

# RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE 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/D TSA/337/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL ORANGE ESPAÑA VIRTUAL)

## SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

### Presidenta

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

### Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

D<sup>a</sup>. 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 Orange España Virtual, S.L. 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 Telecomunicaciones<sup>1</sup> -en adelante, CMT- a Orange España Virtual, S.L. –en adelante, Simyo<sup>2</sup>- por supuestas

---

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

<sup>2</sup> Anteriormente denominada KPN SPAIN, S.L.U.

irregularidades en la tramitación de las solicitudes de portabilidad grabadas en el Nodo Central durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1).

En concreto, Vodafone denunciaba la realización de las siguientes conductas, en relación con las solicitudes de portabilidad efectuadas por sus clientes:

- 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 comprendía 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 Simyo que aportase información acerca de las solicitudes de portabilidad enviadas 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, (ii) la fecha y hora de las solicitudes tal como fueron grabadas en el Nodo Central y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 22 de noviembre de 2012, Simyo contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3). En dicho escrito, Simyo afirmó que había enviado - como operador receptor- **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad, a Vodafone (como operador donante), los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Debido al elevado número de solicitudes de portabilidad cursadas por Simyo en los días señalados, se realizó una muestra aleatoria<sup>3</sup> entre ellas de ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad, que fueron analizadas siguiendo el orden consecutivo de los números extraídos en la muestra aleatoria.

### **Tercero.- Declaración de confidencialidad.**

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2013, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Simyo durante el periodo de información previa (Documento núm. 3.1).

---

<sup>3</sup> Dado el tamaño poblacional, un nivel de confianza del 95% y asumiendo una proporción esperada del 95%, la muestra empleada (n= 160) resulta en un error muestral para la estimación de la proporción del 3%.

**Cuarto.- Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.**

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Simyo 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. 4).

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 Simyo la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar las solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta Web, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio<sup>4</sup> diferidas en portabilidades en 24 horas, retrasando la grabación de las solicitudes en el Nodo Central.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Simyo el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento núm. 4.1).

**Quinto.- Escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.**

Con fecha 27 de marzo de 2013, Simyo presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 5).

**Sexto.- Requerimientos de información.**

A la vista de las alegaciones formuladas por Simyo al acuerdo de inicio del procedimiento y 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-, con fecha 31 de julio de 2013 se realizaron los siguientes requerimientos de información:

- A Simyo: (i) la aportación de las copias de las solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta Web y (ii) la entrega de un diagrama sobre

---

<sup>4</sup> Es el plazo de tiempo dentro de un día hábil determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores harán efectivas las actuaciones en sus redes y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración de hasta 4h, siendo ésta de 2:00 a.m. a 6:00 a.m.

flujo de las solicitudes de portabilidad desde su recepción hasta su grabación en el Nodo Central de la portabilidad móvil (Documento núm. 6).

- A la entidad KPN Mobile International Network Spain, S.L.U.<sup>5</sup> –en adelante, KPNI-: la aportación de información sobre las incidencias producidas en la plataforma móvil de Simyo (Documento núm. 7).

Ambas entidades contestaron a los mencionados requerimientos los días 10 y 26 de septiembre de 2013 (Documentos núm. 8 y 9).

#### **Séptimo.- Propuesta de Resolución.**

Con fecha 17 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (documento núm. 10), en la que proponía:

*“ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. en 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 Simyo en fecha 19 de diciembre de 2013 (Documento núm. 11). El citado operador no ha formulado alegaciones a la propuesta de resolución de la instructora.

#### **Octavo.- 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. 12). Esta Resolución se notificó debidamente a Simyo el día 27 de enero de 2014 (Documento núm. 13).

#### **Noveno.- Declaración de confidencialidad.**

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad web aportadas por Simyo durante la instrucción del presente expediente (Documento núm. 14).

#### **Décimo.- 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

---

<sup>5</sup> La entidad KPN Mobile International Network Spain, S.L.U. gestiona la plataforma móvil denominada “Magnum” en la que se registran todas las solicitudes de portabilidad cursadas por Simyo como operador receptor y desde donde se envían tales solicitudes de portabilidad al Nodo Central de portabilidad móvil.

junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Simyo a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 15).

## II HECHOS PROBADOS

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

**Primero.- Simyo, 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, Simyo es un operador móvil virtual completo<sup>6</sup>, que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange-, conforme al cual puede prestar servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales<sup>7</sup>.

En virtud de dicho acuerdo, Simyo 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 las llamadas hacia los números portados.

Durante la instrucción del expediente se ha podido analizar, a través de la información aportada por Simyo, cuál es el procedimiento interno empleado para la gestión de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor, desde su recepción por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

A tal efecto, Simyo ha manifestado que dispone de dos canales de venta: *call center* y Web, a través de los cuales reciben las correspondientes peticiones de portabilidad móvil por parte de los abonados.

En relación con el canal de venta *call center* o telefónico, Simyo afirma que el procedimiento empleado es el siguiente:

---

<sup>6</sup> Inscrito en el seno del exp. núm. RO 2007/422.

<sup>7</sup> Simyo 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, Simyo 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.

- El abonado solicita telefónicamente la portabilidad a Simyo –en el número corto 1644- siendo atendido por el personal comercial del operador e introduce la solicitud de portabilidad en el sistema CRM<sup>8</sup> del operador.
- Procesada la solicitud de portabilidad en el citado sistema CRM, ésta se remite automáticamente a la entidad verificadora independiente, la cual se encarga de acreditar el consentimiento verbal del abonado para conservar la numeración por cambio de operador del servicio telefónico móvil.
- Finalizada la citada llamada con la entidad independiente verificadora del consentimiento de los clientes, el operador registra la solicitud de portabilidad en su plataforma tecnológica denominada “*Magnum*”, desde la cual se envía la solicitud de portabilidad al Nodo Central para su grabación y posterior tramitación del cambio de operador con conservación de la numeración.

Por su parte, el procedimiento empleado para la tramitación de las solicitudes de portabilidad a través de su portal Web es el siguiente:

- El abonado solicita la portabilidad a Simyo a través de su página Web (<http://www.Simyo.es>). El proceso de solicitud sólo puede ser tramitado con éxito por un abonado que se haya registrado previamente como usuario de la página Web del operador.
- Cuando el abonado envía el formulario de alta debidamente cumplimentado, la página Web de Simyo guarda el perfil del usuario y envía la información al sistema de gestión de clientes CRM.
- Al igual que en el proceso seguido en el canal de venta telefónico, desde el sistema de gestión de clientes CRM se registra la solicitud de portabilidad en la plataforma tecnológica *Magnum*, desde donde se envía la citada solicitud de portabilidad al Nodo Central para su consiguiente tramitación.

Por lo tanto, queda probado que Simyo es un OMV completo que técnicamente 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, Simyo ha conservado correctamente los originales de las solicitudes de portabilidad.**

En el seno del periodo de información previa y durante la instrucción del presente procedimiento, se han analizado ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad resultantes de una muestra aleatoria sobre el número total de las solicitudes de portabilidad [INICIO CONFIDENCIAL .... FIN CONFIDENCIAL] enviadas por Simyo, como operador receptor, a Vodafone, como operador donante, durante los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (mes de julio de 2012)-.

---

<sup>8</sup> Sistema informático de gestión de clientes de Simyo.

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 Simyo. 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, de las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad analizadas: (i) sesenta y seis -66- solicitudes de portabilidad fueron cursadas por el canal de venta telefónico y las otras (ii) noventa y cuatro -94- solicitudes lo fueron por el canal de venta Web.

Asimismo, en dicha resolución se señaló que Simyo conservaba copia de las citadas solicitudes de portabilidad cursadas mediante el canal de venta telefónico, ya que durante el periodo de información previa este operador aportó las copias de las citadas solicitudes de portabilidad formalizadas mediante del sistema de verificación del consentimiento del usuario por medio de un tercero independiente (grabaciones).

Sin embargo, por lo que respecta a las solicitudes de portabilidad gestionadas a través del portal Web, Simyo no aportó ninguna de las copias de esas solicitudes. En su defecto, aportó copia de los pantallazos de confirmación de la página web del operador, que no fueron en su momento considerados como solicitudes de portabilidad propiamente dichas, de conformidad con la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Al objeto de comprobar el cumplimiento por parte de Simyo de la obligación citada de conservar las solicitudes de portabilidad, durante la instrucción del presente expediente se requirió a Simyo para que aportase las copias de las noventa y cuatro -94- solicitudes de portabilidad gestionadas por el canal Web que resultaron de la muestra aleatoria realizada en el expediente de información previa.

En contestación al citado requerimiento de información y teniendo en cuenta la naturaleza del medio empleado por los abonados para solicitar la portabilidad –esto es, la página Web-, Simyo ha aportado pantallazos de los diversos apartados del sistema CRM relativos a (i) datos de impresión, (ii) dirección de facturación y/o envío, (iii) tipo de tarifa y modalidades contratadas (prepagado o contrato) y (iv) detalles específicos de las solicitudes de portabilidad –tales como los códigos de referencia, las fechas de suscripción, el operador donante, el operador receptor, el ICCID<sup>9</sup>, las fechas y horas de la solicitud y las fechas de las ventanas de cambios señaladas-, relativos a las noventa y cuatro -94- solicitudes de portabilidad analizadas.

Finalmente, ante la nueva información aportada, estos pantallazos se han calificado como solicitudes de portabilidad válidas para comprobar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de portabilidad tiene impuestas Simyo.

En consecuencia, a la vista de la información que obra en el expediente, ha quedado probado que Simyo ha conservado las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad que han sido analizadas de modo aleatorio de las totales que cursó durante el mes de julio de 2012.

---

<sup>9</sup> El ICC-ID es el número de serie asociado al MSISDN.

**Tercero.- Respecto de las solicitudes analizadas de julio de 2012, Simyo 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.**

Durante la instrucción del expediente, se analizó si en las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, Simyo había consignado o no la fecha y hora en la que los abonados han formalizado tales solicitudes, resultando probados los siguientes hechos:

- En relación con las sesenta y seis -66- solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta telefónico, se ha constatado que Simyo consigna la fecha y hora en la que los abonados han prestado su consentimiento verbal para cambiar de operador con conservación de la numeración telefónica, así como la fecha de la ventana de cambio en la que ha de producirse el cambio de operador.

En cuanto a la fecha de ventana de cambio, se ha verificado que veintinueve -29- de las sesenta y seis -66- solicitudes de portabilidad son solicitudes con ventana de cambio en 24 horas, mientras que, treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad tienen una fecha de ventana de cambio diferida, es decir con un plazo mayor que 24 horas.

- En relación con las noventa y cuatro -94- solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta Web, se ha constatado que en todas se ha consignado la fecha y hora de cumplimentación de la solicitud de portabilidad y la fecha de ventana de cambio elegida por el abonado.

En consecuencia, de estos datos se desprende que Simyo consignó la fecha y hora de cumplimentación de 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, Simyo ha grabado en el Nodo Central únicamente una fuera del plazo de medio día hábil a contar desde su formalización.**

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 Simyo estuviese retrasando la tramitación de las solicitudes de portabilidad, y ello debido a que se tuvieron que consultar muchas solicitudes directamente en el Nodo Central sobre la base de los códigos de referencia<sup>10</sup> que facilitó el operador-.

Durante la instrucción del presente procedimiento, se constató que no existía una correlación entre los códigos de referencia del Nodo Central y los MSISDN<sup>11</sup> aportados por Simyo de la muestra aleatoria analizada, por lo que se volvió a

---

<sup>10</sup> Según consta en la Especificación técnica de portabilidad móvil (apartado 6.31), cuando se graba una solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central, éste asigna automáticamente un código de referencia a cada nueva solicitud que se utiliza para hacer el seguimiento de la misma.

<sup>11</sup> Número que identifica la tarjeta SIM del operador.



analizar toda la muestra tomando como referencia únicamente el MSISDN que constaba en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados.

Del mismo modo, se consultó al Nodo Central de portabilidad cada MSISDN de forma individual, resultando probados los siguientes hechos:

- Ciento cincuenta y nueve -159- solicitudes de portabilidad de las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad gestionadas por Simyo han sido grabadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Una -1- solicitud de portabilidad no ha sido grabada dentro del plazo del medio día hábil. Concretamente, la solicitud de portabilidad con **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Así, de acuerdo con los datos del Nodo Central, esta solicitud de portabilidad no fue grabada dentro del plazo del medio día hábil en que el abonado formalizó la solicitud de portabilidad sino que dicha grabación fue retrasada hasta el medio día hábil antes de la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud.

La tramitación irregular de esta solicitud de portabilidad representa un 0,6% 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:

- Simyo es un OMV completo que garantiza la portabilidad de los usuarios desde el punto de vista administrativo y técnico-operacional.
- Simyo conservó las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad analizadas como resultado de una muestra aleatoria representativa del total de solicitudes tramitadas por Simyo en el mes de julio de 2012.

En dichas solicitudes, Simyo consignó la fecha y la hora de cumplimentación por el abonado, así como la fecha de la ventana de cambio.

- Simyo grabó ciento cincuenta y nueve -159- de las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil desde su formalización por los abonados en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Simyo no grabó una -1- solicitud de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil, habiendo sido dicha grabación retrasada hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud, lo que representa un 0,6% 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 3/2013<sup>12</sup>, 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 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:

- 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).

<sup>12</sup> 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.

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.

Simyo, 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 electrónicas<sup>13</sup>. 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 la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

Tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, Simyo garantiza la portabilidad numérica móvil 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.

Asimismo, de acuerdo con los Hechos Probados Segundo y Tercero, respectivamente, Simyo conservó los originales de las solicitudes de portabilidad resultantes de la muestra aleatoria 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 Simyo 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.

Sin embargo, 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 hábil<sup>14</sup> debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, en días laborables*

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

*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 reducción del procedimiento de portabilidad al plazo de un día laborable.

Según consta en el Hecho Probado Cuarto, sólo una -1- de las ciento sesenta -160- solicitudes de portabilidad analizadas no ha sido grabada por Simyo 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.

Dicha grabación fue retrasada hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud. Esto es, una solicitud de portabilidad que tenía consignada una ventana de cambio diferida -a petición del cliente- se grabó un día antes de dicha ventana de cambio y, por tanto, con posterioridad a la fecha en que debía haberse grabado (las solicitudes siempre han de grabarse en el mismo medio hábil en que se firman).

Esta tramitación irregular representa un 0,6% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el presente expediente.

En consecuencia, Simyo 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 la infracción prevista en el artículo 53.r) de la LGTel. Dicho incumplimiento se reduce a un único supuesto el que se retrasó la grabación de la solicitud de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil, hasta el medio día hábil antes de la fecha de la ventana de cambio diferida indicada en la solicitud.

### **Tercero.- Inexistencia de culpabilidad de Simyo en la comisión de la infracción.**

De conformidad con la doctrina jurisprudencial<sup>15</sup>, actualmente 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 psicológico 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).

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

---

<sup>15</sup> Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005 \20).

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 imprudencia<sup>16</sup>, 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 conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1.104 del Código Civil 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.

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

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 LGTel<sup>17</sup>, 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

---

<sup>16</sup> 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”*.

<sup>17</sup> 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 Simyo 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 alguna solicitud de portabilidad en el medio día hábil desde que ésta es suscrita por el abonado. Dicha conducta infractora se reduce a un único supuesto, de las ciento sesenta -160- solicitudes analizadas, consistente en la grabación en el Nodo Central de una solicitud de portabilidad con ventana de cambio diferida cómo si tuviera una ventana de cambio en 24 horas. Tal incumplimiento representa únicamente un 0,6% 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 el supuesto irregular de portabilidad hallado por esta Comisión constituye un hecho incidental e insuficiente para determinar una conducta culpable, ni siquiera a título de negligencia, por parte de Simyo.

Dicho supuesto constituye 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 Simyo, 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 ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. en 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 a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden 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.