



Roj: **SAN 4652/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:4652**

Id Cendoj: **28079230082015100671**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/12/2015**

Nº de Recurso: **228/2014**

Nº de Resolución: **22/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000228 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02366/2014

Demandante: DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, SA

Procurador: D^a. M^a. JESÚS MATEO HERRANZ

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:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a catorce de diciembre de dos mil quince.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **228/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. M^a. Jesús Mateo Herranz**, en nombre y representación de **DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, SA**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de marzo de 2014, 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.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de marzo de 2014, en la que se declara a la 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, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de la numeración de servicios de telefonía móvil. Se le impone una sanción económica de 10.000 €.

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.

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.

CUARTO: Habiendo 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 9 de diciembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de marzo de 2014, en virtud de la cual se impone a la entidad recurrente una sanción por importe de 10.000 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 de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de la numeración de servicios de telefonía móvil

En la resolución impugnada se declara probado que:

«- Diamóvil es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange.

De tal manera que, Diamóvil no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían desde el sistema SGP de Orange para su posterior grabación.

- El procedimiento empleado por Diamóvil para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad retrasa -en una media de cuatro días- el inicio de dicha tramitación, a contar desde que las solicitudes fueron entregadas en el apartado de correos del operador.

- Diamóvil conservó las doce solicitudes de portabilidad cursadas a través de su único canal de venta -supermercados- de las fechas analizadas.

- El formulario de dichas solicitudes contenía, entre otros, los siguientes campos de información a cumplimentar: "la fecha y hora de la solicitud de portabilidad" y "la fecha deseada para portar". Sin embargo, Diamóvil no consignó la fecha y hora en que le fueron entregadas las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 en su apartado de correos, esto es, cuando tuvo conocimiento de la voluntad de los abonados a portar su numeración. A partir de ese momento, se inicia el cómputo del plazo de 1 día laborable, en el que los abonados tienen derecho a ver ejecutada la portabilidad.

- Desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, la hora de las solicitudes de Diamóvil grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil no eran la fecha y hora real de las solicitudes firmadas por los abonados, sino que se calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.

- Diamóvil no grabó las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su entrega en el apartado de correos.»

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".



La Resolución de 7 de julio de 2011, cuyo incumplimiento se sanciona, procedió a reducir el plazo para hacer efectiva la portabilidad en 24 horas -un día hábil- desde la contratación de los servicios; de forma que, desde la puesta efectiva en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad móvil el día 4 de junio de 2012, los usuarios y abonados tienen derecho a cambiarse de prestador de servicio telefónico móvil conservando la numeración telefónica móvil en el plazo de 24 horas. Y ello 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 la resolución impugnada se expone que 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).

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.

En particular, Diamóvil es un OMVPS, esto es, un revendedor del servicio telefónico móvil disponible al público que 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, en virtud del artículo 20 e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas. 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.

Se añade que, aunque Diamóvil sólo participa en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange, por lo que no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían, desde el sistema SGP de Orange, al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación, puesto que los abonados son clientes de Diamóvil -y no del operador móvil de red subyacente- éste es responsable directo frente sus abonados de asegurarles el derecho al cambio de operador con conservación de la numeración y, por tanto, es responsable de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad.

Se considera que los hechos probados constituyen infracción del artículo 53 r) LGTel, por incumplimiento de la citada resolución de 7 de julio de 2011.

La Sala de Supervisión Regulatoria concluye que Diamóvil no ha actuado con la diligencia que le es exigible a un operador, quedando acreditada la existencia del elemento de culpabilidad en las conductas imputadas.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se combate la anterior resolución, alegando que DIA es OMVPS (operador móvil virtual prestador de servicio) sin derecho a la asignación de numeración, que lo único que hace es incluir su marca en la tarjeta SIM y realizar laborales comerciales y sin que pueda llevar a cabo la ejecución técnica de la portabilidad, que corresponde únicamente al operador de red, Orange. Viéndose incluida en el procedimiento porque Orange estaba siendo inspeccionada como consecuencia de la denuncia formulada por Vodafone.

Tras denunciar anomalías en la tramitación del procedimiento sancionador, invoca como motivos de impugnación:

1.- Nulidad de la resolución impugnada por vulnerar los principios de tipicidad y de responsabilidad en relación con la falta de consignación de la fecha y hora en las solicitudes de portabilidad entregadas en el apartado de correos.



Razona la actora que los hechos que se le imputan no son subsumibles en el tipo infractor del art. 53 r) LGTel, por lo que la resolución vulnera el artículo 25 de la Constitución Española y, en el ámbito administrativo sancionador, en los artículos 129.1 y 130.1 de la LRJPAC.

En relación con la falta de consignación de la fecha y hora en las solicitudes de portabilidad entregadas en el apartado de correos, señala que en las Especificaciones Técnicas de portabilidad móvil no se exige que los operadores móviles virtuales prestadores de servicio sin derecho a la asignación de numeración deban ser los que consignen la fecha y hora en la solicitud de portabilidad, sino que, conforme con el apartado 8 sobre Requisitos a incluir en las solicitudes de Portabilidad Móvil del Abonado, es el solicitante de la portabilidad el que debe incluir dicho dato en la solicitud.

Razona que se ha impuesto una sanción a DIA sin que sea responsable de la presunta conducta infractora a título de culpa o dolo. Exponiendo que el procedimiento que ha de seguir el abonado y que tiene dispuesto DIA para la tramitación de la portabilidad se inicia con la compra por el cliente del pack de portabilidad en el establecimiento de DIA, obtenida la información previa del dependiente o encargado del stand. Una vez adquirido el pack, y fuera del establecimiento de DIA, el cliente cumplimenta la solicitud ya sea en su casa o en cualquier otro lugar sin la presencia de personal de DIA, de conformidad con el manual de instrucciones, siempre y cuando se lo haya leído. En caso contrario, añade los datos que él mismo considera relevantes, que no siempre coinciden con todos los datos legalmente exigibles. En el momento de la adquisición del pack de portabilidad, los dependientes del establecimiento DIA informan, con detalle, los pasos que han de seguir los clientes. No obstante, con posterioridad, el cliente hace lo que estima conveniente. Cumplimentada la solicitud, el cliente es quien envía por correo postal la misma al apartado de correos determinado y utilizando para ello el sobre pre-franqueado por DIA incluido en el pack. De manera que, dado el procedimiento que utiliza DIA para la tramitación de las solicitudes de portabilidad móvil, se desconocen en absoluto determinados datos que deben cumplimentar y no cumplimentan los abonados en el impreso facilitado al efecto, sin que DIA pueda controlar si cumplimentan o no correctamente el mismo.

En consecuencia, la falta de consignación de la fecha y hora en la solicitud de portabilidad móvil no deriva de la voluntad ni responsabilidad de DIA porque, es el solicitante quien debe cumplimentar dicho dato.

2.- Nulidad de la resolución impugnada por vulnerar los principios de tipicidad y de responsabilidad en relación con la falta de grabación en el nodo central de las solicitudes de portabilidad dentro del plazo de medio día hábil desde su perfeccionamiento.

Se fundamenta este motivo en que la Administración parte de la premisa errónea de considerar que la aceptación de las solicitudes de portabilidad se producía con la entrega de dichas solicitudes en el apartado de correos facilitado por DIA a tal efecto, interpretando incorrectamente la STS de 17 de septiembre de 2010 y aplicando indebidamente el criterio de la cognición matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de aceptación en un supuesto de notificación del ejercicio de una opción de compra, que lleva a la Administración a concluir que las solicitudes de portabilidad fueron perfeccionadas cuando éstas fueron entregadas en el apartado de correos de DIA y no cuando fueron entregadas a Unísono y validadas por ésta.

Se expone que, de acuerdo con la teoría de la cognición que tanto el Código Civil como la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene, como principio general, resulta evidente que DIA conoce la solicitud de portabilidad en el momento en que la recibe en Unísono para su tramitación.

Teniendo en cuenta la fecha de recogida de las solicitudes de portabilidad del apartado de correos, y no la fecha en que son depositadas en el mismo, en contra de lo que sostiene la Administración, en las alegaciones presentadas frente a la Propuesta de resolución, sí quedó fehacientemente acreditado que DIA cumplió con la obligación de recoger y enviar las solicitudes de portabilidad al responsable de descargarlas al Nodo Central en los términos normativamente establecidos, tal como consta en el Anexo 1 del referido escrito, que es copia del albarán emitido por Correos de entrega de las 15 solicitudes recibidas, entre las que se encontraban las doce a las que se hace referencia en el expediente, así como copia del albarán de entrega del gestor del apartado de correos (MGP Marketing y Gestión Postal) a Unísono, de ese mismo día, día en el que fueron tramitadas las solicitudes, con lo que quedaría probado que DIA no cometió la infracción que se le imputa.

Por otra parte, DIA no tiene acceso directo al Nodo Central y, en consecuencia, no puede grabar datos en el mismo.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda. Señalando que no cabe acoger los argumentos de la recurrente, pues Diamóvil es un operador móvil virtual prestador del servicio sin derecho a la asignación de numeración, esto es, un revendedor del servicio telefónico móvil disponible al público que 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, en virtud del artículo 20 e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Si bien Diamóvil participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil, pues la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a Orange, al ser el derecho a la conservación de la numeración o portabilidad un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, es responsabilidad de los operadores que explotan la red o prestan el servicio, garantizar su ejercicio.

Afirma que, conforme al apartado 5.2 último párrafo la Especificación técnica de portabilidad móvil, la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor -u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de cancelación o denegación de la misma. Mientras que el apartado 8 enumera la información de carácter mínimo que deben contener las solicitudes de portabilidad, cualquiera que sea su soporte. De entre la información de carácter general exigida se encuentra la "fecha y hora de cumplimentación de la solicitud" por el abonado y (ii) "el momento deseado para portar que es el día/mes/año en el que abonado desea que se lleve a cabo la portabilidad, con las limitaciones ya indicadas (como máximo se aceptará una diferencia de un mes entre la fecha de la solicitud y la que el abonado desea para que se produzca la portabilidad). Si no se rellena este campo se tomarían por defecto los tiempos y fechas establecidos en los presentes procedimientos administrativos".

Razona el Abogado del Estado que, al haberse establecido un mecanismo por virtud del cual los clientes de Diamóvil, al firmar sus solicitudes de portabilidad, se encuentran en un lugar distinto del propio establecimiento del operador, se impide que la fecha y hora señaladas en la solicitud sea efectivamente la tenida en cuenta para la portabilidad efectiva de numeración, pues hasta el momento de la recepción de las solicitudes en su apartado de correos no puede Diamóvil conocer el momento en que los clientes han dado su consentimiento a tal portabilidad. Al no aportar este operador acreditación fehaciente del momento de recepción de tales solicitudes -como acuses de recibo, sellos de mensajería u otros-, se está incumpliendo en la referida Especificación Técnica. Por lo cual, la conducta desplegada por Diamóvil es plenamente incardinable en el tipo infractor.

Siendo exigible a Diamóvil la diligencia debida para el cumplimiento de la Especificación Técnica en orden a garantizar la portabilidad móvil en el plazo de 24 horas, su responsabilidad es también incuestionable. Y tal conducta le es imputable a título de negligencia, desde el momento en que "conociendo este operador la importancia que tienen tales obligaciones, tenía que haber puesto una mayor diligencia debida en el cumplimiento de las mismas".

Se concluye que el procedimiento aprobado por Diamóvil para tramitar las solicitudes de portabilidad de sus clientes, supone un incumplimiento de la Especificación Técnica, al entorpecer el derecho de aquéllos a que el cambio de operador con conservación de numeración se hiciera efectivo en el plazo de un día laborable, pudiendo haberse evitado este resultado mediante la observancia de un mayor grado de diligencia, máxime siendo sabedor de la importancia de sus obligaciones como operador.

Rechaza también el Abogado del Estado la alegada vulneración de los principios de tipicidad y de culpabilidad en lo tocante a la grabación en el Nodo Central de las solicitudes de portabilidad dentro del plazo de medio día hábil desde su perfeccionamiento. Considera que ha quedado probado en el expediente sancionador que, en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2012 y el 22 de marzo de 2013, la hora grabada en el Nodo Central no coincidía necesariamente con la hora consignada en las solicitudes de portabilidad cursadas por Diamóvil.

La Resolución de 7 de julio de 2011, en línea con la Directiva 2009/136/CE, señala expresamente que "el proceso de portabilidad se inicia cuando el abonado alcanza un acuerdo con el operador receptor. 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 debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborales 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".

La Especificación Técnica establece en el apartado 5.2, último párrafo, que "la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor -u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la



portabilidad efectiva de la numeración...". Luego, si por el procedimiento arbitrado por Diamóvil no había modo de saber de manera fehaciente el momento efectivo de recepción de la solicitud de portabilidad realizado por el abonado, se está ya incumpliendo la Especificación, que fija tal momento -el de la "entrega de la solicitud"- como el día a quo o momento a partir del cual deba iniciarse el procedimiento entre operadores para el cambio de numeración, dentro del señalado plazo de un día hábil (24 horas).

Por otra parte, la Especificación Técnica (apartado 6.1.3) señala, entre los campos de información obligatorios de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar para la creación y grabación de una solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central, "la fecha y la hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor". De manera que, aunque Diamóvil no sea la entidad que materialmente gestiona la grabación de las solicitudes, es la responsable de que la fecha y la hora en que el abonado ha realizado su solicitud se correspondan con la realidad. A tal fin, deberá arbitrar los procedimientos o mecanismos precisos para evitar que haya retrasos o distorsiones en el reflejo de tal información en el Nodo Central, como base de datos de la numeración telefónica móvil portada, y servidor central al que acceden todos los operadores móviles para procesar, entre otras gestiones, las solicitudes de alta de portabilidad.

Por ello, entiende que la infracción apreciada por la CNMC es plenamente imputable a Diamóvil a título de simple negligencia.

CUARTO: Resulta del expediente administrativo que las actuaciones comenzaron por una denuncia presentada ante la CMT por Vodafone España, SAU, contra Orange y sus operadores móviles virtuales con acceso a su red, entre los que se encuentra DIA, por supuestas irregularidades en las solicitudes de alta de portabilidad grabadas en el Nodo Central durante el mes de julio de 2012, consistentes en la ocultación fraudulenta de la fecha y hora real en la que el abonado ha firmado la solicitud de portabilidad, y en acumular intencionadamente las solicitudes de portabilidad para su carga en el Nodo Central a determinadas horas del día.

Abierto un periodo de información pública, en virtud de resolución de 13 de septiembre de 2012, en el que la Comisión seleccionó de forma aleatoria 3 días concretos, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos, se requirió a los operadores objeto de la denuncia para que aportasen información relativa a las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone como operador donante durante los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, detallando, entre otras cuestiones, (i) la fecha y hora en que el abonado firmó la solicitud en el operador receptor, (ii) la fecha, hora y minuto de la solicitud que se introdujo en el Nodo Central y, (iii) la aportación de las copias de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Cumplimentado el requerimiento por DIA, en resolución de la CMT de fecha 14/02/2013, se pone fin al periodo de información previa y se acuerda iniciar un procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A., (Orange) y otros operadores, entre ellos Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., por el presunto incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de portabilidad móvil.

DIA presentó escrito de alegaciones, siéndole remitido un nuevo requerimiento de información, en el que se le solicitaba:

El tiempo de media aproximado en la recepción de las solicitudes de portabilidad desde que se envían por correo postal. DIA [que ha externalizado en la empresa Unísono Soluciones de Negocio, S.A. -en adelante, Unísono- la gestión de la grabación de las solicitudes de portabilidad en el sistema Siebel de France Telecom España, S.A.U -en adelante, Orange-] afirma que "el gestor del apartado de correos recoge las solicitudes de portabilidad dos veces por semana y, en todo caso, los días 1 y 15 de cada mes, y las hace llegar a la sede de Unísono". A este respecto, interesa conocer:

- Si se han fijado días y horas concretas para la recogida de las solicitudes de portabilidad en el apartado de correos. En caso, afirmativo, ¿Cuáles son los días y horas concretas?
- El tiempo de tardanza en que el gestor de correos las envía a la sede de Unísono.

En relación con la introducción de la información contenida en las solicitudes de portabilidad recibidas en el sistema Siebel de Orange, interesa conocer:

- Confirmar si DIA puede introducir en Siebel la fecha y hora consignada en la solicitud de portabilidad del abonado y en qué campo.
- En qué campo se introduce la Fecha de ventana de cambio elegida por el abonado.
- Aportar un "Pack de portabilidad" que comercializa DIA en sus puntos de venta.
- DIA afirma que está en proceso de solventar el error advertido en las solicitudes de portabilidad para su adecuación a las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. A este respecto, interesa conocer:



La fecha prevista en que dicha modificación será efectivamente implementada.

En el escrito de alegaciones presentado por DIA se afirma que DÍA tarda, de media, 7 días hábiles en recibir las solicitudes de portabilidad desde que se envían por correo postal. Una vez recibidas las solicitudes de portabilidad por parte de Unísono, DÍA está tardando de media entre 2 y 5 minutos (en función de que esté o no creada la cuenta del cliente) en gestionar las portabilidades recibidas. No obstante, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, los formularios no vienen rellenos de manera correcta o completa. Es esos casos, DÍA llama al cliente para que éste aporte el dato correcto que DÍA necesita. Las solicitudes de portabilidad se recogen del apartado de correos los lunes y miércoles y los días 1 y 15 de cada mes, entre las 8:30 y las 8:45 horas. El gestor de correos las envía a la sede de Unísono en el plazo de un día hábil.

DÍA, a través de Unísono, no puede reflejar en el sistema Siebel de Orange la fecha y hora de solicitud del cliente consignada en la solicitud de portabilidad. El campo de Siebel denominado "Fecha Solicitud" lo que refleja es la fecha y hora del día en que estamos tramitando dicha portabilidad. La fecha y hora a tomar en cuenta es la de recepción de la carta por parte de DÍA.

Tras un nuevo requerimiento de información, contestado por DIA, se emitió propuesta de resolución, en la que se calificaba los hechos como constitutivos de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, y proponía una sanción económica por importe veinte mil (20.000) euros.

DIA presentó escrito de alegaciones, en el que razonaba que no se había producido el incumplimiento que se le imputaba, reproduciendo en esencia lo expuesto en su anterior escrito alegaciones. Reitera que es al propio abonado a quien corresponde aportar la información requerida en la solicitud de portabilidad, así como la fecha y hora a que se refiere la Especificación técnica, que es la de cumplimentación de la solicitud y no la de recepción, cumpliendo el operador con su obligación al facilitar al abonado un formulario de solicitud con el contenido previsto la Especificación técnica. Y en cuanto al incumplimiento que se imputa en relación con la grabación de las solicitudes de portabilidad, señala que el momento de perfección de las solicitudes no es la entrega en el apartado de Correos sino la recepción por parte de Unísono.

QUINTO: Sostiene la recurrente que la resolución impugnada vulnera los principios de tipicidad y responsabilidad, al atribuirle conductas que o bien no integran el tipo infractor o bien se refieren a incumplimiento de obligaciones que no le correspondían en su condición de operador móvil virtual.

A la vista de las alegaciones de la recurrente, hemos de comenzar por situar su posición, en su condición de operador móvil virtual, 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"*.

Si bien la entidad recurrente tiene la condición operador móvil virtual sin derecho a la asignación de numeración, sí es un operador prestador de servicios, desarrollando una actuación de naturaleza comercial - reventa- para otro operador con red propia, Orange, de manera que asume frente a sus clientes las obligaciones impuestas a los prestadores del servicio telefónico, y su actuación, aun cuando sólo sea administrativa,

es relevante para el adecuado cumplimiento de los procedimientos establecidos, concretamente del procedimiento de portabilidad que ahora nos ocupa.

En consecuencia, DIA viene obligada al cumplimiento de la normativa en la que se regula la forma de hacer efectivo el derecho a la portabilidad y, en consecuencia, las especificaciones técnicas de portabilidad móvil reguladas en la resolución de la CMT de 7 de julio de 2011, en la que se establecen los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.

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 corresponder el cumplimiento de las distintas fases y exigencias establecidas bien al propio cliente o bien a Orange. Es decir, en el planteamiento que hace la entidad actora, su participación en el procedimiento administrativo para la portabilidad sería prácticamente irrelevante, pues ni se responsabiliza de hacer constar la fecha y hora de la presentación de la solicitud de portabilidad, ni de adoptar las medidas precisas de comunicación con su operador de referencia, para que dicha solicitud sea grabada en el Nodo Central en el plazo establecido. De tal manera que, de acoger sus argumentos, llegaríamos a la conclusión de que la intervención del operador móvil virtual no sólo puede hacer ilusorio, justificadamente, el cumplimiento del plazo de 24 horas hábiles establecido para que se lleve a efecto la portabilidad, sino que sería claramente perturbadora y perjudicial para el consumidor final esa intervención como comercial, entorpeciendo un procedimiento administrativo que se regula con criterios de eficacia y celeridad.

El hecho de que DIA estableciese un mecanismo para la tramitación de las solicitudes de portabilidad de sus clientes, estableciendo la recepción de las solicitudes en un apartado de Correos y haya externalizado en otra empresa la gestión de la grabación de las solicitudes de portabilidad en el sistema Siebel de Orange, no le exime de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones que le competen, en su condición de operador prestador de servicios de telefonía móvil. Por el contrario, su obligación era establecer un sistema de recepción y tramitación de las solicitudes de portabilidad que garantizase el cumplimiento de las especificaciones establecidas por la normativa de aplicación.

SEXTO: Tal como razona el Abogado del Estado, el apartado 5.2 último párrafo de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que *"la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor -u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de cancelación o denegación de la misma"*.

Es evidente que si se establece un plazo de 24 horas hábiles para llevar a efecto la portabilidad solicitada, no cabe pensar que el abonado remite a su solicitud a un apartado de Correos facilitado por el operador móvil virtual, que éste decida cuando lleva a efecto la recepción material, determinando -según la tesis sostenida por la actora- la fecha de inicio del plazo.

Por su parte, el cumplimiento de las formalidades establecidas en las especificaciones técnicas (apartado 8) en cuanto a la información de carácter mínimo que deben contener las solicitudes de portabilidad, cualquiera que sea su soporte, es responsabilidad del operador, siendo especialmente relevante la fecha y hora en que el abonado formaliza su solicitud.

Asimismo, aún cuando DIA no tuviese la posibilidad de acceder al Nodo Central, no asumiendo las actuaciones técnicas de grabación de las solicitudes de portabilidad, si tenía la obligación adoptar sistema que garantizase la observancia del plazo establecido para ello, de medio día hábil desde el perfeccionamiento de las solicitudes.

En consecuencia, la conducta examinada y debidamente acreditada en expediente administrativo, en cuya tramitación no se observa ningún vicio procedimental determinante de nulidad, constituye un incumplimiento de la resolución de la CMT de 7 de julio de 2011, siendo constitutiva del tipo infractor del artículo 53 r) Ley 32/2003.

SÉPTIMO: En cuanto a la inexistencia del elemento subjetivo de la infracción, tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la recurrente al respecto.

Dispone 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, la imputación a la entidad recurrente se hace a título de culpa o negligencia.

Por tanto, de conformidad con lo que arriba expuesto, concurren los elementos objetivo y subjetivo integrantes del tipo de infracción por el que se sanciona a la entidad actora, la conducta resulta antijurídica y está acreditada la concurrencia del elemento culpabilístico.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011, 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 la Procuradora D^a. M^a. **Jesús Mateo Herranz**, en nombre y representación de **DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, SA**, contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de fecha 6 de marzo de 2014, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Con condena en costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que la misma es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno, y de la cual será remitido testimonio, con el expediente, a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.