

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., INCOTEL INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A., OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L., INCOTEL SERVICIOS AVANZADOS, S.L., CONTACTA SERVEIS AVANÇATS, S.L. E INTERNET GLOBAL BUSINESS, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2020 SOBRE LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA PROVISIONAL

SNC/DTSA/051/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 2 de septiembre de 2021

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución sobre la adopción de una medida provisional en el conflicto de portabilidad (CFT/DTSA/155/19)

Mediante Resolución de 4 de febrero de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó la siguiente medida provisional en el seno del procedimiento del conflicto de portabilidad (con referencia CFT/DTSA/155/19), interpuesto por Colt Technology Services, S.A.U. (Colt) contra los operadores Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga), Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A. (Incotel Ingeniería y Consultoría), Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera), Contacta Servicios Avanzados, S.L. (Contacta), Incotel Servicios Avanzados, S.L. (Incotel Servicios

Avanzados) e Internet Global Business, S.L. (IGB) (todos pertenecientes al mismo grupo empresarial) -folios 483 al 506 del expediente administrativo-:

*“**ÚNICO.-** Adoptar la medida provisional consistente en ordenar a los seis operadores del Grupo Dialoga -Dialoga Servicios Interactivos, S.A., Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A., Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L., Contacta Servicios Avanzados, S.L., Incotel Servicios Avanzados, S.L. e Internet Global Business, S.L.- a garantizar, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en el Anexo confidencial adjunto, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt Technology Services S.A.U., en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.”*

Mediante escrito de 6 de febrero de 2020 se procedió a notificar telemáticamente el citado acuerdo a Colt (folios 507 al 510). El resto de interesados rechazaron la notificación, tras transcurrir más de diez días naturales desde su puesta a disposición a través de la Sede Electrónica de la CNMC¹, el día 6 de febrero de 2020, sin acceder a la notificación (folios 511 al 528).

SEGUNDO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 10 de septiembre de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB como presuntos responsables directos de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, citada en el Antecedente anterior (folios 1 al 10).

En el referido acto se acordó, asimismo, la incorporación al presente expediente de la documentación obrante en el procedimiento CFT/DTSA/155/19 (folios 31 al 986).

Mediante escrito de 18 de septiembre de 2020 se procedió a notificar el citado acuerdo a la instructora del expediente sancionador (folios 11 y 12) y a los seis operadores incoados, de los cuales solo IGB accedió a la notificación, el 22 de

¹ Por tanto, se entiende cumplida la obligación recogida en el artículo 40.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que dispone “*Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado*”.

Asimismo, el artículo 43.2 de la LPAC señala que: “*Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.*

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.”

septiembre de 2020, según acuse de recibo (folios 28 al 30), mientras que el resto de operadores rechazaron las mismas tras transcurrir más de diez días naturales desde la puesta a disposición a través de la Sede Electrónica, el 22 de septiembre de 2020 (folios 13 al 27).

TERCERO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de la instructora de 23 de septiembre de 2020 se comunicó a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB la incorporación de los escritos y documentación que figuraban en el expediente de conflicto núm. CFT/DTSA/155/19 al presente procedimiento (folio 987).

Todos los operadores rechazaron la notificación al no acceder a través de la Sede Electrónica de la CNMC, en el plazo fijado por la LPAC (folios 988 al 1005).

CUARTO.- Solicitud de Opera de acceso al expediente

Mediante llamada telefónica de 30 de septiembre de 2020 Opera solicitó acceso a la documentación contenida en el presente expediente. Con fecha 1 de octubre de 2019, la instructora comunicó y facilitó a Opera el traslado de la documentación solicitada de forma telemática (folios 1006 y 1007).

Opera rechazó la notificación al no acceder a través de la Sede Electrónica de la CNMC, en el plazo fijado por la LPAC (folios 1008 al 1010).

QUINTO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de la instructora de 20 de octubre de 2020 se comunicó a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB la incorporación de la Resolución aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 8 de octubre de 2020 en el seno del expediente (CFT/DTSA/155/19) al presente procedimiento (folios 1011 al 1129).

En dicha Resolución de 8 de octubre de 2020, esta Comisión acordó:

Primero.- Confirmar la medida cautelar adoptada por esta Sala en su Resolución de 4 de febrero de este año por la que se ordenó a los seis operadores del Grupo Dialoga -Dialoga Servicios Interactivos, S.A., Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A., Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L., Contacta Servicios Avanzados, S.L., Incotel Servicios Avanzados, S.L. e Internet Global Business, S.L.- a que garantizaran, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en el Anexo confidencial adjunto a la citada resolución de medida cautelar, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt Technology Services S.A.U.

Segundo.- Estimar la solicitud de Colt Technology Services, S.A.U. y ordenar a los seis operadores del Grupo Dialoga -Dialoga Servicios Interactivos, S.A., Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A., Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L., Contacta Servicios Avanzados, S.L., Incotel Servicios Avanzados, S.L. e Internet Global Business, S.L.- a garantizar, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en el Anexo confidencial adjunto a la presente resolución, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt Technology Services S.A.U., en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

Tercero.- Se apercibe a los seis operadores anteriores de que en el caso de que, transcurridos cinco días desde la notificación de esta Resolución, incumplan la presente Resolución o persistiesen en el incumplimiento de la cautelar de 4 de febrero del presente año se iniciará un procedimiento de ejecución forzosa por medio de la imposición de multas coercitivas por cada día de retraso en el cumplimiento de las citadas Resoluciones.

Todos los operadores rechazaron la notificación al no acceder a través de la Sede Electrónica de la CNMC, en el plazo fijado por la LPAC (folios 1130 al 1144), salvo IGB cuya notificación se practicó el 22 de octubre de 2020, según acuse de recibo (folios 1145 al 1147).

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB

Mediante escritos de fecha 22 de octubre de 2020, tuvieron entrada en el registro de la CNMC idénticos escritos de Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB en los que formulan distintas alegaciones y solicitan la apertura y práctica de prueba frente a la incoación del procedimiento sancionador (folios 1148 al 1197).

SÉPTIMO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de la instructora de 13 de noviembre de 2020, se comunicó a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB la incorporación del resto de documentos contenidos en el expediente CFTDTSA/155/19: (i) escritos de alegaciones de 26 de octubre de 2020, presentados por los seis operadores del Grupo Dialoga, en los que informan del cumplimiento de la Resolución recaída en el conflicto; (ii) escrito de 26 de octubre de 2020 de la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales (DTSA), por el que se da traslado a Colt de las alegaciones formuladas por los integrantes del Grupo Dialoga; y (iii) escrito de alegaciones de Colt de 12 de noviembre de 2020 (folios 1198 al 1244).

Todos los operadores rechazaron la notificación al no acceder a través de la Sede Electrónica de la CNMC, en el plazo fijado por la LPAC (folios 1245 al 1262).

OCTAVO.- Requerimiento de información a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB

Mediante escrito de la instructora de 9 de diciembre de 2020, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, se requirieron a los seis operadores determinados datos relativos a la portabilidad e ingresos obtenidos (folios 1263 y 1264). Todos los operadores rechazaron la notificación al no acceder a través de la Sede Electrónica de la CNMC, en el plazo fijado por la LPAC (folios 1266 al 1283).

Con fecha 19 de enero de 2021, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos de contestación parcial de los operadores del Grupo Dialoga al citado requerimiento formulado por la instructora (folios 1447 al 1489), tras concedérseles a todos ellos mediante escrito de 15 de enero de 2021² (folios 1427 al 1428) las ampliaciones de plazo solicitadas el 12 de enero de 2021 (folios 1391 al 1426).

NOVENO.- Requerimiento de información a Colt

Mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2020, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la instructora requirió determinados datos relacionados con la portabilidad a Colt (folios 1284 al 1288). Dicho escrito fue debidamente notificado el 16 de diciembre de 2021, según acuse de recibo (folios 1289 al 1291).

Con fecha 28 de diciembre de 2020, Colt remitió a esta Comisión escrito dando contestación a la solicitud de información formulada por la instructora (folios 1292 al 1390).

DÉCIMO.- Escrito de denegación de la práctica de prueba

Con fecha 2 de febrero de 2021, la instructora desestimó la solicitud de apertura de un período de prueba formulada por los operadores investigados, al no proponerse ningún medio probatorio concreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la LPAC (folios 1490 y 1491).

Dicho escrito fue debidamente notificado a todos los operadores el 12 de febrero de 2021, según el acuse de recibo (folios 1492 al 1509).

² Los citados escritos fueron notificados el día 18 de enero de 2021 (folios 1429 al 1446).

UNDÉCIMO.- Nuevo requerimiento de información a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB

Mediante escrito de la instructora de 3 de febrero de 2021, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, la instructora requirió a todos los operadores determinados datos relativos a la portabilidad (folios 1510 y 1511). Dicho escrito fue debidamente notificado a todos los operadores según los acuses de recibo de 12 de febrero de 2021 (folios 1512 al 1529).

Con fecha 26 de febrero de 2021, tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de contestación al citado requerimiento de Incotel Servicios Avanzados (folios 1546 al 1613), Opera (folios 1614 a 1681), Contacta (folios 1682 al 1748), Dialoga (folios 1749 a 1815), Incotel Ingeniería y Consultoría (folios 1816 al 1883) e IGB (folios 1884 al 1950).

DUODÉCIMO.- Solicitud de Dialoga de acceso al expediente

Mediante escrito de 8 de febrero de 2021, Dialoga solicitó acceso a la documentación obrante en el presente expediente (folios 1530 al 1533).

Mediante escrito de 18 de febrero de 2021, la instructora comunicó y facilitó a Dialoga el traslado de la documentación obrante en el presente expediente de forma telemática, salvo la información cuya confidencialidad estaba pendiente de revisión por parte del operador afectado (Colt), en virtud de la correspondiente declaración de confidencialidad (folio 1542).

Dicho escrito fue notificado a Dialoga, según acuse de recibo, el 5 de marzo de 2021 (folios 1543 al 1545).

DECIMOTERCERO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de la instructora de 18 de febrero de 2021 se declaró la confidencialidad para los operadores interesados en el presente expediente y terceros ajenos al mismo, de determinada información aportada por Colt en su escrito de contestación de 28 de diciembre de 2020 al requerimiento formulado por la instructora el 9 de diciembre del mismo año (folios 1534 al 1538).

Dicho acuerdo fue debidamente notificado el mismo 24 de febrero de 2021 (folios 1539 al 1541).

DECIMOCUARTO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante escrito de la instructora de 17 de marzo de 2021, se comunicó a Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB la incorporación de los siguientes documentos (folios 1951 al

2276): (i) Resolución aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 16 de julio de 2020 del expediente SNC/DTSA/016/19³, (ii) copia de las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil por los operadores citados, (iii) las declaraciones de los ingresos brutos relativos a la Tasa General de Operadores (TGO) presentados por los citados operadores ante la CNMC, y (iv) el escrito de contestación de la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP)⁴, de 9 de febrero de 2021, al requerimiento efectuado por la instructora del expediente SNC/DTSA/060/20⁵, el 2 de febrero de 2021.

Asimismo, se le dio traslado de los escritos de 9 y 28 de diciembre de 2020, correspondientes al requerimiento efectuado por la instructora a Colt y al escrito de contestación de Colt al mismo, y de la declaración de confidencialidad de los citados escritos de 18 de febrero de 2021.

Dicho acuerdo fue debidamente notificado el mismo 26 de marzo de 2021 (folios 2277 a 2294).

DECIMOQUINTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de la instructora de 17 de marzo de 2021 se declaró la confidencialidad, para terceros ajenos al expediente, de los documentos correspondientes (folios 2295 al 2300) a: (i) las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil por los operadores citados, (iii) las declaraciones de los ingresos brutos relativos a la TGO presentados por los citados operadores ante la CNMC, y (iv) los actos del expediente SNC/DTSA/060/20 mencionados en el antecedente anterior.

Dicho acuerdo fue debidamente notificado el 26 de marzo de 2021 (folios 2301 al 2318).

DECIMOSEXTO.- Nuevos escritos de alegaciones de Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB

Mediante escritos de fecha 12 de abril de 2021, tuvieron entrada en el registro de la CNMC idénticos escritos de alegaciones de Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB (folios 1148 al 1197).

³ Resolución del procedimiento sancionador incoado a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la atribución y otorgamiento de los recursos públicos de numeración 902.

⁴ La AOP es la asociación de operadores que gestiona la Entidad de Referencia de portabilidad fija, la herramienta técnica que soporta los procesos de portabilidad entre operadores.

⁵ Procedimiento sancionador incoado contra los seis operadores del Grupo Dialoga por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de mayo de 2015, de aprobación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Fija.

DECIMOSÉPTIMO. – Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 25 de junio de 2021 (folios 2525 a 2537) Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB accedieron al contenido de la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 2372 a 2405), tras habersele puesto a disposición el 16 de junio de 2021, concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta descrita como una infracción muy grave del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se proponía imponer las siguientes sanciones:

- a) A Dialoga una sanción de doscientas veinte seis mil euros (226.000€).
- b) A Incotel Ingeniería y Consultoría una sanción de cincuenta siete mil euros (57.000€).
- c) A Opera una sanción de treinta y un mil euros (31.000€).
- d) A Incotel Servicios Avanzados una sanción de diez mil euros (10.000€).
- e) A Contacta una sanción de cuatro mil euros (4.000€).
- f) A IGB una sanción de mil euros (1.000€).

Tras acceder a copia del expediente administrativo (folios 2539 a 2568, 2599 a 2619, y 2639 a 2669), al amparo del citado trámite de audiencia las 6 empresas del Grupo Dialoga presentaron en fecha 26 de julio de 2021 `sus escritos de alegaciones y documentación adjunta a los mismos, efectuando las siguientes alegaciones:

- Presunta indefensión por no haber podido acceder al expediente administrativo en tiempo y forma oportunos.
- Aplicación de un procedimiento sancionador unificado sin suficiente individualización de los cargos para cada operador imputado.
- No incumplimiento de la medida cautelar imputado

- Falta de dolo o culpa
- Incorrecta graduación de la sanción impuesta

DECIMOCTAVO. - Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 17 de junio de 2021, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerados.

DECIMONOVENO. – Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos.

ÚNICO. – Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Incotel Servicios Avanzados, Contacta e IGB no portaron las numeraciones solicitadas por los clientes de Colt, incumpliendo lo dispuesto en la Resolución de esta Comisión de 4 de febrero de 2020, por la que se adoptaron medidas provisionales

Este hecho probado resulta, principalmente, de la información contenida en el procedimiento administrativo de conflicto (CFT/DTSA/155/19) y de las actuaciones de instrucción realizadas en el marco del presente procedimiento.

1.1.- Contexto del procedimiento sancionador: reiterada denegación de las solicitudes de portabilidad efectuadas entre abril y diciembre de 2019 por COLT a las empresas del Grupo Dialoga que determina la incoación del procedimiento de conflicto CFT/DTSA/155/19 entre COLT como operador receptor y las empresas del Grupo Dialoga como operadores donantes.

Como cuestión previa se procede a analizar brevemente el contexto en el que se enmarca el presente procedimiento sancionador, y que trae causa del

procedimiento de conflicto de portabilidad -CFT/DTSA/155/19- interpuesto por Colt -como operador receptor- a través de escritos de 4 y 20 de diciembre de 2019 (folios 31 al 124 y 234 a 254) contra los seis operadores integrantes del Grupo Dialoga -como operadores donantes-, ante la denegación reiterada por estas empresas de las solicitudes de portabilidad presentadas por dos clientes empresariales de Colt, **[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]**.

Concretamente, Colt inició en el mes de abril de 2019, en su rol de operador receptor, el proceso de portabilidad en la Entidad de Referencia (ER) para las nueve (9) numeraciones pertenecientes a su cliente **[CONFIDENCIAL]** y en el mes de octubre de 2019 para doscientas cuarenta y siete (247) numeraciones de su cliente **[CONFIDENCIAL]**.

En el caso de las numeraciones del cliente **[CONFIDENCIAL]**, Colt inició las solicitudes de portabilidad en el mes de abril de 2019. No obstante, ante la denegación de las mismas (en este caso, no se aceptó ninguna portabilidad) y la incapacidad de efectuar la portabilidad de las numeraciones en la misma fecha (ante las denegaciones sucesivas), Colt canceló los procesos de portabilidad y los lanzó de nuevo en los meses siguientes.

En el caso de las numeraciones del cliente **[CONFIDENCIAL]**, Colt cursó las peticiones de forma secuencial, a fin de no sobrecargar los recursos de los operadores donantes, estableciendo la fecha efectiva de la portabilidad de todas las numeraciones (ventana de cambio) para el día 31 de octubre de 2019.

Sin embargo, ante la denegación de muchas de las solicitudes de portabilidad por parte de estos operadores, Colt canceló todos los procesos y volvió a cursar de nuevo todas las solicitudes de portabilidad, pero esta vez con fecha efectiva el 15 de noviembre de 2019, debido a la preferencia del cliente para que toda la numeración fuera portada en la misma fecha. Ello se puso en conocimiento de las operadoras del Grupo Dialoga, por parte de Colt, según se acreditó en su escrito de información complementaria de 13 de enero de 2020 -presentado en el conflicto de referencia-. No obstante, a fecha de 15 de noviembre de 2019 sólo se portaron setenta y ocho (78) de las doscientas cuarenta y siete (247) numeraciones de **[CONFIDENCIAL]**.

Por ello, con fecha 17 de diciembre de 2019, Colt procedió, nuevamente (por tercera vez), a solicitar la portabilidad de las ciento sesenta y nueve (169) líneas pendientes de ser portadas, siguiendo el mismo proceso; esto es, se efectuaron peticiones de forma escalonada para que los operadores donantes pudieran atender las peticiones realizadas, solicitando la ventana de portabilidad para el día 27 de diciembre de 2019.

No obstante, y aun a pesar de conocer la preferencia del cliente **[CONFIDENCIAL]** de que las portabilidades se efectuaran el mismo día⁶, en la fecha fijada como ventana de portabilidad, los operadores del Grupo Dialoga volvieron a denegar gran parte de las solicitudes de portabilidad efectuadas por Colt. Por consiguiente, ante la incapacidad de poder garantizar al cliente la portabilidad de toda la numeración el mismo día, como suelen demandar los clientes empresariales, Colt procedió a cancelar todos los procesos de portabilidad, incluso de los números aceptados.

En consecuencia, en el momento de interposición del conflicto -escrito de Colt de 4 de diciembre de 2019 (folios 31 al 124), su objeto eran las **ciento sesenta y nueve (169)** numeraciones del cliente **[CONFIDENCIAL]** que continuaban activas en la red de los seis operadores del Grupo Dialoga y estaban pendientes de ser portadas a Colt, solicitando a la CNMC que adoptase la medida provisional consistente en que los seis operadores del Grupo Dialoga aceptasen las solicitudes de portabilidad denegadas.

En fecha 20 de diciembre de 2019, Colt presentó un escrito de ampliación de denuncia (folios 125 al 170), solicitando también que se requiriera a los operadores investigados a aceptar, de forma inmediata, las **nueve (9)** solicitudes de portabilidad del cliente **[CONFIDENCIAL]**. Esta ampliación del objeto del conflicto se notificó a los operadores del grupo Dialoga por escrito de la CNMC de 16 de enero de 2020, dándoles oportunidad y plazo para formular alegaciones al respecto (folios 387 al 428).

1.2.- Adopción de medida provisional por parte de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en fecha 4 de febrero de 2020, en el marco del conflicto CFT/D TSA/155/19, con la finalidad de garantizar el derecho de conservación de la numeración de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público.

Con fecha 4 de febrero de 2020, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que se adoptó la medida provisional consistente en ordenar a los seis operadores del Grupo Dialoga -Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados, e IGB- a garantizar, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en su anexo adjunto, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt, en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de la Resolución (folios 483 a 506).

El citado anexo adjuntaba un listado de las ciento sesenta y nueve (169) numeraciones pendientes de ser portadas, correspondientes al cliente

⁶ Colt aportó, en su escrito de interposición de conflicto y en su escrito posterior de 13 de enero de 2020, correos electrónicos enviados por el cliente al Grupo Dialoga en los que le comunicaba su voluntad de efectuar las portabilidades el mismo día.

[CONFIDENCIAL], distribuyéndose según el operador donante del Grupo Dialoga:

Numeraciones/Operadores	Opera	Dialoga	Incotel Ingeniería y Consultoría	Incotel Servicios Avanzados	IGB	Contacta
Fija con prefijo 91	23	33	8	4	4	11
900	10	55				
902	1	12	2	4		2
Total	34	100	10	8	4	13

De la misma forma, las nueve (9) numeraciones pendientes y correspondientes al cliente [CONFIDENCIAL] se distribuyeron de la siguiente manera, en función del operador donante del Grupo Dialoga:

Numeraciones/Operadores	Opera	Dialoga	Incotel Servicios Avanzados
Fija con prefijo 91	1		
Fija con prefijo 95			2
900		3	
902		2	1
Total	1	5	3

Los seis operadores investigados en el presente expediente rechazaron la notificación de la Resolución, pues ninguno accedió en el plazo legal establecido –10 días a partir del día siguiente de la puesta a disposición (6 de febrero de 2020); por consiguiente, entre el 7 y el 17⁷ de febrero de 2020-, constando ello debidamente en el expediente (folios 511 al 528).

Por tanto, a partir del día siguiente al 17 de febrero de 2020, se inició el cómputo del plazo de los 5 días otorgados por la citada Resolución para que los seis operadores dieran cumplimiento al mandato contenido en Resolución de la medida provisional, **finalizando el plazo el día 24 de febrero de 2020.**

1.3.- Incumplimiento por parte de los seis operadores del Grupo Dialoga de las medidas provisionales adoptadas por esta Comisión en su Resolución de 04 de febrero de 2020.

Sin embargo, alcanzado dicho plazo los operadores no dieron cumplimiento a lo establecido en dicha Resolución. Como justificación de ello, en los escritos de alegaciones presentados el 19 de febrero de 2020, los seis operadores del Grupo

⁷ El último día de la puesta a disposición fue el 16 de febrero de 2020 (domingo) sin embargo, en virtud del artículo 30 de la LPAC, se entiende que “cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”.

Dialoga indicaban⁸ que “(...) esta Comisión haya resuelto posteriormente unas medidas cautelares a favor de Colt quien, como decimos, no ostenta la condición de operador habilitado para operar en España, de forma que dicha resolución no es vinculante ya que la CNMC carece de habilitación para resolver al efecto”.

Asimismo, Colt mediante escrito de 26 de febrero de 2020 facilitó copia de un correo electrónico de uno de sus clientes, **[CONFIDENCIAL]** a través del cual reiteraba su voluntad de querer portar toda su numeración hacia Colt e indicando que era el titular de la numeración, y facilitando su CIF (folios 639 al 644).

Por otro lado, con fecha 16 de marzo de 2020 (folios 45 a 653) Colt informó a la CNMC que: “Desde la aprobación de las medidas provisionales esta parte ha procedido a la solicitud de la portabilidad de la numeración en 3 ocasiones. Desafortunadamente, en ninguna de las solicitudes realizadas, las empresas del Grupo Dialoga han realizado la portabilidad de la numeración de forma completa, sino que han procedido a aceptar de forma aparentemente aleatoria algunas solicitudes de portabilidad, aprobando únicamente unas pocas solicitudes en cada intento realizado. (...)”.

Concretamente, Colt señalaba que a dicha fecha -marzo de 2020- quedaban pendientes de portarse 110 números del cliente **[CONFIDENCIAL]** y 3 números respecto de su cliente **[CONFIDENCIAL]**.

Dicho extremo también consta acreditado a través de la Resolución adoptada por la CNMC el 8 de octubre de 2020, en el seno del CFT/DTSA/155/19⁹, que puso fin al conflicto y que apercibía a los seis operadores que, en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de la Resolución, debían garantizar en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en el anexo adjunto, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt (folios 1012 a 1107). Las disposiciones de la Resolución de 8 de octubre de 2020 confirmaron y sustituyeron las medidas provisionales adoptadas en la Resolución de 20 de febrero de 2020 en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.5 LPA.

La distribución de la numeración pendiente de portar a dicha fecha era la siguiente¹⁰:

[INICIO CONFIDENCIAL]

⁸ Escrito de Opera (folios 606 al 608), escrito de Contacta (folios 609 al 614), Escrito de Incotel Servicios Avanzados (folios 615 al 620), escrito de Dialoga (folios 621 al 626), escrito Incotel Ingeniería y Consultoría (folios 627 al 632) y escrito de IGB (folios 633 al 638).

⁹ Incorporado por la instructora mediante escrito de 20 de octubre de 2020 (folio 1011).

¹⁰ Información consignada en la Resolución citada.

[FIN CONFIDENCIAL]

Finalmente, con fecha 26 de octubre de 2020 (folios 1199 al 1233) los seis operadores del Grupo Dialoga señalaron en sus distintos escritos de alegaciones¹¹ que habían cumplido la obligación impuesta tanto en la Resolución de 4 de febrero de 2020, como en la de 8 de octubre de 2020. Dicho extremo fue confirmado también por Colt mediante escrito de 12 de noviembre de 2020 (folios 1238 al 1244). Sin embargo, ninguno aportó documentación que acreditase este extremo.

Por ello, mediante escrito de 3 de febrero de 2021, la instructora del presente expediente solicitó a cada uno de los citados operadores documentación acreditativa relativa a la fecha en que llevaron a cabo las portabilidades pendientes de las numeraciones afectadas (folios 1510 y 1511). Mediante escritos de 26 de febrero de 2021 Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB, aportaron capturas de pantalla obtenidas de la ER “Portanet”, las cuales contienen como fechas de la **ventana de cambio de cada una de las numeraciones los días 14 y 28 de octubre de 2020** (folios 1546 al 1950).

Por tanto, cabe rechazar los argumentos de los operadores del Grupo Dialoga vertidos en sus escritos presentados el día 26 de julio de 2021 de que cumplieron las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión en la Resolución de 4 de febrero de 2020, ya que en la misma se les requería claramente a garantizar el derecho a los abonados titulares de la numeración al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt, en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de dicha Resolución de 4 de febrero (folios 483 a 506). Los propios operadores ya reconocen en sus alegaciones al trámite de audiencia que se produjeron “retrasos en el cumplimiento” de la medida cautelar acordada, aunque los imputan a “factores externos”.

Por último, de la información incorporada por la instructora el 17 de marzo de 2021, al presente procedimiento, consistente en el escrito de contestación de la AOP de 9 de febrero de 2021 (SNC/DTSA/060/20)¹² se obtuvo información detallada sobre los procesos de portabilidad de toda la numeración listada en el anexo adjunto a la Resolución de 4 de febrero de 2020¹³ (folios 1951 y 1952).

A continuación, se facilita esta información a través de un cuadro explicativo que ha sido elaborado durante la instrucción del presente expediente **[INICIO CONFIDENCIAL]**:

¹¹ Incorporados por la instructora mediante escrito de 13 de noviembre de 2020 (folio 1198).

¹² Ver nota al pie 5.

¹³ 169 números de **[CONFIDENCIAL]** y 9 de **[CONFIDENCIAL]**.

[FIN CONFIDENCIAL]

De dicha información se desprende que entre los días 17 y 24 de febrero de 2020 Opera solo portó el 8%, Dialoga un 28% e Incotel Servicios Avanzados un 0,095%, respecto de la totalidad de las numeraciones cuyas portabilidades cada operador tenía que aceptar. Incotel Ingeniería y Consultoría, IGB y Contacta, no aceptaron ninguna portabilidad. La mayoría de las portabilidades pendientes fueron aceptadas entre septiembre y octubre de 2020, como resulta del cuadro anterior.

En conclusión, de todo lo anterior se constata que Opera, Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Incotel Servicios Avanzados, IGB y Contacta no dieron cumplimiento a la medida provisional adoptada mediante Resolución de 4 de febrero de 2020, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la misma.

Los operadores del Grupo Dialoga reconocieron a través de distintos escritos presentados tanto durante la tramitación del procedimiento CFT/DTSA/155/19 como del presente procedimiento que no llevaron a cabo el cumplimiento de la medida provisional por la falta de competencia por parte de la CNMC para intervenir en el procedimiento de conflicto y, por ende, en la adopción de la medida provisional, entre otros motivos.

Asimismo, su incumplimiento también se acredita de la obligación contenida en la Resolución adoptada por la CNMC de 8 de octubre de 2020 en el seno del CFT/DTSA/1551/20, pues se les conminó nuevamente, a todos los operadores, a facilitar la portabilidad de las restantes numeraciones solicitadas por Colt es decir, los 110 números de los 169 del cliente **[CONFIDENCIAL]** y 3 de los 9 números del cliente **[CONFIDENCIAL]**, todos ellos listados en la Resolución de 4 de febrero de 2020.

Por último, de la información facilitada por la AOP el 9 de febrero de 2021 se constata el *iter* de los procesos de portabilidad de cada una de las numeraciones, así como la fecha en que finalmente se llevaron a cabo las mismas, **terminando de ejecutarse la medida provisional en octubre de 2020**. Dicho retraso es reconocido por los propios operadores en sus alegaciones al trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Objeto del presente procedimiento sancionador, instrucción unificada del mismo y análisis de la posible indefensión alegada por los inculpados durante su tramitación.

1.1.- Objeto.

De conformidad con el acuerdo de incoación, el objeto del procedimiento consiste en determinar si las seis empresas del Grupo Dialoga han incumplido la Resolución de 4 de febrero de 2020 de medidas provisionales acordadas por la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión.

1.2.- Instrucción unificada.

En sus escritos de alegaciones presentados el 26 de julio de 2021, las empresas del Grupo Dialoga denuncian la improcedencia de la instrucción unificada del presente procedimiento sancionador.

Al respecto, debe señalarse que, tal y como se desprende de los hechos probados, por un lado, la numeración cuya portabilidad denegaron las empresas imputadas en este procedimiento se refería a unos mismos clientes **[CONFIDENCIAL]**, siendo también el mismo el operador receptor afectado por la conducta imputada (Colt), por lo que existía identidad en ambos aspectos.

También se ha de poner de manifiesto que el hecho de unificar la tramitación de los procedimientos sancionadores no ha supuesto merma alguna en la individualización de los hechos probados y en la cuantificación de las sanciones, como puede comprobarse tanto en los Hechos Probados como en el Fundamento Material Tercero relativo a la determinación y cuantificación de la sanción.

Asimismo, debe añadirse el hecho de la pertenencia de las empresas imputadas al mismo Grupo Empresarial Dialoga, en el que los 6 operadores han señalado la misma dirección para notificaciones y la misma persona física como representante. Una pertenencia que, como señaló el Tribunal Supremo en el Fundamento Noveno de su Sentencia de 16 de diciembre de 2015 (RC 03/1973/2014)¹⁴ supone muchas veces una atribución o distribución de recursos

¹⁴ “En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); "unidad de decisión", pues

entre las empresas del grupo, y, en este caso, de numeración. De hecho, tal y como se ha expuesto en los Hechos Probados, a los dos clientes empresariales de Colt le suministraban numeraciones varias o todas las empresas del Grupo Dialoga, operando de hecho como una sola empresa, y la conducta infractora es la misma, efectuada por las 6 empresas, todo lo cual justifica la tramitación acumulada del procedimiento sancionador.

1.3.- Análisis de la posible indefensión alegada por los inculpados durante la tramitación.

En sus escritos presentados el 26 de julio de 2021, las empresas del Grupo Dialoga alegan una posible indefensión derivada de no haber podido acceder a la documentación del expediente en tiempo y forma oportunos.

En primer lugar, debe recordarse que la documentación principal sobre el incumplimiento objeto del procedimiento que consta en los Hechos Probados ha sido aportada por los mismos imputados: (i) los escritos de 26 de febrero de 2021 presentados por Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB, en que figuran capturas de pantalla obtenidas de la ER "Portanet", las cuales contienen como fechas de la ventana de cambio de cada una de las numeraciones los días 14 y 28 de octubre de 2020 (folios 1546 al 1950); y (ii) en idéntico sentido deben mencionarse los escritos de fecha 26 de octubre de 2020 (folios 1199 al 1233) presentados por los seis operadores del Grupo Dialoga donde reconocen no haber cumplido hasta entonces (octubre de 2020) la obligación impuesta en la Resolución de medidas cautelares de 4 de febrero de 2020 que fijaba, sin embargo, un plazo de 5 días para hacerse efectiva.

En segundo lugar, con fecha 23 de febrero de 2021 Dialoga, cabeza del Grupo, ya accedió al expediente administrativo (folios 1542 a 1545), y que además debe señalarse que una buena parte de la documentación que consta en el presente expediente se hallaba y halla en otros expedientes anteriores y conocidos por las empresas del Grupo Dialoga, como, por ejemplo, los escritos y documentación del expediente de conflicto núm. CFT/DTSA/155/19 (folios 987 y ss).

En tercer lugar, debe indicarse que esta Comisión, ya desde el inicio o incoación del presente procedimiento ha comunicado a las empresas del Grupo Dialoga que podían consultar el expediente administrativo, a medida que se incorporaba nueva documentación al mismo. Sin embargo, tal y como se desprende de los Antecedentes Tercero, Cuarto, Quinto y Séptimo de la presente resolución y de forma sistemática, los inculpados no han accedido al contenido de las notificaciones remitidas pese a saber que las habían recibido, siéndoles de aplicación los artículos 43.2 LPAC (rechazo de notificación electrónica

la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial."

transcurridos 10 días naturales desde puesta a disposición) y 41.5 LPAC (la notificación rechazada se considera efectuada).

En cuarto lugar, la propuesta de resolución notificada por esta Comisión iba acompañada de un índice exhaustivo de los documentos del expediente administrativo, así como el ya mencionado acceso al expediente de 23 de febrero de 2021. Todo lo cual indica que las empresas del Grupo Dialoga conocían los documentos obrantes en el expediente, y que lo incorporado con posterioridad al citado acceso de febrero eran sólo alegaciones de los interesados aportadas por ellos mismos, como se comunicó por parte de la CNMC al darle el nuevo acceso al expediente.

Por último, se indica que las empresas inculpadas han esperado casi diez días (el límite previsto en el artículo 43.2 LPAC) para acceder al contenido de la propuesta de resolución sancionadora, tal y como se desprende del Antecedente Decimoséptimo. En efecto, aunque tuvieron dicha propuesta a su disposición desde el 15 de junio no accedieron a la misma hasta el 25 de junio de 2021.

Por tanto, en este caso no ha concurrido indefensión material, exigida, entre otras por la Sentencia del Tribunal Supremo 1561/2020 de 19 de noviembre de 2020 (RC 5465/2019).

SEGUNDO. - Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. 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 (LCNMC), corresponde a esta Comisión “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁵, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”, entre las que se encuentra “*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]*”, prevista en el artículo 29 de la LCNMC.

El artículo 1.2 de la LCNMC establece que esta Comisión tiene por objeto “*garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”; y en su artículo 5.1.a) especifica que entre sus funciones está la de “*supervisión y control de todos los mercados y sectores productivos*”. En concreto, en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”.

¹⁵ Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

Además, los artículos 6.4, 12.1.a).1º y 12.2 de dicho texto legal y los artículos 12.5, 15 y 70.2.d) de la LGTel atribuyen a la Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

En aras a garantizar el objeto citado, la normativa otorga a este organismo la facultad de dictar medidas provisionales de conformidad con el artículo 56 de la LPAC. Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas cautelares es el órgano competente para resolver el procedimiento.

Por último, el artículo 84 de la LGTel, al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, atribuyen a la CNMC *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*, en los siguientes términos:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

Por otro lado, el artículo 76.12 de la LGTel tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”.*

Por ende, en aplicación de los preceptos citados y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y el hecho probado único y resolver sobre el incumplimiento de una Resolución sobre medidas provisionales en materia de conservación de la numeración en caso de cambio de operador, esto es, la Resolución aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 4 de febrero de 2020 por la que se adoptan medidas provisionales en el marco del conflicto de portabilidad planteado por Colt, frente a los operadores referenciados (CFT/D TSA/155/19).

En virtud de las anteriores competencias, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC y los artículos 14.1.b) y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano

decisorio competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, según el artículo 63 de la LPAC y el artículo 29.2 de la LCNMC, *“para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*. Por ello y de conformidad con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.a) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para instruir el presente procedimiento era la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del hecho probado único

El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

El procedimiento sancionador fue incoado en particular por el presunto incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, por la que se adoptó la medida provisional en el seno del procedimiento del conflicto CFT/DTSA/155/19, consistente en ordenar a los seis operadores Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB a garantizar, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, titulares de los números relacionados en anexo adjunto, al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad a Colt, en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

Dicha Resolución fue adoptada para garantizar el ejercicio de la conservación de la numeración solicitada por los clientes de Colt y la eficacia de la futura Resolución que se adoptase en el seno del CFT/DTSA/155/19, la cual se dictó el 8 de octubre de 2020.

Esta medida provisional se adoptó ante la negativa reiterada de los operadores del Grupo Dialoga de las solicitudes de portabilidad de los abonados de Colt, tras exceder el plazo máximo de portabilidad de los usuarios contemplado en el 47.1.c) de la LGTel¹⁶, y sin concurrir las excepciones contempladas en la

¹⁶ El 26 de abril de 2012, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó aprobar la resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador

Especificación Técnica de portabilidad fija aprobada en virtud de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 7 de mayo de 2015 (POR/DTSA/2519/13)¹⁷.

Todas estas cuestiones fueron analizadas, en primer término, en la Resolución de la medida provisional, y, en segundo término, en la Resolución aprobada el 8 de octubre de 2020 (CFT/DTSA/155/19).

Del análisis llevado a cabo en la instrucción del presente procedimiento, que se recoge y detalla en el Hecho Probado Único, se concluye que ninguno de los operadores, Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB dieron cumplimiento en plazo a lo dispuesto en la Resolución por la que se adoptaron las medidas provisionales, lo que supone un incumplimiento de la infracción contenida en el artículo 76.12 de la LGTel.

A continuación, se proceden a analizar las cuestiones principales planteadas por los operadores en el presente expediente y, en particular, en sus escritos de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 1148 al 1197). Se analizarán dichas alegaciones de manera conjunta, pues son planteadas de forma idéntica por todos ellos.

1.1.- Carencia de competencias de la CNMC para incoar y tramitar el presente expediente.

Los seis operadores del Grupo Dialoga reiteran la alegación formulada en el seno del CFT/DTSA/155/19 (folios 603 al 638) relativa a que Colt es una mercantil cuya estructura está compuesta en su totalidad por accionistas británicos, siendo, por ende, a su juicio, una mercantil británica. Ello conlleva, según el Grupo Dialoga, a que Colt no ostente la condición de operador y a que la CNMC no esté habilitada para intervenir en los conflictos y consecuentemente para adoptar las medidas provisionales ni evaluar el eventual cumplimiento o incumplimiento de tales medidas y determinar la concurrencia de una eventual infracción.

Al respecto, se reitera lo formulado en la Resolución del citado conflicto - CFT/DTSA/155/19- que señaló que *“Colt es un operador se encuentra ubicado en España y ha notificado conforme a la normativa aplicable o al artículo 12.4 del CECE18, por lo que sigue plenamente vigente el régimen de autorización general emanado del CECE e incorporado en la LGTel, independientemente de*

(portabilidad fija), incorporando la reducción del plazo efectivo de portabilidad del usuario final a un día (véase expediente núm. DT 2009/1634, de 26 de abril de 2012).

¹⁷ Cuestiones todas ellas analizadas en el marco del procedimiento de conflicto.

¹⁸ Entre otras, el estatuto, la forma jurídica y el número del registro mercantil u otro registro público similar en el que figure el proveedor en la Unión, la dirección geográfica del eventual establecimiento principal del proveedor en la Unión y, en su caso, de cualquier sucursal en un Estado miembro, o los Estados miembros afectados (por su actividad).

que la mayoría del capital o de los accionistas de ese operador sean de origen británico.

Por tanto, Colt está amparado por el régimen jurídico de derechos y obligaciones de la normativa sectorial de telecomunicaciones y puede interponer conflictos frente a otros operadores, de conformidad con el artículo 15 de la LGTel, estando la CNMC plenamente habilitada para intervenir –y, más aun, obligada a resolver” (folios 1012 al 1129)¹⁹.

Tanto Colt como los operadores del Grupo Dialoga son, todos ellos, sociedades mercantiles con sede en España e inscritos como operadores de comunicaciones electrónicas en el Registro de Operadores gestionado por la CNMC. La legislación otorga a esta Comisión, en aras a garantizar los objetivos enunciados en el artículo 3 de la LGTel, los mecanismos, ya detallados en la Habilitación Competencial, para resolver los conflictos entre operadores, y a garantizar la eficacia de las resoluciones que pongan fin a estos procedimientos. Además, la CNMC es la competente para garantizar la portabilidad en España, de acuerdo con la normativa sectorial de telecomunicaciones y las EETT²⁰.

Por consiguiente, la CNMC estaba plenamente habilitada para adoptar la medida provisional dirigida a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 4 de febrero de 2020.

1.2.- La medida cautelar no es ajustada a derecho.

Todos los operadores señalan en sus respectivos escritos que el artículo 82 de la LGTel no recoge la medida provisional adoptada en virtud de la Resolución de 4 de febrero de 2020.

A este respecto debemos señalar que la medida provisional no se adoptó a la luz de lo dispuesto en el artículo 82 de la LGTel sino en base a lo dispuesto en el artículo 56 de la LPAC, norma que rige y ampara la actuación de las Administraciones Públicas y, por tanto, también la de este organismo, de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la LCNMC²¹.

¹⁹ Dicha cuestión también ha sido abordada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en su acuerdo de 15 de abril de 2021, por la que se da contestación a una consulta sobre los requisitos legales aplicables a las personas físicas y jurídicas británicas para ser operador de comunicaciones electrónicas a partir del 1 de enero de 2021 (CNS/DTSA/041/21).

²⁰ Ver asimismo el Fundamento Jurídico Procedimental Único.

²¹ *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión a que hacen referencia los artículos 6 a 11 de esta Ley y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -actualmente, Ley 39/2015, de 1 de octubre, y Ley 40/2015, de 1 de octubre-, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico*

El artículo 82 de la LGTel regula las medidas cautelares que se adopten durante la tramitación de un procedimiento sancionador por las conductas descritas en los artículos 76 y 77 de la LGTel, mientras que el artículo 56 de la LPAC prevé las medidas provisionales que se pueden adoptar con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sin especificar el tipo de procedimiento.

Concretamente, el apartado primero del artículo 56 de la LPAC dispone que *“el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” y “si existen elementos de juicio suficientes para ello de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.*

Y añade, en su apartado 4, que *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.*

La Resolución de 4 de febrero de 2020 adoptó una medida provisional necesaria y urgente para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer en el procedimiento de conflicto, adaptándose por ende a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la LPAC, y no del artículo 82 de la LGTel.

Los Tribunales han venido admitiendo la adopción de medidas cautelares o provisionales por parte de esta Comisión en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Así, por ejemplo, lo ha señalado la Audiencia Nacional en su reciente Sentencia de 13 de mayo de 2021 (recurso 292/2018) en cuyo Fundamento Octavo declara que:

La resolución adopta una medida cautelar por la necesidad de garantizar la protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia, al tener que estar operativo el servicio NEBA local el 19 de enero de 2018 y no estaría elaborada la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica, considerando necesario establecer una referencia de precios para el citado servicio mayorista, pues en caso contrario, la inexistencia de una referencia de precios verificada por la CNMC podría desincentivar o retrasar la contratación de un servicio fundamental para el pleno desarrollo de los mercados de banda ancha.

1.3.- Negación de los hechos por los que se incoa el expediente sancionador.

Los seis operadores señalan que *“la medida cautelar no obliga a llevar a cabo ninguna acción en sentido activo o positivo, sino a garantizar que se puede llevar a cabo la portabilidad de las numeraciones al operador Colt por parte de su titular, esto es que no se realiza ninguna actuación que impida, dificulte o restrinja que se lleve a cabo dicha portabilidad, lo que ha cumplido de forma escrupulosa (...)”.*

Al respecto, dichas afirmaciones no pueden sustentarse tras la lectura del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 4 de febrero de 2020, el cual dispone: *“Asimismo, la adopción de la presente medida cautelar es urgente porque el plazo máximo de portabilidad de los usuarios es de un día laborable de acuerdo con el artículo 47.1.c) de la LGTe²², de modo que ha transcurrido un tiempo excesivo que supera varias veces el plazo establecido por la Especificación Técnica, desde que los abonados empresariales han manifestado su voluntad de portarse a Colt con conservación de su numeración”*. Y añade, *“De no adoptarse esta medida de forma cautelar, la obligación que esta Comisión terminara imponiendo como consecuencia del conflicto iniciado podría resultar inoperante, porque el retraso en el inicio de la provisión del servicio telefónico disponible al público por parte de Colt a sus clientes podría tener como efecto perder los clientes, así como perjudicar su imagen -los clientes podrían no conocer qué operador es responsable por los posibles retrasos en la portabilidad- de modo que el cambio de operador podría verse frustrado”*.

El objeto de la medida cautelar fue ordenar a los operadores objeto del presente procedimiento a garantizar, en su rol de operadores donantes, el ejercicio del derecho de los abonados a portarse a Colt en el plazo de 5 días, tras las numerosas denegaciones injustificadas por parte de los seis operadores del Grupo Dialoga. Por ello, es evidente que el cumplimiento de la resolución dictada exigía a estos operadores aceptar las portabilidades lanzadas por Colt, lo cual exige un “comportamiento activo y positivo” de las empresas, al contrario de lo que afirman, y es claro que la inacción posterior de las empresas del Grupo Dialoga -no aceptando nuevamente las portabilidades solicitadas por Colt- supone un incumplimiento de la medida impuesta.

Por tanto, la negación o desconocimiento que mantienen todos los operadores a la luz de la explicación anterior transcrita no puede aceptarse; los operadores del Grupo Dialoga debían aceptar, tramitar y completar en el plazo de 5 días las solicitudes de portabilidad presentadas por el operador receptor, Colt, alterando la conducta mantenida con anterioridad a la medida cautelar.

Por otro lado añaden, a través de los distintos escritos de alegaciones de 14 de abril de 2021, que *“Colt Technology Services, S.A.U. (en adelante, Colt) no ha cumplido de forma correcta, toda vez que como ya se expuso en el conflicto del que dimana este procedimiento dicho operador de forma sistemática y reiterada realizó peticiones de portabilidad incompletas y/o de forma incorrecta, e incluso las que fueron realizadas correctamente en muchos casos fueron unilateralmente canceladas por dicho operador, estando en tales circunstancias plenamente justificada que la portabilidad no se llevara a efecto”*.

²² *“El 26 de abril de 2012, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó aprobar la resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija), incorporando la reducción del plazo efectivo de portabilidad del usuario final a un día (véase expediente núm. DT 2009/1634, de 26 de abril de 2012).”*

La realización de peticiones de portabilidad incompletas y/o incorrectas nunca se consideró justificada en el procedimiento de conflicto de referencia (CFT/DTSA/155/19). La cuestión relativa a la cancelación por Colt de algunas solicitudes previamente aceptadas fue analizada en el marco de aquel procedimiento, señalando la resolución que: “Sin embargo, el apartado 5.1.5 de la Especificación técnica de la portabilidad fija no contempla como causa de denegación de las solicitudes de portabilidad el que se hayan cancelado solicitudes anteriores por parte del operador receptor (en este caso Colt), por lo que no está justificada la negativa de las empresas citadas a portar las solicitudes de portabilidad que curse Colt sobre la numeración fija de sus clientes empresariales [CONFIDENCIAL] sobre la base de dichas cancelaciones.

Este aspecto es de gran relevancia, ya que los operadores de comunicaciones electrónicas no pueden condicionar ni menoscabar por motivos arbitrarios el derecho que tienen los clientes empresariales a cambiarse libremente de operador con conservación (portabilidad) de la numeración para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público cuando estimen conveniente. Además, hay que recordar que, como ya se ha señalado, las cancelaciones efectuadas por Colt se realizaron con el fin de que las portabilidades de todas las numeraciones de sus dos clientes (empresariales) se hicieran efectivas el mismo día, tal y como los abonados habían solicitado (al inicio del presente Fundamento se analizaron las cartas al respecto aportadas por uno de los clientes afectados)”. Procede remitirse a este análisis y no cabe, por tanto, estimar dicha alegación.

En este sentido, los Tribunales han recordado la necesidad de que los operadores observen las especificaciones técnicas en materia de portabilidad, constituyendo su incumplimiento una infracción del Derecho sectorial. Así, entre otras, lo señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 09 de febrero de 2018 (recurso 75/2016):

*(...) en el curso del procedimiento se comprobó, en función de la documentación y actuaciones practicadas, y así consta en la Propuesta de Resolución, que “dado que **las portabilidades solicitadas por los clientes de Revideo y AVP no seguían el procedimiento establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil5, ni las empresas contribuían a los costes del Nodo Central de la portabilidad, se considera probado que ambas entidades han incurrido en un incumplimiento de los requisitos para la portabilidad establecidos en las Resoluciones de la CMT de fechas 19 de junio de 2008 y 7 de julio de 2011, sobre las respectivas modificaciones de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles**”.*

1.4.- Sobre la incorporación de documentación económica.

Por último, los operadores, en sus escritos de alegaciones de 14 de abril de 2021, señalan: *“Llamamos la atención de esta Comisión sobre la improcedencia*

de la siguiente documentación incorporada por la instructora mediante acuerdo adoptado en fecha 9 de marzo de 2021: las declaraciones de los ingresos brutos relativos a la Tasa General de Operadores relativas al ejercicio 2018 y las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil relativas al ejercicio de 2019.

La incorporación de la referida documentación se trata de una actuación totalmente general e indiscriminada, que por su falta de relación con lo que es objeto del expediente sancionador resulta arbitraria e injustificada, toda vez que lo único que pretende es la obtención de determinada información que en nada sirve al presente expediente y su aparente finalidad, según apuntan todos los indicios, es justificar la cuantificación de una sanción que ya está decidida de antemano, presumiblemente mediante la utilización de los datos solicitados.

Y añaden los operadores que, *“La instructora, en una clara muestra de parcialidad y carencia de objetividad, anuncia implícitamente el sentido de su resolución mediante la incorporación de las declaraciones de los ingresos brutos relativos a la Tasa General de Operadores relativas al ejercicio 2018 y las cuentas anuales depositadas ante el Registro Mercantil relativas al ejercicio de 2019, adelantando de forma totalmente irregular que ha existido una infracción por parte de OPERA²³, cuando ello no es cierto y, de forma más grave, cuando todavía no se ha tramitado todo el expediente sancionador, ocasionándose indefensión a esta parte, **con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba**”.*

A este respecto, cabe recordar que todo procedimiento administrativo sancionador consta de una fase de instrucción, en la que se comprueban los hechos y se realizan las alegaciones correspondientes, pudiendo los interesados alegar lo que consideren, además de aportar los documentos o informaciones que estimen oportunas, y proponer pruebas en su caso. Por su parte, el órgano instructor hará las actuaciones que considere oportunas para determinar si existe o no responsabilidad susceptible de sanción. Tras lo anterior, y según el artículo 89.2 de la LPAC, el órgano instructor debe hacer su propuesta de resolución, la cual será notificada al interesado para que pueda realizar alegaciones a la misma. Esta propuesta determinará los hechos, su calificación jurídica, la infracción correspondiente, quién o quiénes son las personas responsables de la misma, y la sanción que se propone. Dicho procedimiento concluye, posteriormente, con la Resolución por parte de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por ello, de ninguna manera se puede sostener la alegada infracción de las garantías de contradicción y prueba y la indefensión, cuando se está notificando a los interesados toda incorporación de documentación y pueden y podrán efectuar las alegaciones que estimen oportunas durante la fase de instrucción y

²³ Dichas alegaciones han sido formuladas por todos los operadores del Grupo Dialoga.

a la propuesta de resolución. Cabe añadir que sorprende dicha manifestación cuando los operadores han presentado distintos escritos de alegaciones al acuerdo de incoación, no proponiendo medio de prueba alguno, pese a haberse indicado esta posibilidad (y señalarse en la norma) en el escrito de la instructora de denegación de apertura de un periodo de prueba de 2 de febrero de 2021, por no especificar los mismos, tal como señala la normativa sectorial. Asimismo, los operadores que así lo han solicitado han tenido acceso a la documentación obrante en el presente expediente.

Por otro lado, el artículo 29 de la LPAC dispone que *“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción”*. Asimismo, el artículo 80.2 de la LGTel dispone *“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”*.

Los Tribunales han venido admitiendo el uso de los ingresos brutos de los operadores como criterio de graduación de las sanciones impuestas por la CNMC, entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2015 (RC 2526/2012).

Por ello, con carácter general se consultó la información económica de las empresas investigadas obrante en la CNMC y en el Registro Mercantil, pues dicha información resulta útil para determinar la situación económica de los presuntos infractores. En ese sentido, la instructora asimismo solicitó, con fecha 9 de diciembre de 2020 (folios 1263 y 1264), los ingresos obtenidos, entre febrero y noviembre de 2020, a través de la numeración telefónica listada en la Resolución de 4 de febrero de 2020, así como los ingresos brutos anuales de todas las empresas percibidos en el ejercicio 2019, entre otra información. Sin embargo, los operadores, en el ejercicio de los derechos que les asisten en virtud de la normativa sectorial, decidieron no facilitar la información. Por último, ha de indicarse que la información disponible en el Registro Mercantil es, con carácter general, de acceso público, y respecto de otra información incorporada de carácter tributario o facilitada por la AOP, se señala que la incorporación de dicha información al expediente se hace con el respeto de las debidas garantías de confidencialidad de las empresas interesadas, habiendo sido dicha información declarada confidencial en virtud del escrito de la instructora de 17 de marzo de 2021 (folios 2295 al 2300).

Todos ellos añaden, en relación con lo anterior, que la incorporación de dicha información vulnera el derecho de tutela judicial efectiva que se declara en el artículo 24 de la Constitución. Al respecto, hay que responder que el derecho de tutela judicial efectiva sólo puede ser infringido por quienes tienen atribuida en

exclusiva la potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución española²⁴). Son, en efecto, los jueces y tribunales, que integran el Poder Judicial, los órganos judiciales del Estado, *"y no aquellos otros sujetos de derecho frente a los que se pide protección, sean públicos o privados, los que han de otorgar la 'tutela judicial efectiva' y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar la violación de ese derecho que la Constitución garantiza..."* (STC 26/1983, de 13 de abril, FJ1).

SEGUNDO.- Responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador²⁵, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una 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).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración establece, en el artículo 28 del LRJSP, 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, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia, de tal manera que, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 28 del LRJSP 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. 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 su parte, 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

²⁴ *"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan"*.

²⁵ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

supone querer realizar el hecho ilícito²⁶.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad, se considera que los seis operadores del Grupo Dialoga eran plenamente conscientes de que el incumplimiento de la Resolución por la que se adoptó la medida provisional implicaba el tipo infractor del artículo 76.12 definido en la LGTel, es decir, conocían su significación jurídica y ello porque son operadores que actúan en el mercado del servicio telefónico fijo y, por ende, conocen las obligaciones a las que deben someterse, incluidas las existentes en materia de portabilidad; en el presente caso, el cumplimiento al que deben someterse ante las resoluciones que adopta la CNMC, así como el respeto al derecho que asiste a los usuarios a portarse, según recoge el artículo 47 de la LGTel.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo número 6573/2001) que:

“Debe referirse que, desde la perspectiva constitucional, el Derecho administrativo sancionador, en las relaciones especiales de sujeción constituye una expresión del principio de autotutela al atribuirse poderes coercitivos sancionadores a la Administración Pública para reprimir los ilícitos administrativos que lesionen los intereses protegidos por el ordenamiento administrativo por lo que la compañía (...) no puede desobedecer la Ley administrativa sectorial aplicada, interpretando de modo unilateral que puede dejar de cumplir las medidas cautelares adoptadas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

En cuanto al elemento volitivo, tal y como se desprenden de los hechos probados y concretamente, de los múltiples escritos de alegaciones presentados durante la tramitación, los operadores no dieron cumplimiento al mandato fijado en la Resolución de 4 de febrero de 2020 porque no tuvieron voluntad de aceptar las portabilidades en el plazo establecido, toda vez que el mandato era claro.

En definitiva, todos ellos tenían perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica, por lo que no cabe señalar ausencia de dolo o culpa como alegan las empresas del Grupo Dialoga en sus escritos presentados el 26 de julio de 2021. Concorre, en consecuencia, el requisito de culpabilidad en la actuación de Dialoga, Incotel Ingeniería y Consultoría, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados e IGB, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente conscientes de su incumplimiento (elemento intelectual).

Por otro lado, la necesidad de los operadores de cumplir dentro del plazo fijado en las resoluciones de la CNMC ha sido recordada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 391/2018 de 12 de marzo de 2018 (RC 3879/2015):

²⁶ Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4324/2014 de 21 de octubre de 2014. Recurso contencioso-administrativo número 2319/2011.

*Y ello porque de la simple lectura de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de mayo de 2013 se explican pormenorizadamente las razones tomadas en consideración para adoptar la solución consistente en rechazar la solicitud de ampliación del plazo, manteniendo la fecha de 1 de julio de 2013 para la implantación de las modificaciones de **portabilidad** fija, descartando las demás alternativas posibles.*

En el caso concreto de las medidas cautelares adoptadas en la resolución de conflictos entre operadores, la obligación de cumplirlas en el plazo estipulado es aún más evidente por el carácter dinámico de los mercados de comunicaciones electrónicas, tal y como declaró en su día la Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 de diciembre de 2004 (recurso 755/2002):

*Si el retraso en la resolución de un conflicto de interconexión puede comprometer -por la propia dinámica de este mercado- la competencia en condiciones de igualdad, la Administración debe anticiparse, mediante la adopción de **medidas cautelares** si fuere el caso, para impedirlo. De esta forma se asegura la efectividad de la resolución que finalmente se dicte, que ésta consiga el principal de sus efectos.*

Por último, las anteriores conclusiones no se ven afectadas por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del imputado.

TERCERO. – Determinación y cuantificación de la sanción.

3.1.- Límite legal de la cuantía de la sanción.

La LGTel establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por cada uno de los operadores consiste en el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020 por la que se adoptó una medida provisional para los seis operadores del Grupo Dialoga -tipo contenido en el artículo 76.12 de la LGTel-.

De conformidad con el artículo 79.1.a) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

La LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la CNMC, (i) el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, si no puede determinarse el beneficio bruto, (ii) veinte millones de euros.

Por tanto, y en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción por parte de cada uno de los operadores.

La conducta antijurídica de los seis operadores dio lugar a la vulneración de distintos bienes jurídicos; por un lado, de la “autoritas” de la CNMC -representada por el necesario cumplimiento de los mandatos dictados en las resoluciones de este organismo- y, por otro, se produce la vulneración de un derecho que otorga la legislación, consistente en la posibilidad del usuario de portarse en el plazo de 24 horas al operador que desee.

En el marco del presente procedimiento la instructora solicitó, por escrito de 9 de diciembre de 2020 (folios 1263 y 1264), los ingresos obtenidos a través de la numeración listada en la Resolución 4 de febrero de 2020. Sin embargo, ninguno de los operadores dio contestación al citado extremo por entender que dicha información serviría para *“justificar la cuantificación de una sanción que ya está decidida de antemano, presumiblemente mediante la utilización de los datos solicitados (folios 1447 al 1489)”*.

Por otra parte, obra en el expediente el contrato suscrito entre Dialoga y el cliente empresarial **[CONFIDENCIAL]** de 16 de diciembre de 2011 (folios 115 al 124) a través del cual el operador prestó a su cliente los servicios de red inteligente, constando una factura de 6 de noviembre de 2019²⁷ emitida por Dialoga por la que le facturó un importe que ascendió a **[CONFIDENCIAL²⁸]**. A pesar de incluir en dicha factura conceptos mensuales por servicios relacionados con la numeración 902 a portar, se desconoce si el resto de conceptos aluden al resto de numeración fija, no obrando en el expediente las facturas del resto de operadores, ni las cantidades devengadas entre la fecha en que se adoptó la Resolución de 4 de febrero de 2020 y su efectivo cumplimiento, octubre de 2020, periodo en el cual continuó prestando los servicios a los clientes actuales de Colt. Aunque no puede determinarse exactamente el beneficio, lo que sí se desprende de la factura aportada es que el cliente mencionado generaba para los operadores investigados una facturación mensual elevada.

Por consiguiente, en el presente procedimiento, consistente en el incumplimiento por parte de los operadores de la Resolución por la que se acordó la medida provisional, no ha sido posible calcular el beneficio bruto obtenido por cada uno de los operadores como consecuencia de la comisión de la infracción.

²⁷ Escrito de contestación de Colt de 28 de diciembre de 2020 (folios 1292 al 1390) en contestación al requerimiento formulado por la instructora el 9 de diciembre del mismo año (folios 1284 a 1288).

²⁸ Impuestos indirectos incluidos -IVA-.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de cada una de las sanciones no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de cada una de ellas, en cuanto infracciones muy graves, quedan fijadas en 20.000.000 de euros.

3.2.- Aplicación de los criterios legales de graduación de las sanciones.

A continuación, se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRJSP.

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*

En el presente procedimiento se considera que no concurren critérios atenuantes de la sanción. Sin embargo, se considera que concurre el criterio agravante de la continuidad o persistencia en la conducta infractora (artículo 29.3.b de la LRJSP).

El objetivo perseguido con la adopción de una medida provisional es asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el seno del procedimiento administrativo, adoptándose por ende por motivos de urgencia. En el presente procedimiento, la medida fue adoptada mediante Resolución de 4 de febrero de 2020, otorgando un plazo de cinco días hábiles para llevarla a efecto. Sin embargo, pese a aceptar algunas solicitudes de portabilidad entre el 17 y 24 de febrero de 2020, el incumplimiento persiste hasta el momento en que no se aceptó la portabilidad de la totalidad de la numeración anexada a la Resolución de 4 de febrero de 2020.

Como ya se ha indicado, la Resolución final recaída en el seno del procedimiento de conflicto, de 8 de octubre de 2020, dispuso un nuevo plazo de cinco días a contar desde la notificación de la misma, para que los seis operadores llevaran a cabo la aceptación de los procesos de portabilidad solicitados por Colt, culminando entre los días 14 y 28 de octubre de 2020 todos los procesos de portabilidad solicitados por Colt. Por ello, todos los operadores persistieron en la conducta infractora hasta la fecha final en que se hicieron efectivas las portabilidades, es decir hasta ocho meses después de dictarse la medida provisional y cuando la misma ya había sido sustituida por la resolución final del conflicto en virtud del artículo 56.5 LPA.

Es fundamental tener en cuenta que todas las numeraciones se refieren a únicamente dos clientes empresariales, que necesitaban que la portabilidad se produjera al mismo tiempo, para garantizar el funcionamiento de sus servicios de comunicaciones electrónicas con su nuevo operador (Colt) -extremo que las empresas interesadas conocían y conocen sobradamente-. De manera que la conducta de los operadores del grupo Dialoga impidió el cambio de operador de los clientes, no únicamente la portabilidad de unos números concretos.

Las conductas llevadas a cabo por los seis operadores que conforman el Grupo Dialoga han ocasionado una serie de perjuicios muy claros tanto a los clientes que solicitaron la portabilidad a Colt, y cuya medida iba dirigida a garantizar el cumplimiento del derecho que les asiste, la conservación de la numeración, como al operador receptor de dichas portabilidades (Colt), el cual se vio imposibilitado hasta transcurridos ocho meses a prestar el servicio telefónico contratado a sus clientes y a percibir los correspondientes ingresos por el servicio prestado.

Pese a existir dichos perjuicios, los mismos no han sido valorados a efectos de graduar las sanciones propuestas por considerarse que los mismos deben considerarse en el procedimiento sancionador actualmente tramitado con número SNC/D TSA/060/20.

3.3.- Cuantificación de la sanción.

En particular, para determinar la cuantía de la sanción a imponer hay que tener en cuenta los límites legales y los criterios para graduar la sanción anteriormente citados, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual *“el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*. Por ello y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término ha de procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; núm. 03/4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁹.

Por ello, y en aras a respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de cada una de las sanciones y en atención al citado artículo 80.2 de la LGTel, se ha de considerar, asimismo, la situación económica de cada uno de los infractores, en base a los ingresos, sus gastos y el patrimonio de cada una de las operadoras.

Ninguno de los seis operadores ha presentado la cifra de los ingresos brutos anuales percibidos en el ejercicio 2019, a pesar de que los cuales fueron requeridos expresamente mediante escrito de la instructora el 9 de diciembre de 2020 (folios 1263 y 1264).

Constan, según la información que obra en este organismo, los ingresos brutos de explotación declarados por cada uno de ellos para el pago de la tasa general de operadores (TGO) para el servicio telefónico fijo disponible al público en el ejercicio 2018, y la copia de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2019, que reflejan los datos siguientes³⁰:

²⁹ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (núm. 60/1995).

³⁰ Información incorporada al presente procedimiento mediante escrito de la instructora de 17 de marzo de 2021 (folios 997 a 1073).

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL].

En conclusión, las cifras de las cuentas anuales reflejan la cifra de negocio obtenido por una empresa, esto es, los ingresos obtenidos por cada una de las empresas, en relación con todas sus actividades, además de la prestación del servicio telefónico disponible al público, y que revelan cuál es la situación económica global más reciente (faltando las cuentas anuales de 2019 relativas a IGB).

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de cada uno de los operadores, para la individualización de la sanción a imponer a cada operador se tendrá en cuenta lo siguiente:

- Se imputa a cada uno de los operadores, Dialoga, Opera, Contacta, Incotel Servicios Avanzados, Incotel Ingeniería y Consultoría e IGB, la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de una Resolución dictada por la CNMC el 4 de febrero de 2020.
- La infracción ha sido cometida a título de dolo.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido por cada uno de ellos como consecuencia de la comisión de las infracciones. En consecuencia, el límite máximo de cada una de las sanciones que se puede imponer a los operadores es de 20.000.000 €.

La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse el posible beneficio bruto de dicha comisión, que en este caso no ha podido ser determinado.

- Se estima que concurre el siguiente criterio de graduación que ha de agravar las sanciones a imponer a los seis operadores, consistente en la persistencia en la conducta por parte de los infractores.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica de cada uno de los infractores.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y de los elementos anteriores, y teniendo particularmente en cuenta la situación económica de las empresas y el criterio de graduación que concurre en la conducta de todos los operadores, se considera que procede imponer las siguientes sanciones:

- g) Dialoga, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de doscientas veinte seis mil euros (226.000€).
- h) Incotel Ingeniería y Consultoría, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de cincuenta siete mil euros (57.000€).
- i) Opera, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de treinta y un mil euros (31.000€).
- j) Incotel Servicios Avanzados, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de diez mil euros (10.000€).
- k) Contacta, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de cuatro mil euros (4.000€).
- l) IGB, por el incumplimiento de la Resolución de 4 de febrero de 2020, una sanción de mil euros (1.000€).

Como puede observarse, pese a la presunta desproporción e incorrecta graduación de la sanción alegada por los imputados en sus escritos de alegaciones de 26 de julio de 2021, hay que responder que los operadores con mayor número de ingresos brutos en el ejercicio 2018 y mayor volumen de cifra de negocios en 2019 (Dialoga, Opera e Incotel) reciben mayores importes de sanción, en observancia del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones. En este sentido, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1445/2018 de 01 de octubre de 2018 (RC 03/2599/2016) consideró el importe de los ingresos obtenidos para calificar la menor o mayor gravedad de la conducta del operador.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Dialoga Servicios Interactivos, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

SEGUNDO.- Imponer a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. una sanción por importe de **doscientos veintiséis mil euros (226.000€)**.

TERCERO.- Declarar responsable directa a la entidad Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

CUARTO.- Imponer a Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A. una sanción por importe de **cincuenta y siete mil euros (57.000€)**.

QUINTO.- Declarar responsable directa a la entidad Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

SEXTO.- Imponer a Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. una sanción por importe de **treinta y un mil euros (31.000€)**.

SÉPTIMO.- Declarar responsable directa a la entidad Incotel Servicios Avanzados, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

OCTAVO.- Imponer a Incotel Servicios Avanzados, S.L. una sanción por importe de **diez mil euros (10.000€)**.

NOVENO.- Declarar responsable directa a la entidad Contacta Serveis Avançats, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

DÉCIMO.- Imponer a Contacta Serveis Avançats, S.L. una sanción por importe de **cuatro mil euros (4.000€)**.

UNDÉCIMO.- Declarar responsable directa a la entidad Internet Global Business, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de febrero de 2020.

DUODÉCIMO.- Imponer a Internet Global Business, S.L. una sanción por importe de **mil euros (1.000€)**.

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