte de Jazztel, respecto de la que tiene que aplicar en el marco de su obligación de realizar las actuaciones necesarias para grabar las solicitudes en el Nodo Central en la forma establecida.

En definitiva, se concluye que no se estima que la conducta probada pueda calificarse de infracción, al no concurrir el elemento de culpabilidad.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a JAZZ TELECOM, S.A.U., con fecha 14 de febrero de 2013, por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.