



Roj: **SAN 4600/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4600**

Id Cendoj: **28079230082018100599**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **338/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000338 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04555/2015

Demandante: Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A.U. ("OCAT")

Procurador: D. JOSÉ RAFAEL ROS FERNÁNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **338/15**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. José Rafael Ros Fernández**, en nombre y representación de **Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A.U. ("OCAT")**, sucedida por **ORANGE ESPAGNE SAU**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 2 de junio de 2015, recaída en expediente sancionador, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso por la representación procesal de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A.U., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 2 de junio de 2015, en la que se declara a dicha entidad recurrente responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, 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), y se le impone una sanción económica de 300.000 €.

En providencia de fecha 18 de mayo de 2018, a petición de la actora, se acordó acceder a la sucesión procesal de la entidad recurrente -disuelta- por ORANGE ESPAGNE SAU.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se anule la resolución impugnada o, subsidiariamente, se reduzca el importe de la sanción impuesta a una cifra cercana al límite inferior de la misma.

En escrito de ampliación de demanda se reiteró la anterior pretensión.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso, con imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se admitió la documental propuesta y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 7 de noviembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución del Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 2 de junio de 2015, en virtud de la cual se impone a la entidad recurrente una sanción por importe de 300.000 euros, como responsable directo de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, por haber incumplido la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, 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).

En la resolución impugnada se declara probado que:

"PRIMERO.- Las solicitudes de portabilidad correspondientes a trescientas ochenta y una (381) numeraciones de titularidad del CTTI fueron rechazadas sucesivamente por OCAT, durante los meses de febrero a julio de 2013, ambos incluidos, mediante la utilización injustificada de diversas causas de denegación establecidas en la especificación técnica de portabilidad fija.

Contexto en el que se enmarca la conducta infractora.

El 1 de octubre de 2006, Al-Pi Telecomunicacions (actualmente OCAT) suscribió con el CTTI el Contrato de Servicios Corporativos de Voz y Datos, como adjudicataria de un concurso público convocado para la prestación de los servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente al CTTI.

Tras una prórroga de dos años, este contrato tenía acordada como fecha de vencimiento el 30 de septiembre de 2012, sin perjuicio del proceso de devolución de todos los servicios para su prestación por parte del nuevo adjudicatario. Esta última fase del contrato, destinada a la devolución de los servicios, debía durar un máximo de un (1) año, esto es, con finalización el 30 de septiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el citado contrato.

El 7 de diciembre de 2011, el CTTI anunció la apertura de un proceso de licitación que finalizó mediante Resolución de 28 de agosto de 2012, por la que se adjudicó provisionalmente el referido contrato a la UTE formada por Telefónica de España, S.A. unipersonal y Telefónica Móviles España, S.A. unipersonal.

En este proceso de licitación, la UTE formada por Orange y OCAT, que también había presentado su oferta, no estuvo de acuerdo con el informe y las valoraciones efectuadas por la Mesa Especial de Diálogo Competitivo.



Por ello, la UTE de Orange interpuso un recurso contra la citada resolución provisional de adjudicación ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en adelante, OARCC).

La interposición de este recurso supuso la suspensión automática de la ejecución de la citada resolución, en aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

El 22 de septiembre de 2012 el OARCC levantó la suspensión de la ejecución de la resolución provisional de adjudicación, al valorar el interés público derivado de la necesidad de que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones.

Levantada la suspensión de la ejecutividad de la resolución de adjudicación anterior, el CTTI y la UTE de Telefónica, el 1 de octubre de 2012, formalizaron el contrato de servicios.

Debido al próximo vencimiento del contrato que el CTTI mantenía con OCAT y que había que comenzar con la devolución de los servicios, con la finalidad de que pasaran a ser prestados por la nueva adjudicataria (UTE de Telefónica), el 11 y 16 de octubre de 2012, el CTTI y OCAT se reunieron para iniciar el precitado plan de devolución. No obstante, OCAT no firmó el acta levantada tras la reunión mantenida el 16 de octubre de 2012 por considerar que hasta que no se resolviera el recurso interpuesto por la UTE de Orange ante el OARCC no procedía iniciar el proceso de devolución de los servicios.

(...)

Con fecha 4 de noviembre de 2012, el OARCC dictó resolución estimando parcialmente el recurso interpuesto por la UTE de Orange, con respecto a la valoración de las mejoras presentadas por esta operadora en relación con el Acuerdo de Nivel de Servicios (ANS) aplicable a los servicios objeto de la nueva licitación.

En ejecución de dicha resolución el CTTI revisó el proceso de licitación volviendo a resultar como adjudicataria definitiva del referido contrato la UTE de Telefónica, al obtener de nuevo su oferta la mejor puntuación en su conjunto. El 3 de diciembre de 2012, el CTTI dictó una resolución confirmatoria de la adjudicación del contrato... a la UTE de Telefónica.

A la vista de la resolución del OARCC y del resultado obtenido en la revisión del proceso de adjudicación que realizó el CTTI, la UTE de Orange interpuso dos recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, uno contra la resolución del OARCC y otro contra la posterior resolución de confirmación de la adjudicación a Telefónica, solicitando en este último recurso una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución.

Como consecuencia de los hechos anteriores, el CTTI acordó con Telefónica, el 5 de diciembre de 2012, la elaboración de un Plan de Contingencia que se aprobó con fecha 24 de diciembre de 2012. Según Telefónica alegó en el seno del expediente RO 201315698, este plan estaba "(...) basado en realizar la interconexión mediante la red pública, la realización de peticiones de cambio de titularidad para asumir los servicios de dichas líneas, y diversos planes para afrontar el cambio de numeración".

· Las denegaciones irregulares de las solicitudes de portabilidad cursadas por Telefónica sobre las numeraciones titularidad del CTTI.

Justificándolo en la interposición de los precitados recursos por la UTE de Orange, OCAT se negó a reunirse con el CTTI y la UTE de Telefónica en varias ocasiones, por no reconocer a esta última como adjudicataria del contrato de servicios, tal y como se desprende de varios correos electrónicos intercambiados entre noviembre de 2012 y febrero de 2013.

Según se pudo acreditar en la propuesta de Resolución notificada por la instructora, el 12 de febrero de 2013, el CTTI solicitó a Telefónica que cursase la portabilidad de cincuenta (50) líneas telefónicas con conservación de la numeración. Dicha solicitud de portabilidad, firmada por una persona del CTTI que intervino en la reunión de 16 de octubre de 2012, ha sido aportada por Telefónica para acreditar este hecho. (...)

Las causas de denegación de la portabilidad utilizadas por OCAT en relación con las citadas numeraciones fueron la de "fuerza mayor" en la práctica generalidad de los casos, y la de "no correspondencia entre número administrativo y teléfono", para siete (7) numeraciones.

Adicionalmente, a través de otro informe de la AOP sobre 384 numeraciones del CTTI, aportado durante la instrucción del procedimiento..., se determinó que los procesos de portabilidad de un total de trescientas ochenta y tres (383) numeraciones de titularidad del CTTI que cursó Telefónica, entre las que se encuentran las citadas cincuenta (50) numeraciones anteriores, no lograron cursarse correctamente debido a que OCAT decidió denegarlos sucesivamente, desde

febrero hasta julio de 2013, en una media de más de cinco (5) veces por cada numeración, alegando las causas mencionadas anteriormente.

Esta información se pudo comprobar parcialmente también a través de otros informes de la AOP elaborados por el Nodo Central que fueron aportados tanto por Telefónica, en el seno del expediente..., como por Orange, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador..., sobre los procesos de portabilidad de sesenta y nueve (69) y cuatro (4) numeraciones del CTTI, respectivamente -las cuales forman parte de las 383 numeraciones citadas-. De dichos informes se desprende que los citados procesos fueron reiteradamente denegados por OCAT a través de la causa de "fuerza mayor".

Además, del citado informe de la AOP presentado por Orange se pudo observar que el motivo alegado por OCAT para denegar las portabilidades cursadas por Telefónica sobre numeración del CTTI era "Pdte TSJC resuelva petición suspensión cautelar adjudicación servicio".

El 21 de febrero de 2013, el TSJC se declaró incompetente para conocer del recurso interpuesto contra la resolución de confirmación de la adjudicación del contrato de servicios objeto de controversia. El 7 de junio de 2013, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona se hizo cargo del referido recurso, así como de la solicitud de medida cautelar de suspensión de su ejecución. Mediante auto de 5 de julio de 2013, dicho Juzgado acordó no adoptar la medida cautelar solicitada por la UTE de Orange..

El 23 de julio de 2013, tras el auto del Juzgado de Barcelona, OCAT accedió finalmente a reunirse con el CTTI y, tres días después (25 de julio de 2013), junto con Telefónica y la citada entidad pública -ambas reuniones celebradas en las dependencias del CTTI-, con el fin de que se llevara a cabo el proceso de devolución de los servicios. (...)

En el acta levantada el 23 de julio de 2013 entre el CTTI y OCAT, se comprueba como el CTTI expuso que con dicha reunión se estaba reactivando el Plan de devolución del Lote V, al considerar que ésta era continuidad de la reunión ya celebrada con dicho objeto el 11 de octubre de 2012. OCAT mostró su desacuerdo al entender que en ese momento no se estaba reactivando el Plan de devolución, sino que consideraba que lo estaban iniciando. En este mismo sentido, en el acta levantada el 25 de julio de 2013, si bien el personal de OCAT manifestó su intención de colaborar al 100% en la migración y estar totalmente alineado con el CTTI y Telefónica para cumplir los términos que se acordasen, OCAT también indicaba que, para ella, el inicio de la migración del servicio comenzaba en ese momento, ya que hasta el momento había un marco jurídico que le impedía actuar. En otra reunión mantenida el 31 de julio de 2013, OCAT volvió a manifestar que no era posible entregar a Telefónica el plan de devolución de los servicios prestados hasta el momento por Orange debido a que había un recurso jurídico en curso.

En relación con este aspecto, el CTTI recordó a OCAT, en la reunión de 25 de julio de 2013, que la activación del plan de devolución del servicio se le pidió en octubre de 2012. Asimismo, el CTTI indicó que había urgencias que se habrían de gestionar al margen de lo dispuesto en el plan global y, sobre todo, durante la ejecución del referido plan. Es más, se acordó que el CTTI indicaría cuales serían dichas urgencias y que, tanto OCAT como Telefónica, llevarían a cabo las actuaciones correspondientes para ejecutarlas, señalando como ejemplo las portabilidades.

(...)

SEGUNDO.- La negativa de OCAT a traspasar la prestación de los servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente del CTTI a Telefónica, en calidad de nueva adjudataria, provocó que un 11,2% de la numeración telefónica fija, cuya portabilidad fue rechazada entre febrero y julio de 2013, no fuera portada a Telefónica hasta octubre y noviembre de 2013; el 88,7% de la numeración restante finalmente no fue portada por diversas causas.

(...)

TERCERO.- Conclusión de los hechos probados.

De los Hechos Probados descritos se ha acreditado que OCAT, como operador asignatario de la numeración de titularidad del CTTI, durante los meses de febrero a julio de 2013, denegó indebidamente los procesos de portabilidad solicitados por el CTTI y tramitados por Telefónica sobre trescientas ochenta y una (381) numeraciones, mediante el uso irregular de diferentes causas de denegación reguladas en la especificación técnica, principalmente, la de "fuerza mayor", al objeto de impedir la portabilidad de la numeración del CTTI y, con ello, el traspaso a Telefónica de la prestación de los servicios que OCAT venía prestando a esta entidad pública.

Asimismo, se ha demostrado que esta conducta vino motivada por la disconformidad manifestada por la UTE de Orange, de la que forma parte OCAT, con la resolución de adjudicación de los servicios licitados por el CTTI a favor de Telefónica y la pendencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha UTE contra la citada resolución.



Finalmente, se ha acreditado que dicha negativa de OCAT a traspasar los servicios a Telefónica ha provocado que parte de las numeraciones del CTTI, cuyas portabilidades fueron solicitadas por Telefónica, no hayan podido portarse hasta octubre y noviembre de 2013 y que Telefónica haya tenido que buscar una solución alternativa para el resto de numeración al objeto de poder comenzar a prestar, en calidad de adjudicataria, los servicios de voz, videoconferencia y red inteligente al CTTI. Este hecho ha tenido evidentes efectos negativos para el interés público por cuanto que, cuando menos, se ha obstaculizado que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones."

Los hechos se califican como constitutivos de infracción del artículo 53.r) LGTel, que tipifica como infracción muy grave *"el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT 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 la resolución impugnada se expone que no es posible aceptar, como pretende OCAT, que las denegaciones de la portabilidad solicitadas por el CTTI y cursadas por Telefónica fueron correctas y conformes a derecho, como consecuencia de la tutela judicial que le asiste. La resolución recurrida era plenamente ejecutiva desde el momento en que se dictó y notificó a las partes interesadas, sin perjuicio del derecho que le asistía a OCAT de recurrir con posterioridad dichos actos de ejecución.

Por tanto, el CTTI tenía derecho a solicitar y obtener de OCAT la devolución de los servicios y, por tanto, la tramitación de las portabilidades de sus líneas hacia Telefónica, desde que el CTTI y Telefónica firmaron su contrato el 1 de octubre de 2012, y tras la resolución del OARCC de levantar la suspensión de la primera resolución de adjudicación de los servicios, el 22 de septiembre de 2012; y más aún, desde que la referida empresa pública dictó la resolución confirmatoria de la adjudicación de los servicios de nuevo a favor de Telefónica, el 3 de diciembre de 2012, tras la resolución del OARCC de fecha 4 de noviembre de 2012. OCAT debería haber tramitado dichas portabilidades siguiendo los procesos regulados por la Comisión o intentar llegar a un acuerdo con el CTTI y Telefónica sobre cómo proceder a la devolución de los servicios y las portabilidades de dichas líneas, antes de hacer un uso incorrecto de las causas de denegación reguladas en la Especificación técnica.

Se añade que la Especificación técnica, aprobada por la Resolución de 29 de julio de 2009, regula de forma taxativa, entre otras cuestiones, las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, siempre que dichas causas concurren. Contempla el uso de la causa de fuerza mayor para denegar las solicitudes de portabilidad, únicamente, cuando sobrevienen, con carácter excepcional, situaciones impredecibles o amenas a los operadores que hacen imposible, en la práctica, realizar los procesos de portabilidad al operador donante, como sucede en los casos de huelgas, catástrofes naturales, tales como son las inundaciones, incendios, o causas análogas.

Que OCAT denegó sucesiva y continuadamente, hasta cinco veces de media, las solicitudes de portabilidad que cursaba Telefónica sobre numeraciones del CTTI, utilizando reiteradamente de modo irregular la causa de fuerza mayor, alegando que estaba pendiente de resolución por el TSJC la petición de suspensión cautelar de la adjudicación del servicio o que estaba pendiente de comunicación del CTTI del plan de devolución, causas que no se pueden encuadrar en las situaciones imprevistas o ajenas a los operadores, que gozan del carácter de fuerza mayor. Habiéndose comprobado que, a partir de julio de 2013, OCAT comenzó también a utilizar irregularmente y de forma reiterada otra causa de denegación de las solicitudes de portabilidad, como es "Otras causas acordadas por operadores", cuando no existe un listado de causas específicas acordadas entre los operadores que motive la denegación de las portabilidades.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se combate la anterior resolución, invocando los siguientes motivos de impugnación:

1.- La Resolución impugnada es contraria al principio de tipicidad, toda vez que la conducta de la recurrente estaba amparada por el contrato que tenía con el CTTI, así como por el artículo 24 de la Constitución. Ello debe llevar a su revocación, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución y el artículo 129 de la Ley 30/1992.

Razona la actora que la imputación de infracción se basa en una interpretación formalista de la Especificación Técnica, que ignora la existencia de un contrato entre OCAT y el CTTI, que OCAT debía respetar y que debe aplicarse con carácter preferente a dicha Especificación, de conformidad con los principios de especialidad y de competencia; que ignora la existencia de derechos constitucionales que protegen bienes jurídicos superiores, tal y como es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución; que la CNMC ha resuelto una controversia contractual desde el punto de vista de un conflicto de acceso. Se añade que, cuando Telefónica formuló las solicitudes de portabilidad, estaba pendiente de la resolución por parte de los tribunales una medida cautelar; que no existía consentimiento del CTTI para proceder a portar las



líneas y, al no existir un programa de migración, de haber aceptado las solicitudes, la continuidad del servicio telefónico al CTTI hubiese peligrado, con evidente afección al interés público. Que la conducta de la actora no es subsumible en el artículo 53.r) de la LGTEL, por cuanto está amparada por su derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la Constitución.

2.- La Resolución impugnada ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 110 del TRLCAP y en los artículos 203.2 y 204.3 del RGLCAP, al sancionar a la actora por denegar portabilidades antes de que el CTTI procediese a la recepción formal del contrato.

Se expone, al respecto, que el CTTI estaba obligado a proceder a la recepción formal del contrato, como requisito previo para la devolución del servicio, y tal acto fue la Resolución de 1 de agosto de 2013, con anterioridad al cual, la actora no debía devolver el servicio, de manera que actuó con estricta sujeción a dicha normativa cuando rechazó las portabilidades solicitadas por Telefónica entre febrero y julio de 2013.

3.- La Resolución impugnada ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 3.b) y 10 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, en el artículo 18 de la LGTEL, así como en numerosos apartados de la Especificación Técnica, al sancionar a la actora por denegar portabilidades que el abonado (CTTI) no había solicitado de forma clara, formal e inequívoca.

En fundamento de este motivo se reitera que hasta la Resolución de 1 de agosto de 2013 no existió una solicitud clara, formal e inequívoca de cambio de portabilidad de numeración por parte del CTTI. Por ello, hasta esa fecha, OCAT no estaba habilitada para proceder a tramitar la portabilidad de la numeración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y 38.2 m) de la LGTEL, en la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, ("Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas") y en numerosos apartados de la Especificación Técnica.

4.- La Resolución impugnada es contraria al principio de culpabilidad, toda vez que la CNMC ha imputado una infracción sobre la base de una responsabilidad objetiva, lo que está proscrito por los artículos 25 y 24 de la Constitución y el artículo 130 de la Ley 30/1992. Ello debe llevar a su revocación.

Alega la recurrente que la CNMC ha considerado en abstracto la acción de denegar portabilidades y sobre la base de la existencia de una denegación, sin valorar correctamente los factores subjetivos que concurren, y ha tratado como un conflicto de acceso lo que realmente era un litigio contractual. La resolución impugnada defiende una interpretación formalista de la Especificación Técnica al margen del resto del ordenamiento jurídico que no sólo vulnera el artículo 24 de la Constitución y la normativa de contratación sino también el principio de culpabilidad recogido en el artículo 25 de la Constitución y el artículo 130 de la Ley 30/1992.

5.- La Resolución de 2 de junio de 2015 es contraria al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 56.2 de la LGTEL y el artículo 131 de la Ley 30/1992, lo que debe determinar su revocación.

Fundamenta tal motivo en que no se ha aplicado correctamente el límite máximo de la sanción previstos en el artículo 56.1 a) de la LGTEL

6.- La Resolución impugnada ha incurrido en arbitrariedad, proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda. Señalando que los documentos que la recurrente cita como no incluidos en el expediente -lo que le originaría indefensión- son en su mayoría (15 de 21) acuses de recibo; los documentos que constituyen propiamente "escritos" (folios 57, 59, 95 y 543) fueron aportados en su totalidad por Orange Espagne S.A.U. (Orange), sociedad matriz de OCAT -sociedad actualmente disuelta y absorbida por la propia matriz Orange- y que, por tanto, deben estar en manos de la entidad recurrente; de dichos documentos sólo hay uno que incluya alegaciones de fondo (folio 95) y el resto son meras solicitudes de ampliación de plazos. El resto de documentos cuya incorporación ha solicitado la actora fueron aportados o bien por OCAT o bien por su sociedad matriz, Orange; la contestación del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (CTTI), se limita a acompañar documentos que también ya deberían estar en manos de OCAT; el documento núm.23 del expediente -contestación de la Asociación de Operadores- para la Portabilidad (AOP) al requerimiento de información de la CNMC fue remitido a la Audiencia Nacional y existe una declaración expresa de confidencialidad de parte del contenido de dicho documento efectuada por la CNMC.

Rechaza que la resolución impugnada haya confundido un conflicto de acceso con un litigio contractual, así como el resto de motivos de impugnación.

Concretamente, destaca la siguiente secuencia de hechos: el día 22 de septiembre de 2012, el Órgano de resolución de recursos contractuales de la Generalitat de Catalunya (OARCC) levantó la suspensión de la ejecución de la resolución provisional de adjudicación, al valorar el interés público derivado de la necesidad



de que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones; el 1 de octubre de 2012, el CTTI y la UTE de Telefónica formalizaron el contrato de servicios; el 11 y 16 de octubre de 2012, el CTTI y OCAT se reunieron para iniciar el plan de devolución, dada la proximidad del vencimiento del contrato que el CTTI mantenía con OCAT, sin embargo, OCAT no firmó el acta levantada tras la reunión mantenida el 16 de octubre por considerar que hasta que no se resolviera el recurso interpuesto por la UTE de Orange ante el OARCC no procedía iniciar el proceso de devolución de los servicios; resuelto el recurso ante el OARCC, parcialmente estimatorio para OCAT, el CTTI revisó el proceso de licitación volviendo a resultar adjudicataria definitiva del referido contrato la UTE de Telefónica; el 3 de diciembre de 2012, el CTTI dictó una resolución confirmatoria de la adjudicación del contrato; la UTE de Orange interpuso dos recursos contencioso-administrativos ante el TSJC, uno contra la resolución del OARCC y otro contra la posterior resolución del CTTI de confirmación de la adjudicación a Telefónica, solicitando en este último recurso una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución; la medida cautelar fue denegada por el TSJ, siéndole notificada la denegación el 22 de julio de 2013; la resolución administrativa de adjudicación a Telefónica seguía siendo un acto administrativo plenamente ejecutivo y con efectos inmediatos, según los entonces aplicables artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992; el CTTI solicitó expresamente por Burofax el día 12 de febrero de 2018 el cambio de titularidad de la numeración.

CUARTO: Re sulta del expediente administrativo que, con fecha 27 de marzo de 2013, Telefónica planteó ante la CMT conflicto de portabilidad frente a Orange, por establecer obstáculos y denegar las solicitudes de portabilidad de numeración fija al objeto de impedir la migración de los servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (CTTI); dicho conflicto fue resuelto por Resolución de la CMT de 19/09/2013, en la que se acordó, en su Resuelve Tercero: *"Iniciar procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado (r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador"*.

Recabada por la Instructora información de OCAT, Telefónica, Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP) y CTTI, y cumplimentados los requerimientos para ello, la Instructora emitió Propuesta de Resolución en la que se analizan las alegaciones de Orange, OCAT, el CTTI, Telefónica y la AOP, y se considera probado que "las solicitudes de portabilidad correspondientes a trescientas ochenta y seis (386) numeraciones de titularidad del CTTI fueron rechazadas sucesivamente por OCAT, durante los meses de febrero a julio de 2013, ambos incluidos, mediante la utilización injustificada de diversas causas de denegación establecidas en la especificación técnica de portabilidad fija". Expone la Instructora que OCAT se negó reiteradamente a reunirse con el CTTI y la UTE de Telefónica, por no reconocer a esta última como adjudicataria del contrato de servicios a prestar al CTTI, pese a lo cual, el 12 de febrero de 2013, el CTTI solicitó a Telefónica que cursase la portabilidad de cincuenta (50) líneas telefónicas con conservación de la numeración; dicha solicitud de portabilidad, fue firmada por una persona del CTTI que intervino en la reunión de 16 de octubre de 2012; que, con la información proporcionada por la AOP en un primer informe elaborado por el Nodo Central, se ha podido demostrar que los citados procesos de portabilidad, referentes a las cincuenta (50) numeraciones asociadas a las líneas del CTTI, fueron denegados por OCAT, alegando fuerza mayor", en la práctica generalidad de los casos, o "no correspondencia entre número administrativo y teléfono", para siete (7) de las numeraciones; que, a través de otro informe de la AOP, requerido durante la instrucción del procedimiento, se ha podido demostrar que los procesos de portabilidad de un total de trescientas sesenta y ocho (368) numeraciones de titularidad del CTTI que cursó Telefónica, entre las que se encuentran las citadas cincuenta (50) numeraciones anteriores, no lograron cursarse correctamente debido a que OCAT decidió denegarlos sucesivamente, desde febrero hasta julio de 2013, en una media de más cinco (5) veces por cada numeración, alegando las causas mencionadas anteriormente. Tras la denegación de la medida cautelar solicitada, de suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 3 de diciembre de 2012, de ratificación de la adjudicación del contrato a Telefónica, OCAT accedió a reunirse con el CTTI y, tres días después (25 de julio de 2013), junto con Telefónica y la citada entidad pública, insistiendo en que el inicio de la migración del servicio comenzaba en ese momento, ya que hasta el momento había un marco jurídico que le impedía actuar; por otra parte, del informe aportado por la AOP se desprende que durante julio de 2013 OCAT continuó denegando las portabilidades que Telefónica cursaba sobre numeración del CTTI utilizando como causa de denegación *"Otras causas acordadas por operadores"*, cuando, de conformidad con la información que la AOP ha proporcionado a la Comisión, no existía un listado de causas específicas acordadas entre los operadores que motivase la denegación de la portabilidad.

Tras razonar sobre la tipificación de los hechos probados en el art. 53.r) de la LGTel de 2003, en relación con la Resolución de la CMT de 29 de julio de 2009, que contempla de forma taxativa las causas de



denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, siempre que dichas causas concurren; la concurrencia del elemento de culpabilidad en Orange, la Instructora propuso archivar el expediente sancionador incoado contra Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal.

Con fecha 17 de julio de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió en tal sentido.

En resolución de la misma fecha se acuerda incoar procedimiento sancionador a OCAT por los hechos referidos.

La interesada presentó escrito de alegaciones, con fecha 17/09/2014, instando el archivo del expediente sancionador. Y tras los pertinentes requerimientos de información y práctica de diligencias, la Instructora dictó Propuesta de Resolución, en la que se declara probado que: *"Las solicitudes de portabilidad correspondientes a trescientas ochenta y tres (383) numeraciones de titularidad del CTTI fueron rechazadas sucesivamente por OCAT, durante los meses de febrero a julio de 2013, ambos incluidos, mediante la utilización injustificada de diversas causas de denegación establecidas en la especificación técnica de portabilidad fija."* Se concluye que esta conducta vino motivada por la disconformidad manifestada por la UTE de Orange, de la que forma parte OCAT, con la resolución de adjudicación de los servicios licitados por el CTTI a favor de Telefónica y la pendencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha UTE contra la citada resolución. Y que se ha acreditado que dicha negativa de OCAT a traspasar los servicios a Telefónica ha provocado que parte de las numeraciones del CTTI, cuyas portabilidades fueron cursadas por Telefónica, no hayan podido portarse hasta octubre y noviembre de 2013 y que Telefónica haya tenido que buscar una solución alternativa para el resto de numeración al objeto de poder comenzar a prestar, en calidad de adjudicataria, los servicios de voz, videoconferencia y red inteligente al CTTI.

Se propone que se declare responsable directo a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, 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), debido al uso indebido de las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad y el consecuente incumplimiento del plazo regulado para su tramitación. Y que se imponga a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A., sociedad unipersonal, una sanción por importe de trescientos mil euros (300.000 €).

OCAT presentó alegaciones oponiéndose a la Propuesta de resolución, en términos esencialmente coincidentes con los motivos de impugnación deducidos en la demanda de este recurso.

QUINTO: En fundamento de este recurso viene a reiterar la entidad actora los mismos argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento sancionador, tratando de justificar su conducta en el entendimiento de que su contrato con CTTI estaba en vigor en el periodo temporal al que se concreta el incumplimiento que se le imputa. Y para ello, se escuda en las incidencias promovidas en el ámbito contractual por la propia entidad recurrente, tendentes a impedir la eficacia de la adjudicación del contrato a Telefónica, impugnando dicha adjudicación, solicitando en sede judicial la medida cautelar de suspensión -que le fue denegada- y negándose a tramitar los procesos de portabilidad solicitados por CTTI a través de Telefónica.

Sostiene la recurrente que la resolución impugnada vulnera los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad, infringe los artículos 24, 25 y 9.3 de la Constitución, el artículo 110 del TRLCAP y los preceptos reglamentarios conexos, los arriba mencionados preceptos de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, el artículo 18 LGTel, los artículos 130 y 131 de la Ley 30/1992, y el artículo 56 de la LGTel.

A la vista de las alegaciones de la recurrente, hemos de comenzar por situar su posición, en su condición de operador de telecomunicaciones, en relación con las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y, más concretamente, en el ámbito del procedimiento de portabilidad.

La Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, establecía en su artículo 18 que *"Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo."*

Entre los derechos de los consumidores y usuarios finales, recoge en su artículo 38.2 apartado m) *"El derecho al cambio de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple en el plazo máximo de un día laborable (...)"*



El Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005, en su artículo 2 sujeta a los derechos y obligaciones regulados en ese reglamento a "los operadores y a los que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público".

Tras regular en los artículos 18 y 19 las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas y a los operadores que exploten redes telefónicas públicas, respectivamente, en el artículo 20 de dicho reglamento se regulan las condiciones exigibles a los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público. Entre las condiciones exigibles se incluye, en el apartado e), la de "garantizar la conservación del número del abonado en los supuestos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en su normativa de desarrollo".

En el presente caso, la entidad recurrente tenía la condición operador asignatario de la numeración titularidad del CTTI, en virtud de un contrato de Servicios Corporativos de Voz y Datos, suscrito el 1 de octubre de 2006, con fecha de vencimiento el 30 de septiembre de 2012, quedando establecido que el proceso de devolución de todos los servicios para su prestación por parte del nuevo adjudicatario durase como máximo 1 año. Y, conforme a ello, a finales de 2011 se anunció el inicio de un proceso de licitación, resultando adjudicataria la UTE Telefónica, en Resolución de 28 de agosto de 2012. Esta resolución fue impugnada en vía administrativa por la UTE de Orange (Orange y OCAT), con la consecuencia -ex lege- de la suspensión automática de la ejecutividad de esa resolución; suspensión que quedó levantada el 22/09/2012, en atención al "interés público derivado de la necesidad de que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones". Con fecha 1 de octubre de 2012, se formalizó el contrato entre el CTTI y la UTE de Telefónica; habiendo vencido el día anterior el contrato de OCAT con el CTTI, debiendo comenzar la devolución de los servicios. No obstante, al dictar resolución el OARCC, con fecha 4 de noviembre de 2012, estimando en parte el recurso interpuesto por la UTE de Orange contra la adjudicación a Telefónica, el CTTI hubo de revisar el procedimiento y dictó nueva resolución, de fecha 3 de diciembre de 2012, confirmando la adjudicación del contrato a la UTE de Telefónica.

Pues bien, pese a que OCAT recurrió en vía contencioso-administrativa esta resolución, en ningún momento se acordó la suspensión cautelar de la misma, ya que la medida solicitada fue denegada. Y, en todo caso, el contrato con OCAT estaba vencido y abierto en procedimiento de devolución de los servicios.

Por otra parte, consta en el expediente que, en contra de lo que alega la recurrente, a petición del CTTI, Telefónica cursó la portabilidad de cincuenta (50) líneas telefónicas con conservación de la numeración, viniendo firmada por una persona del CTTI la solicitud de portabilidad. Consta igualmente acreditada la negativa de OCAT a dar curso al proceso de portabilidad. En definitiva, OCAT denegó sucesivamente, desde febrero hasta julio de 2013 los procesos de portabilidad de un total de 381 numeraciones de titularidad del CTTI que cursó Telefónica, tal como acreditan los informes de la AOP.

No cabe acoger los argumentos desplegados por la recurrente en su escrito de demanda, tendentes a justificar que su conducta no integra el tipo infractor del artículo 53 r) de la Ley 32/2003, por incumplimiento de la citada resolución de la CMT, estando en todo caso exenta de responsabilidad, por estar su conducta incardinada en un conflicto contractual.

La conducta de OCAT, tal como resulta evidenciada por sus actuaciones, evidencia su actitud claramente renuente a acatar la adjudicación del contrato a Telefónica, oponiéndose de manera abierta y contumaz a dar curso a las solicitudes de portabilidad del operador adjudicatario, suscritas por el CTTI, con la excusa de la existencia de un procedimiento contra la resolución de adjudicación. Y constituye un evidente incumplimiento de la Resolución de la CMT 29 de julio de 2009, que establece las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, cuando tales causas concurren.

Entiende la Sala que no se ha vulnerado el principio de tipicidad, por las razones expuestas, tampoco el de culpabilidad ni los preceptos legales y reglamentario invocados por la recurrente. Por el contrario, la conducta examinada y debidamente acreditada en el expediente administrativo, en cuya tramitación no se observa ningún vicio procedimental determinante de nulidad, constituye un incumplimiento de la resolución de la CMT de 29 de julio de 2009, siendo constitutiva del tipo infractor del artículo 53 r) Ley 32/2003.

Disponía el art. 130.1 de la Ley 30/1992:

"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."

Esta Sala ya ha dicho, en sentencias de fecha 18/01/10, 12/03/12, 30/11/15, entre otras, que el precepto del art. 53. r) LGTel no articula una infracción necesariamente dolosa, y menos aún sobreañade un elemento subjetivo del injusto a ese dolo básico. Contrariamente, el incumplimiento previsto puede producirse por culpa o dolo y,



en este último caso, puede serlo con dolo básico o con una voluntad de incumplimiento extendida en el tiempo que revele la persistencia o gravedad de la intención.

En el presente caso, como hemos dicho, la conducta la recurrente se revela claramente rebelde al cumplimiento de la obligación de dar curso a las portabilidades solicitadas, alegando causas de denegación no concurrentes.

Comparte la Sala los fundados razonamientos de la resolución sancionadora al respecto.

SEXTO: En cuanto al principio de proporcionalidad, en la resolución se exponen los criterios de graduación de la sanción, se aprecia la circunstancia atenuante de la responsabilidad de escasa repercusión social de la infracción cometida, se tiene en cuenta la situación económica del operador, razonando que "... OCAT mantuvo su conducta durante 6 meses y que su socio único es Orange Espagne, S.A., empresa que cuenta con un capital social suscrito y desembolsado por valor de 4.390.660.371 euros, según consta en el Registro Mercantil Central. Asimismo, se valora que la infracción cometida ha tenido evidentes efectos negativos para el interés público por cuanto que, cuando menos, se ha obstaculizado, en beneficio de la infractora, que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones.

Tomando en consideración el importe de la sanción a imponer por aplicación del art. 56 de la LGTel de 2003 y en aplicación del artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014, se expone que, dado que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por esta infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 20 millones de euros. Esta conclusión no se ve afectada por la entrada en vigor de la nueva LGTel de 2014, que mantiene en su artículo 79.1.a) el límite máximo de la sanción en 20 millones de euros o un criterio relativo al beneficio obtenido por la empresa -que no ha podido determinarse- para este tipo de infracción.

Es evidente que la sanción impuesta está muy alejada del límite máximo prevista para ella, por lo que no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, están debidamente motivadas las circunstancias tomadas en consideración por la CNMC para determinar el importe de la sanción. Sin que de lo actuado en este recurso resulte elemento valorativo acreditado que permita corregir el criterio del órgano regulador sancionador.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena a costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. José Rafael Ros Fernández**, en nombre y representación de **Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A.U. ("OCAT")**, sucedida por ORANGE ESPAGNE SAU, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 2 de junio de 2015, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Con condena en costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.