

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ORANGE ESPAGNE S.A.U. POR IRREGULARIDADES EN LA PORTABILIDAD DE DETERMINADOS NÚMEROS FIJOS.

SNC/DTSA/1847/14/PORTABILIDADES IRREGULARES ORANGE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 22 de octubre de 2015

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia interpuesta por Dialoga Servicios Interactivos, S.A.

Mediante escrito de 20 de diciembre de 2013 (folios 1 a 62), el operador Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (en adelante, Dialoga) puso en conocimiento de esta Comisión la existencia de posibles irregularidades en la portabilidad de determinados números geográficos y de tarifas especiales por parte de Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) debido a la denegación reiterada de dichas portabilidades sin causa justificada, en su rol de operador donante.

Como consecuencia de ello, Dialoga solicitaba a esta Comisión que se iniciara un procedimiento administrativo sancionador contra Orange y se declarara a la denunciante como parte interesada en dicho procedimiento.

SEGUNDO.- Inicio de un periodo de información previa

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia (en adelante, CNMC), de 8 de enero de 2014 (folio 63), se procedió a la apertura de un período de información previa con el fin de analizar los hechos puestos de manifiesto por Dialoga y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Este escrito se comunicó tanto a Orange como a Dialoga, junto al requerimiento de determinada información (folios 64 y 65).

TERCERO.- Escrito de contestación de Orange

Con fecha de 24 de enero de 2014 se recibió en esta Comisión un escrito de Orange en contestación al requerimiento de información indicado en el antecedente de hecho anterior (folios 66 a 116).

CUARTO.- Escrito de contestación de Dialoga

Con fecha de 26 de febrero de 2014 se recibió en esta Comisión un escrito de Dialoga en contestación al requerimiento de información indicado en el antecedente de hecho segundo, denunciando irregularidades en el proceso de portabilidad de 20 números telefónicos fijos adicionales (folios 117 a 140).

QUINTO.- Consulta a Portanet

Con fecha de 20 de marzo de 2014 la Comisión consultó las bases de datos de la Entidad de Referencia de la portabilidad fija, a través de la interfaz de supervisión habilitada a estos efectos, prevista en el apartado 7 de la Especificación Técnica de la portabilidad fija de 2012 (y apartado 8 de la Especificación Técnica de 2009¹), respecto a los procesos de portabilidad de los números contenidos en la primera denuncia de Dialoga.

SEXTO.- Nuevos requerimientos de información a Dialoga y Orange

El 23 de abril de 2014, la DTSA formuló sendos requerimientos de información adicional a Dialoga y Orange (folios 141 a 142). El 15 de mayo de 2014 Orange contestó a dicho requerimiento de información (folios 143 a 181). Sin embargo, Dialoga no contestó.

¹ Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de servicios de tarifas especiales y de numeración personal en caso de cambio de operador (portabilidad fija), aprobada por la Resolución del Consejo de esta Comisión de 26 de abril de 2012 (DT 2009/1634).

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha de 25 de julio de 2014 la DTSA declaró la confidencialidad de determinados datos aportados al presente expediente por las operadoras denunciante y denunciada (folios 182 a 184).

OCTAVO.- Nueva consulta a Portanet

Con fecha de 6 de agosto de 2014, los Servicios de esa Comisión realizaron una nueva consulta de las bases de datos de la Entidad de Referencia de la portabilidad fija, respecto a los 26 números contenidos en ambas denuncias de Dialoga.

NOVENO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

En fecha 30 de octubre de 2014, la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC acordó incoar el presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/1847/14/PORTABILIDADES IRREGULARES ORANGE), por existir indicios de incumplimiento, por parte de Orange, de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 54.p) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (folios 185 a 210).

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a Orange y a la instructora del expediente, el 3 de noviembre de 2014 (folios 211 a 213).

DÉCIMO.- Escritos de alegaciones de Orange al acuerdo de incoación

Con fecha de 3 de diciembre de 2014, se recibió un escrito de Orange por el que presentó alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador (folios 214 a 252).

Con fecha de 30 de enero de 2015, se recibió un nuevo escrito de Orange por el que presentó información adicional a la indicada en el párrafo anterior (folios 253 a 275).

UNDÉCIMO.- Requerimiento de información a Orange

Con fecha 5 de febrero de 2015 se realizó un requerimiento de información a Orange acerca de las razones del desalineamiento de sus sistemas, de los rechazos de las solicitudes de portabilidad por línea inactiva, y sobre las medidas adoptadas y plazos de resolución de las incidencias generadas en la portabilidad por estos motivos (folios 276 a 279).

DUODÉCIMO.- Requerimiento de información a la AOP

Con fecha de 5 de febrero de 2015 se requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad fija (en adelante, AOP), determinada información acerca del volumen de las portabilidades gestionadas por Orange y por otros operadores² comparables a Orange, en su rol donante (folios 280 a 284).

DECIMOTERCERO.- Escritos de contestación a los requerimientos

Con fecha de 23 de febrero de 2015, se recibió escrito de Orange por el que contestó al requerimiento de información indicado en el antecedente de hecho undécimo (folios 285 a 288).

El mismo día se recibió contestación de la AOP al requerimiento de información formulado (folios 289 a 327).

DECIMOCUARTO.- Nuevo requerimiento de información a la AOP

Con fecha de 14 de abril de 2015 se formuló un nuevo requerimiento de información a la AOP acerca de los números telefónicos afectados por los rechazos de portabilidad y el tiempo transcurrido hasta su efectiva portabilidad (folios 328 a 332).

La respuesta a dicho requerimiento se recibió en esta Comisión el 6 de mayo de 2015 (folios 341 a 343).

DECIMOQUINTO.- Nuevo requerimiento de información a Orange

Con fecha de 23 de abril de 2015, se requirió a Orange determinada información acerca de sus revendedores y del ingreso medio por línea telefónica fija (folios 333 a 336), el cual fue contestado mediante escritos de 13 de mayo (folios 344 a 348), 20 de mayo (folios 349 a 354) y 28 de mayo (folios 355 a 360) de 2015.

DECIMOSEXTO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha de 24 de julio de 2015 la instructora declaró la confidencialidad de determinados datos aportados al presente procedimiento (folios 361 a 366).

DECIMOSÉPTIMO.- Aportación de información adicional por la AOP

Con fechas de 27 (folios 367 a 674) y 28 de julio de 2015 (folios 675 a 814) se recibieron sendos escritos de la AOP mediante los cuales se venía a completar

² Telefónica, Vodafone, Cableuropa y Jazztel.

la contestación al requerimiento de información formulado por la Instrucción, indicado en el antecedente decimoquinto.

DECIMOCTAVO.- Propuesta de Resolución

La instructora formuló propuesta de resolución el 7 de agosto de 2015 (folios 815 a 925), por la que se propuso declarar a ORANGE responsable directo de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 54 p) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber impedido injustificadamente a 970 usuarios el ejercicio de su derecho a la portabilidad numérica entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014.

Asimismo, se propone imponer a ORANGE una sanción económica por importe de 75.000 € (setenta y cinco mil euros) por la infracción indicada.

DECIMONOVENO.- Trámite de audiencia y alegaciones de ORANGE a la propuesta de resolución

En fecha 11 de septiembre de 2015 ORANGE presentó escrito de alegaciones (folios 927 a 939) en el que solicita el archivo del expediente sancionador al no haber quedado suficientemente acreditado, a su juicio, el supuesto incumplimiento de las especificaciones técnicas de portabilidad fija. Con carácter subsidiario ORANGE solicita que se rechace la aplicación de la agravante de reiteración al no darse identidad en los hechos supuestamente objeto de sanción. Y ello, sobre la base, en síntesis, de los siguientes argumentos:

- El objeto del procedimiento sancionador excede el objeto del conflicto inicialmente presentado por Dialoga, debiendo haberse limitado el procedimiento a las 23 numeraciones que fueron el objeto inicial de denuncia por aquel operador.
- Falta de acreditación del carácter injustificado de los rechazos por línea inactiva imputados a ORANGE e imposibilidad de control por parte de ORANGE en el supuesto de numeración gestionada por revendedores.
- Discriminación de ORANGE frente a otros operadores en el mercado, con unas tasas de rechazo de portabilidad por líneas inactivas similares e incluso superiores y que no son objeto de incoación de expediente sancionador alguno.
- Incorrecta aplicación de la agravante de reiteración o reincidencia, al valorarse indebidamente una Resolución anterior de la CNMC de 3 de julio de 2014. Dicha resolución castigó la negligencia de ORANGE en alcanzar la fecha en la que determinados cambios debían haberse implementado en los procesos de portabilidad, pero no venía referida al

funcionamiento de los procesos en sí mismos que, es lo que sí se analizaría en este expediente sancionador.

VIGÉSIMO.- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Sala de Supervisión Regulatoria

Por medio de escrito de fecha 14 de septiembre de 2015 (folio 940) la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual acuerda el cierre de la fase instructora y la elevación del expediente a la Sala de Supervisión Regulatoria.

VIGESIMOPRIMERO.- Acuerdo de Recalificación y notificación del mismo a ORANGE

Mediante Acuerdo de fecha 24 de septiembre de 2015 (folios 941 a 950) la Sala de Supervisión Regulatoria resuelve recalificar los hechos como infracción muy grave del artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y teniendo en cuenta la circunstancia atenuante concurrente y la comisión de la sanción por culpa (y no dolo) que concurren, se considera que procede imponer una sanción muy grave del artículo 56.1.b) LGTel de 2003 en la cuantía de 150.000 € (ciento cincuenta mil euros).

Dicho acuerdo es notificado a ORANGE en fecha 29 de septiembre de 2015 (folios 951 a 953) a los efectos de efectuar alegaciones, según lo previsto en el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

VIGESIMOSEGUNDO.- Alegaciones de Orange al Acuerdo de Recalificación

En fecha 15 de octubre de 2015 (folios 954 a 973), ORANGE presenta alegaciones al acuerdo de recalificación. Los argumentos deducidos por el operador son, en resumen, los siguientes:

- Incorrecta recalificación de los hechos, que deben ser objeto de archivo por resultar meras incidencias operativas posteriormente corregidas por el operador.
- Los 970 rechazos indebidos declarados probados tanto en la propuesta de resolución de 7 de agosto de 2015 como en el acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015 se reducirían, en realidad a 188 en dos años. El resto fue correctamente rechazado a juicio del operador.
- Ausencia total de dolo y culpa por parte de ORANGE así como de beneficio económico con relación a las incidencias operativas producidas.

VIGESIMOTERCERO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2.b) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Competencia, en su reunión de 19 de octubre de 2015, acordó informar sin observaciones el presente expediente.

HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de los actos de instrucción practicados ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente HECHO:

ÚNICO.- Orange ha utilizado la causa ‘línea inactiva’ para rechazar solicitudes de portabilidad, al menos en 525 números, en los que las líneas se encontraban activas, entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014.

1.- Hechos acreditados durante el período de información previa.

En el periodo de información previa al presente procedimiento sancionador³, se concluyó que respecto a 23 de los números denunciados y analizados en aquel expediente se habían producido rechazos reiterados entre los años 2013 y 2014 por la causa ‘línea inactiva’ de la Especificación técnica de la portabilidad fija cuando en realidad las líneas se encontraban activas, debido a un error en los sistemas de Orange, reconocido por la propia operadora, lo que podría suponer un uso incorrecto de la causa de rechazo indicada. Por ello, se concluyó que existían suficientes indicios de incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de Orange.

2.- Hechos acreditados durante la instrucción del procedimiento sancionador hasta el Acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015.

2.1.- Sobre el objeto de instrucción.

Durante la instrucción del procedimiento sancionador se analizó cómo Orange había utilizado la causa de rechazo ‘línea inactiva’ durante los años 2013 y 2014.

Frente a las alegaciones de ORANGE de 11 de septiembre (folios 927 a 930) y 15 de octubre de 2015 (foliio 958), en las que el operador manifiesta su disconformidad con el objeto de instrucción del presente procedimiento, debe

³ RO 2013/2493.

recordarse que el presente procedimiento sancionador se incoó por existir indicios de un uso incorrecto de la causa de rechazo de las portabilidades de 'línea inactiva' por parte de Orange, una vez analizados los 26 casos denunciados por Dialoga.

Ello no obsta a que esta Comisión analice el uso de esta causa de rechazo por parte de Orange, dentro del periodo tenido en cuenta, sin limitarse única y exclusivamente a los casos denunciados por Dialoga. La instrucción del procedimiento sirve precisamente para determinar los hechos sancionables. En virtud de los artículos 13.b) y 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), los hechos se han de determinar en la propuesta de resolución, siendo la resolución definitiva la que no podrá aceptar hechos distintos a los determinados en la fase de instrucción (artículo 20 del mismo Reglamento).

2.2.- Sobre los hechos acreditados durante la instrucción.

De conformidad con los datos aportados al procedimiento por la AOP, entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014 la cantidad de solicitudes de portabilidad rechazadas por Orange por la causa 'línea inactiva' fue de 11.390, correspondiendo tales solicitudes a 11.405 números o líneas telefónicas⁴.

A continuación se desglosan los datos de portabilidades y rechazos de portabilidad realizados por Orange como operador donante durante los años 2013 y 2014. Esta información fue remitida por la AOP⁵ en base a la información registrada en la Entidad de Referencia –plataforma centralizada de portabilidad fija donde consta la base de datos de numeración portada y los movimientos de portabilidad-. Además, del volumen total de solicitudes de portabilidad rechazadas por cualquier causa tipificada en la Especificación Técnica, se aporta el volumen de rechazos de Orange por la causa "línea inactiva".

RECHAZOS DONANTE ORANGE		
	2013	2014
<i>Total Portabilidades Gestionadas como donante</i>	165.667	209.620
<i>Total Rechazos</i>	35.630	32.743
<i>Rechazos/Portabilidades (%)</i>	21,51%	15,62%

⁴ Una solicitud de portabilidad puede incluir más de un número telefónico.

⁵ El volumen de portabilidades gestionadas como donante facilitado por la AOP se refiere al volumen de numeraciones portadas. Por su parte, el volumen de rechazos se refiere al volumen de solicitudes de portabilidad rechazadas.

RECHAZOS LÍNEA INACTIVA ORANGE		
	2013	2014
Total Rechazos	35.630	32.743
Rechazos Línea Inactiva	7.250	4.140
Línea Inactiva / Total Rechazos (%)	20,35%	12,64%

La causa de denegación ‘línea inactiva’ es una causa válida de rechazo de las solicitudes de portabilidad, recogida en la Especificación Técnica, y por ello, puede ser utilizada cuando la misma se produce. Esta causa de denegación puede ser correctamente aplicada si un usuario se da de baja de su servicio sin solicitar la portabilidad y posteriormente el cliente solicita la portabilidad de esa línea (que se encuentra en el operador donante e inactiva) con otro operador. No obstante, este supuesto debería producirse en escasas ocasiones porque raramente el usuario solicitará la portabilidad a un operador después de darse de baja en su anterior proveedor de servicios.

En sus alegaciones presentadas al acuerdo de inicio del procedimiento, Orange señaló, respecto de los 23 números sobre los que se concluyó que existían indicios de incumplimiento, que se trató de incidencias normales y habituales que representaban un 0,00014% de las portabilidades mensuales gestionadas por Orange, las cuales *“han ocurrido de manera puntual” “derivados de la desalineación en algunos sistemas de la información de cliente”*. *“[I]ncidencias que no podían haber sido detectadas más que en el momento de solicitarse una portabilidad concreta sobre esas numeraciones afectadas. De hecho no se ha producido con ninguna otra numeración”*.

El objeto del presente procedimiento no es únicamente el análisis de los hechos contenidos en la denuncia de Dialoga, sino las circunstancias que rodean a los rechazos de portabilidad por línea inactiva realizados por Orange durante los años 2013 y 2014. A este respecto, de las averiguaciones llevadas a cabo sobre el volumen de rechazos de portabilidades realizadas por Orange en los años 2013 y 2014 por causa de línea inactiva, se concluyó que existía una tasa de utilización de esta causa muy elevada, tal como se indicará más adelante.

La tasa de rechazos de Orange como operador donante, superaba, con sólo dos excepciones, a las acumuladas por otros operadores. A este respecto, a continuación se muestra un cuadro resumen⁶ comparativo de las tasas de rechazo de Orange con otros operadores de telefonía fija:

⁶ Elaborado por los Servicios de esta Comisión a partir de los datos proporcionados por la Entidad de Referencia.

RECHAZOS DONANTE					
2013	TELEFÓNICA	VODAFONE	CABLEUROPA	JAZZTEL	ORANGE
<i>Total Portabilidades Gestionadas Donante</i>	883.978	201.676	245.691	309.514	165.667
<i>Total Rechazos</i>	88.255	18.909	78.871	37.971	35.630
<i>Rechazos/Portabilidades (%)</i>	9,98%	9,37%	32,10%	12,26%	21,50%
2014	TELEFÓNICA	VODAFONE	CABLEUROPA	JAZZTEL	ORANGE
<i>Total Portabilidades Gestionadas Donante</i>	851.644	230.853	214.404	269.286	209.620
<i>Total Rechazos</i>	94.111	18.626	31.778	25.788	32.743
<i>Rechazos/Portabilidades (%)</i>	11,05%	8,06%	14,82%	9,58%	15,62%

RECHAZOS LÍNEA INACTIVA					
2013	TELEFÓNICA	VODAFONE	CABLEUROPA	JAZZTEL	ORANGE
<i>Total Rechazos</i>	88.255	18.909	78.871	37.971	35.630
<i>Rechazos Línea Inactiva</i>	7.607	369	2.944	111	7.250
<i>Línea Inactiva / Total Rechazos (%)</i>	8,62%	1,95%	3,73%	0,29%	20,34%
2014	TELEFÓNICA	VODAFONE	CABLEUROPA	JAZZTEL	ORANGE
<i>Total Rechazos</i>	94.111	18.626	31.778	25.788	32.743
<i>Rechazos Línea Inactiva</i>	12.438	128	2.987	807	4.140
<i>Línea Inactiva / Total Rechazos (%)</i>	13,21%	0,68%	9,39%	3,12%	12,64%

Observando las tasas de rechazo de los operadores que más portabilidades gestionan, se observó bastante disparidad entre ellos. Además, de estos datos se pudieron extraer las siguientes conclusiones:

- Superando al resto de operadores de la comparativa, en el año 2013, Vodafone ONO y Orange rechazaron más de un 20% de solicitudes de portabilidad. En el año 2014 ambos operadores redujeron su tasa de rechazos hasta llegar a un 15%.
- Se observa una elevada tasa de rechazos por causa “línea inactiva”, especialmente en el caso de Orange, respecto al resto de operadores,

siendo esta causa de rechazo una de las que menos debería encontrarse como causa de denegación de portabilidad⁷.

- De hecho, en el año 2013, Orange se encontraba a más del doble de la tasa equivalente de Telefónica, que es el siguiente en la comparativa, e incomparablemente lejos de las tasas del resto de operadores, que superaban escasamente el 3%. En el año 2014, Orange, superado ligeramente por Telefónica, seguía manteniendo una tasa por encima del resto de operadores, los cuales llegaron en sólo un caso al 9%.

Por lo expuesto anteriormente, se constató que Orange, como operador donante, tuvo una tasa de rechazo por la causa 'línea inactiva' del 20,35% sobre el total de los rechazos que realizó en 2013 y del 12,64% de los rechazos en 2014. A este respecto, una tasa de rechazo por esta causa, que superaba en tal proporción a la del resto de operadores, había de analizarse, principalmente al tratarse de una causa de rechazo que debe utilizarse en pocas ocasiones.

A partir de la información aportada por la AOP sobre los 11.405 números que fueron rechazados por Orange por causa "línea inactiva", entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014, que incluye (i) rechazos reiterados sobre el mismo número, (ii) fechas de denegación, (iii) operadores receptores y (iv) portabilidades ejecutadas, es necesario determinar en qué casos Orange utilizó incorrectamente la causa de rechazo 'línea inactiva' y en qué casos se utilizó correctamente. Para ello, se ha extraído el subconjunto de números en los que se observan las siguientes características:

- Aquellos números que hayan sufrido más de 2 rechazos consecutivos por la causa 'línea inactiva', teniendo al mismo operador receptor, y en los que,
- Adicionalmente, se observe un promedio de tiempo entre rechazos inferior a un mes.

Como resultado se obtuvo que, de los 11.405 números, 970 fueron rechazados en portabilidad durante 2013 y 2014, sucesivamente, más de 2 veces y en un periodo de tiempo limitado (inferior a 1 mes). De hecho, se encontraban rechazos reiterados al mismo número hasta en 44 ocasiones.

Por un lado, el hecho de que las solicitudes de portabilidad se reiterasen teniendo al mismo operador como receptor⁸ da a entender que la línea se encontraba activa, a pesar de que la causa de rechazo indicara lo contrario; por otro lado, se toma el periodo de un mes, por considerar que en ese plazo

⁷ La causa más utilizada en rechazos de portabilidad es la de 'falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF'.

⁸ Por ser denegadas reiteradamente al mismo operador receptor.

Orange no habría asignado ese número a otro usuario (en caso de que la línea figurase en los sistemas, correctamente, como activa, por haberse dado de baja el cliente, por ejemplo). De este modo, se extraen aquellos números sobre los que un mismo usuario intentó en varias ocasiones ejercer su derecho a portar la línea y sus solicitudes eran rechazadas a pesar de encontrarse activa su línea.

Al haberse rechazado la portabilidad más de dos veces consecutivas, se trataría de casos en los que hay una discrepancia verosímil entre la información de Orange (que rechaza la solicitud por 'línea inactiva') y la voluntad del usuario, que desea conservar su número con el operador de destino o receptor. Por tanto, se deduce que dichos rechazos reiterados se produjeron sobre líneas de usuarios que insisten en portarse a otro operador y, sin embargo, sus solicitudes fueron rechazadas automática y reiteradamente por los sistemas de Orange, en principio, por los problemas de desalineamiento entre sus sistemas de portabilidad y de cliente.

En conclusión, se deduce que, en al menos estos 970 números, no se rechazaron portabilidades de líneas inactivas (no asignadas a clientes), sino líneas activas en las que el cliente deseaba conservar su número cambiando de operador, y fue denegado su derecho sistemáticamente.

Por su parte, resulta significativo que, entre estos 970 números rechazados sucesivamente, un 60% de éstos (580) se portasen finalmente al operador receptor en el mes posterior al último rechazo. Este patrón de portabilidades sobre numeraciones previamente rechazadas de forma reiterada por la causa 'línea inactiva' es alto, lo que indica que no se trata de errores en la petición de portabilidad del operador receptor, sino que realmente el usuario deseaba portar su número y su derecho se veía impedido al rechazar Orange las solicitudes por línea inactiva.

En la investigación previa a la incoación del presente procedimiento sancionador, se determinó que en 23 de los 26 números telefónicos fijos denunciados se habían producido reiterados rechazos de las solicitudes de portabilidad relativas a dichos números (salvo escasas excepciones) por la causa 'línea inactiva' recogida en la Especificación Técnica, cuando, en realidad, las líneas se encontraban activas y su portabilidad era rechazada por un error en los sistemas de Orange, como ha reconocido la propia operadora.

Orange ha justificado las denegaciones de portabilidad por 'línea inactiva' alegando que se trata de incidencias por *“un desalineamiento de los sistemas de cliente respecto de los sistemas de portabilidad en alguna de la información relativa al cliente”*. Según esta operadora, *“el problema viene de la integración de los diferentes sistemas de clientes que tenía cada una de las empresas que se han ido fusionado (Ya.com, Uni2, etc.)”*.

En el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador ya se señaló que esta Comisión no comprendía qué tipo de incidencias pueden estar justificadas por la integración de empresas cuando, según la información que consta en esta Comisión, hace años que Orange se fusionó con las empresas de las que hacía mención. Esta razón no le exime de su obligación de mantener actualizados los sistemas, en cuanto a la situación de las líneas o al correcto registro de los datos de cliente, ya que son la forma de asegurar la correcta gestión de las portabilidades, en cumplimiento de su obligación de garantizar a los usuarios el ejercicio del derecho a cambiar de operador con conservación de la numeración.

En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, Orange vuelve a señalar que cuando se refiere a incidencias en los sistemas, se refiere a *“un desalineamiento de datos cuyo origen está en la migración de clientes de unos sistemas y procesos a otros. Son pequeños flecos, prácticamente inevitables, de procesos de integración de los sistemas complejos, y que no habían podido ser detectados con anterioridad al no haberse producido errores achacables a los mismos”*.

Asimismo, en su escrito de 30 de enero de 2015, la imputada ha especificado que las incidencias son producidas *“en todos los casos por desalineamientos de la información del sistema de portabilidad (PORTOS⁹) respecto de otros sistemas que atienden al cliente”*. En su opinión¹⁰, se trataría de una falta de comunicación puntual entre ambos sistemas, sin que quepa achacar a un sistema concreto la totalidad de las incidencias.

Orange reconoce, respecto a la causa de rechazo ‘línea inactiva’ que, “por diversos motivos la línea consta como ‘inactiva’ a efectos del sistema de portabilidad aun cuando el cliente sí está activo en el resto de los sistemas de Orange, puesto que de hecho se le sigue prestando servicios”. Orange manifiesta en su escrito de 23 de febrero de 2015 que esta causa de denegación es aplicada automáticamente por el sistema de portabilidad en los *“casos en los que la línea consta como inactiva en las bases de datos que emplea tal sistema”*.

Las solicitudes de portabilidad que Orange reconoce haber rechazado erróneamente por desalineamiento en sus sistemas se circunscriben a dos causas tipificadas en la Especificación Técnica: (i) falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF y (ii) línea inactiva¹¹, que es la causa analizada en el presente procedimiento.

⁹ Sistema de Orange que gestiona las portabilidades de líneas fijas.

¹⁰ Escrito de 23 de febrero de 2015.

¹¹ En las Especificaciones Técnicas la causa de rechazo por “línea inactiva” se denomina en realidad “Numeración inactiva”. Ambos términos han de entenderse equivalentes en el presente procedimiento.

Entre los motivos que aduce para justificar estos rechazos indebidos se encuentran **[CONFIDENCIAL]**, que pudo conllevar la pérdida puntual de determinada información.

Ni estas razones o posibles fallos técnicos justifican una tasa tan alta de rechazos de las solicitudes de portabilidad por la causa citada. Tampoco en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de 11 de septiembre de 2015 (folios 927 a 939) se acompañó documentación técnica justificativa de estos extremos, por lo que los mismos hechos considerados probados en la propuesta de resolución fueron incluidos también en el Acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015.

En definitiva, de la instrucción efectuada hasta el citado Acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015, se concluyó que, sobre los procesos de portabilidad relativos a 970 numeraciones, solicitados entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014, Orange utilizó incorrectamente la causa de línea inactiva, para rechazar la portabilidad de las líneas, encontrándose éstas activas y en servicio, conclusión a la que se llegó tras observar que los usuarios intentaban reiteradamente portarse, al menos en dos ocasiones a otro operador y sus solicitudes eran rechazadas incorrectamente por los sistemas de Orange –tras lo cual se comprobó que un 60% de las solicitudes se portaron en el mes posterior a producirse los rechazos-.

3.- Hechos acreditados con base a las alegaciones y documentación aportados por ORANGE en su escrito de alegaciones de 15 de octubre de 2015.

3.1.- El concepto de “denegación errónea” aplicado en este procedimiento.

En el folio 958, Orange discute la metodología del filtrado de casos de presunta infracción aplicada en este procedimiento sancionador. Debe señalarse que solamente se han considerado aquellas solicitudes denegadas más de 2 veces por la causa “*línea inactiva*” (es decir, como mínimo ha habido 3 rechazos) y los rechazos han tenido lugar en un plazo limitado (1 mes), para acotar que no se hayan producido bajas de numeración. Estos rechazos no se deben a errores en la cumplimentación de la solicitud por el operador receptor, sino que se trata de rechazos de los sistemas de Orange.

3.2.- La configuración de los sistemas de los operadores y la portabilidad.

En el folio 959 Orange recuerda que los operadores tienen configurados sus sistemas para que se reiteren, de forma automática, las solicitudes que han sido rechazadas una vez. Aunque ello puede ser correcto, no lo es que las solicitudes lanzadas y reiteradas, y rechazadas por línea inactiva, contuvieran errores. El error se encontraba en los sistemas de Orange que las rechazaba

automáticamente por línea inactiva cuando, en cambio, las mismas se encontraban activas.

3.3.- Los motivos de rechazo por numeración inactiva.

En los folios 960 a 962 Orange intenta justificar los motivos que explicarían los rechazos por numeración inactiva, en su opinión correctos, motivos que se analizan a continuación.

3.3.1.- Numeración dada de baja por error por el operador receptor.

Orange alega que sus sistemas darían rechazos por “línea inactiva” si otro operador hubiera dado de baja una línea (con lo que volvería a Orange) pero que, al no tener cliente, sería rechazada por esta causa.

Este supuesto podría ser técnicamente posible, y aunque el operador alegue la concurrencia de “numerosos ejemplos”, sólo podrían incluirse en él las 55 numeraciones mencionadas en el folio 965 y a las que nos referiremos también en el próximo apartado 3.3.2.

3.3.2.- Rechazos por línea inactiva para líneas de accesos múltiples.

Estos casos serían rechazos de líneas correspondientes a un acceso múltiple que el cliente no tenga activo. Este supuesto podría, en efecto, generar un rechazo automático, ya que no le constan como activos por el momento. Sin embargo, dado que la tipología de la solicitud de portabilidad permite saber que se trata de una solicitud con varias líneas de un acceso múltiple, los sistemas de Orange deberían haberse optimizado para que evitasen denegaciones reiteradas por “línea inactiva”.

Orange sabe perfectamente que las portabilidades de líneas de “acceso múltiple” suelen hacerse en bloque, es decir, toda la numeración a la vez, por lo que sería muy ineficiente denegar por línea inactiva, ya que obligaría a relanzar la solicitud nuevamente. Además, al lanzarse la portabilidad conjunta para todas las líneas del acceso múltiple, evitaría también que se portaran aquellas líneas que sí están correctamente activadas en Orange.

En definitiva, constituye una decisión propia de Orange (procedimiento interno del operador) no activar todas las líneas contratadas por un cliente (normalmente en reventa). Si esa decisión interna genera rechazos automáticos de portabilidades, debería cambiarla y tener todas esas líneas como activas en sus sistemas, como hacen otros operadores.

3.4.- La casuística de los rechazos indebidos imputados a ORANGE.

En los folios 962 a 967 Orange clasifica por categorías y analiza las líneas objeto de rechazo indebido. A continuación se analizan las alegaciones efectuadas por el operador al respecto.

3.4.1.- 86 líneas gestionadas por revendedores de Orange.

Orange declara no ser responsable de que un revendedor no le haya comunicado si una línea está activa o no.

Sin embargo debe señalarse que, como operador *host* o anfitrión, Orange sabe qué líneas de sus revendedores están activas y cuáles no, sin tener que conocer la identidad del cliente del revendedor. De hecho, si una línea no consta como activa en red, sería imposible que ese cliente del revendedor pudiera hacer o recibir llamadas.

Aunque en algún sistema interno de Orange determinada línea no conste como activa, porque el revendedor no se lo haya comunicado, si el número está activo en la red de Orange, no podría denegarse la portabilidad por línea inactiva, por lo que debería poder portarse (con independencia del revendedor).

No hay que olvidar que la causa por “línea inactiva” la gestiona el operador *host*, no el revendedor. El revendedor sólo puede denegar realmente por la causa “falta de correspondencia línea/DNI”.

3.4.2.- 390 líneas que no han llegado a portarse.

Orange alega que estas 390 líneas nunca se portaron, al no haberse encontrado registro interno alguno de cliente.

Al tratarse de un hecho “negativo” (inexistencia de registros), no puede recaer su acreditación en el administrado, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la SSTS de 19 de mayo de 1998 (RC 423/1994) y 28 de septiembre de 1999 (RA 5767/1992) ya que se le impondría una prueba de naturaleza imposible.

Por tanto, **no puede considerarse probado que las 390 líneas mencionadas fueran incorrectamente rechazadas por Orange.**

3.4.3.- 251 líneas que constan como dadas de baja por Orange.

En este caso, Orange había dado de baja esas líneas en sus sistemas, pero no había comunicado la baja a la Entidad de Referencia a tiempo. Este es un ejemplo claro de que dicho operador, en su procedimiento de dar de baja las líneas, no está haciéndolo correctamente y ocasiona rechazos de portabilidad.

En efecto, cuando una línea se da de baja en un operador - tratándose de una línea portada- el operador debe informar a la Entidad de Referencia de que esa línea está dada de baja, para que empiece el periodo de 30 días en el que el usuario todavía puede recuperar su número portándose.

Al no haberse realizado correctamente la operación, el operador receptor que recibe la solicitud de portabilidad del usuario, la envía a Orange y éste no trata esa petición como si estuviera en proceso de baja, sino que la trata como si ya estuviera totalmente dada de baja.

Por tanto, y aunque Orange califique estos casos de meras “incidencias”, se trata, en realidad, de incorrectos rechazos por causa de “línea inactiva”.

3.4.4.- 55 líneas que fueron portadas pero no consta registro de cliente por ser errores de baja de otros operadores.

Tal y como se ha señalado anteriormente en el apartado 3.3.1, Orange alega que sus sistemas darían rechazos por “línea inactiva” si otro operador hubiera dado de baja una línea (con lo que volvería a Orange) pero que, al no tener cliente, sería rechazada por esta causa.

Este supuesto es técnicamente posible, por lo que las 55 líneas señaladas deben ser excluidas de los hechos imputados a Orange.

3.4.5.- 188 líneas en las que sí consta cliente activo.

Estos serían los casos que Orange sí considera que se rechazaron erróneamente y que, por tanto, son reconocidos expresamente por el operador como infracción de la especificación técnica de portabilidad (véase folio 966).

3.5.- Conclusiones.

En **conclusión**, analizando todos los casos, y a la luz de la información aportada por Orange en su escrito de 15 de octubre de 2015 (y no aportada anteriormente durante la instrucción), **de los 970 casos contenidos** en la Propuesta de Resolución de 7 de agosto de 2015 y en el Acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015, **deben eliminarse las 390 líneas que no se portaron y sobre las que no consta información de cliente en Orange así como las 55 líneas que sí se portaron pero no consta registro de cliente por ser errores de baja de otros operadores.**

En definitiva, quedan acreditados 525 casos de infracción de las especificaciones técnicas de portabilidad imputables a Orange.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – en adelante, LCNMC- corresponde a esta Comisión *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, 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]”* -artículo 29-.

Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre –en adelante, LGTel de 2003-, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones –en adelante, LGTel de 2014-, que ha derogado la anterior ley.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y en el Hecho probado y resolver sobre el posible incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, tipificado como infracción muy grave en el artículo 53 s) de la LGTel de 2003. Asimismo, esta Comisión resulta competente para conocer sobre el incumplimiento grave de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números, tipificado como infracción muy grave de conformidad con el artículo 77.16 de la LGTel de 2014.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la citada LCNMC, *“[p]ara 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”*.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) y en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

SEGUNDO.- Tipificación del hecho probado.

El presente procedimiento sancionador se incoó contra Orange por concurrir indicios de su presunta responsabilidad en la comisión de una posible infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 54.p) de la LGTel de 2003, consistente en el incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas. Así consta en el acuerdo de incoación de 30 de octubre de 2014 (véase folio 208) así como en la propuesta de resolución de 7 de agosto de 2015 (véase folio 840).

No obstante, vista la gravedad y reiteración de los hechos acreditados, esta Sala, mediante Acuerdo de fecha 24 de septiembre de 2015 (folios 941 a 950) estimó necesario recalificarlos como infracción muy grave del artículo 53.s) de la LGTel de 2003.

El artículo 20.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora atribuye al órgano competente para resolver el procedimiento sancionador la facultad de recalificar los hechos determinados en la instrucción del procedimiento como consecuencia de la diferente valoración jurídica que dicho órgano haga de los mismos respecto a la valoración efectuada por el órgano instructor. De acuerdo con este precepto, cuando, como resultado de esa diferente valoración jurídica, el órgano competente para resolver aprecie mayor gravedad en los hechos que el órgano instructor, ha de ponerlo de manifiesto al imputado, confiriéndole un plazo de alegaciones.

En virtud del principio de tipicidad establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, es necesario analizar si de la actuación realizada por Orange puede inferirse que ha existido un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, al haber utilizado incorrectamente una causa de denegación de las solicitudes de portabilidad, impidiendo con ello, el ejercicio, por parte de los usuarios, de su derecho a cambiar de operador conservando la numeración y obstaculizando la competencia en el sector.

En el Hecho Probado Único se ha acreditado que, entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014, Orange rechazó reiteradamente la portabilidad de 525 números indicando la causa 'línea inactiva', cuando las líneas se encontraban activas y los usuarios deseaban cambiar de operador, por lo que obstaculizó temporalmente el ejercicio del derecho al cambio de operador con conservación de la numeración telefónica por parte de los usuarios de las líneas telefónicas fijas afectadas en ese periodo. Concurren, pues, en la conducta de ORANGE, las características de gravedad (elevado número de usuarios afectados: 525) o reiteración exigidas por el tipo del artículo 53 s) LGTel de 2003 (rechazos reiterados durante un periodo amplio de tiempo).

No obstante, resulta necesario concretar la norma sancionadora aplicable, ya que, durante la comisión de la mencionada conducta, se ha producido una sucesión de normas, dado que el día 11 de mayo de 2014 entró en vigor la nueva LGTel.

El artículo 128.1 de la LRJPAC establece que “[S]erán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”. Por su parte, el artículo 4.1 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora dispone que “[S]ólo se podrán sancionar infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por Ley anterior a su comisión”. Por otro lado, el artículo 128.2 de la LRJPAC señala que las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

El tipo infractor del artículo 53 s) de la LGTel de 2003, actualmente derogada, se correspondería en la LGTel de 2014 con el tipo específico del artículo 76.16 que califica como infracción muy grave el “*incumplimiento grave de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números*”.

Las reglas para la fijación de la sanción y el *quantum* de la misma han sido modificadas en la LGTel de 2014, siendo la correspondiente a las infracciones muy graves del artículo 76.16 superior a la fijada por el artículo 53 s) LGTel de 2003. Es decir, a la infracción tipificada en el artículo 53 s) de la LGTel de 2003 le correspondería una sanción máxima de 2 millones de euros (de conformidad con el artículo 56.1.b) de la LGTel de 2003), mientras que a la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.16 le correspondería una sanción de hasta 20 millones de euros (de conformidad con el artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014).

En consecuencia, no siendo más beneficiosa para el imputado la norma posterior, se aplicará la LGTel de 2003. Por ello, se considera imputable el tipo de infracción muy grave recogido en el artículo 53 s) de la LGTel de 2003.

Como se ha indicado, el citado artículo 53 s) de la Ley 32/2003 dispone que se califica de infracción muy grave el “*incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas*”.

La conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores el sostenimiento de los sistemas que lo permiten.

Así, el artículo 21 de la LGTel de 2014 (artículo 18 en la LGTel de 2003) establece que los operadores garantizarán que los abonados con números del plan nacional de numeración telefónica puedan conservar, previa solicitud, los

números que les han sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 26 de abril de 2012¹², se aprobó la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija), que entró en vigor el 11 de noviembre de 2013.

La Especificación Técnica de portabilidad fija regula los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de servicios de tarifas especiales y de numeración personal en caso de cambio de operador. En la misma se recogen los intercambios de mensajería, así como los plazos y condiciones en que deben ser realizados dichos procesos y las causas de denegación de las solicitudes.

En el apartado 5.1.5 de la Especificación Técnica de 2012 se recogen como causas de denegación de la solicitud de cambio, por el operador donante, las siguientes:

- “- *Por causas justificadas de fuerza mayor (huelgas, catástrofes naturales, etc.).*
- *Numeración inactiva¹³.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y administrativo/identificador del proceso mayorista.*
- *Tipo de acceso incorrecto.*
- *Falta de validación por parte del operador revendedor.*
- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal”.*

Por tanto, garantizar el derecho a la conservación de la numeración de los usuarios es una obligación impuesta a los operadores prestadores del servicio telefónico disponible al público, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Así, Orange, como prestador de este servicio, se encuentra sometido a dicha condición y

¹² Así como las modificaciones estimadas en la Resolución de 11 de octubre de 2012, relativa a los recursos de reposición interpuestos contra dicha Resolución (AJ 2012/1162).

¹³ Esta causa de denegación también se encontraba en las Especificaciones Técnicas aprobadas por Resolución de 29 de julio de 2009 (DT 2008/352), en vigor hasta el 11 de noviembre de 2013.

sobre el mismo recae la responsabilidad de no realizar actuaciones que puedan suponer retrasar el tiempo de respuesta ante una solicitud de portabilidad cursada correctamente o utilizar causas que no corresponden, para denegar portabilidades.

A partir de la información sobre rechazos de portabilidad suministrada por la AOP, se han detectado al menos 525 numeraciones cuya portabilidad fue rechazada reiteradamente, en más de 2 ocasiones, por Orange, al mismo operador receptor, y en un plazo de tiempo suficientemente corto como para asegurar que se trataba del mismo cliente final. De este modo, estas 525 líneas fueron rechazadas en portabilidad por Orange sistemáticamente entre 2013 y 2014, indicando la causa 'línea inactiva' cuando las líneas se encontraban activas, hecho que se ha podido comprobar al ver que, finalmente, más del 60% consiguieron portarse posteriormente.

Por tanto, se concluye que Orange rechazó de forma grave y reiterada solicitudes de portabilidad formuladas de forma correcta por los usuarios, por supuestos problemas de desalineamiento de información entre sus sistemas internos.

En su escrito de 23 de febrero de 2015, Orange manifestó que *“la mayor parte de las numeraciones involucradas en el presente expediente, eran comercializadas en el mercado por operadores aparaguados por Orange”* (folio 287-2). De este modo, el que una línea se considerara activa o no dependería, no sólo de Orange, sino de los sistemas de los revendedores, según indica la operadora, ya que *“desconoce si dichas empresas están empleando las mismas para dar servicio a un cliente final, si está vacante o si la están empleando internamente como ‘traducido’ y tan sólo solicita la portabilidad del (número) de red inteligente”* (folio 287-4).

Con ello, Orange hacía referencia a que 18 de las 26 líneas contenidas en la denuncia de la que trae causa el presente procedimiento sancionador, eran comercializadas por operadores revendedores, aparaguados por Orange.

De conformidad con la información aportada por Orange a este respecto, esta operadora gestionó las portabilidades de 13 operadores revendedores en el año 2013 y 11 operadores revendedores en 2014. A este respecto, cabe indicar que en total Orange gestionó a sus revendedores la portabilidad de 1.065 numeraciones geográficas en 2013, de las cuales 271 fueron en rol donante, y 1.620 numeraciones en 2014, 1.150 de las cuales en rol donante. Por tanto, tan sólo un 0,16% del total de portabilidades gestionadas en rol donante por Orange en 2013 correspondían a líneas de sus reventas, y un 0,55% en 2014. Por lo que se observa, el porcentaje de portabilidades gestionadas por Orange que corresponden a sus operadores revendedores es muy bajo.

De conformidad con los datos de la Entidad de Referencia de portabilidad fija, las solicitudes de portabilidad rechazadas por Orange en los años 2013 y 2014

ascendieron a 68.373. De estos rechazos, 11.390 se debieron a la causa 'línea inactiva'.

De estas cifras se concluye que las líneas gestionadas por los revendedores de Orange no justifican la tasa de rechazos de Orange por la causa de línea inactiva.

En otro orden de cosas, la imputada consideraba que este tipo de incidencias se produce en todos los operadores y que el mecanismo para su rápida resolución es la apertura de la correspondiente incidencia en SGI. En opinión de Orange, las incidencias *"no deben verse como algo extraordinario y contrarias a la regulación"*, y *"a ningún otro operador parece exigírsele el nivel de diligencia que se estaría exigiendo a Orange"*.

Efectivamente, la Especificación Técnica prevé la posibilidad de que los operadores abran incidencias cuando éstas ocurran, y, en resoluciones anteriores, esta Comisión ha recordado a los operadores la posibilidad de exigir penalizaciones en casos de incidencias en portabilidad numérica. Sin embargo, el supuesto analizado en el presente procedimiento supera el de unas meras incidencias puntuales y, de forma adicional, aunque se puedan tramitar como incidencias en el SGI, esta Comisión ha de analizar los rechazos reiterados de 525 solicitudes por un motivo que no concurre legalmente y que ha podido causar perjuicios a determinados usuarios.

En consecuencia, la instrucción del presente procedimiento ha podido demostrar que, al menos, en 525 numeraciones, la actuación de Orange no puede considerarse como de mera incidencia o problema puntual, por haberse rechazado consecutivamente las solicitudes de los usuarios en contra de su voluntad. Dicha voluntad queda acreditada por las solicitudes de portabilidad reiteradas y el hecho de que un 60% de números rechazados en varias ocasiones, fueran portados finalmente.

Por lo tanto, la instrucción del presente procedimiento sancionador concluye que Orange ha incurrido en una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53 s) de la LGTel de 2003, concretada en el incumplimiento de su obligación de garantizar a los usuarios de 525 líneas el derecho a cambiar de operador de telefonía fija conservando la numeración, entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014, existiendo, pues, tipicidad conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC y concurriendo los requisitos de reiteración (conducta repetida durante un período de tiempo prolongado) y gravedad (elevado número de usuarios afectados) que justifican la calificación como infracción muy grave.

Se adjunta como **ANEXO** a la presente Resolución el listado de los 525 números afectados por la conducta infractora.

TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

En derecho administrativo sancionador, y de conformidad con la jurisprudencia¹⁴, no admite 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 en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia¹⁵. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

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.

En el presente caso, se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de Orange en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador, al no poner la diligencia debida en mantener alineada la información de sus sistemas responsables de la gestión de solicitudes de portabilidad para evitar que se produjeran rechazos automáticos de la portabilidad de líneas que se encontraban en servicio.

¹⁴ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (Recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002).

¹⁵ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (Recurso de Casación núm. 6481/1997), indica que *“en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

A la luz de los actos de instrucción y del hecho probado que constan en la presente resolución, resulta que Orange ha realizado la conducta objeto de la infracción, no habiendo existido la diligencia debida, exigida para evitar el resultado antijurídico producido, con la consiguiente culpabilidad.

Finalmente, frente a las alegaciones vertidas por ORANGE en su escrito de 11 de septiembre de 2015 (folios 935 a 937) de que otros operadores puedan estar llevando a cabo conductas iguales o similares a la suya, debe recordarse lo declarado por el Tribunal Supremo entre otras, en la STS de 1 de junio de 2012 (RC 6215/2008):

*“En definitiva, no puede alegarse una infracción de la igualdad para, al socaire de tal denuncia, amparar y consolidar situaciones contrarias a la legalidad. En este sentido, hemos declarado en Sentencia de 14 de julio de 2011 (recurso de casación nº 3651/2007) que << **el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra Ley" (por todos, Autos del Tribunal Constitucional 651/1985, de 2 de octubre (RTC 1985, 651) y 376/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 376)), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 181) , FJ 3 ; 154/2003, de 17 de julio (RTC 2003, 154) , FJ 3, 88/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 88) , FJ 6) y 85/2003, de 8 de mayo (RTC 2003, 85) , FJ 5).”***

CUARTO.- Criterios de graduación de la sanción.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003 y el artículo 131.3.a) de la LRJPAC, se considera que concurre en el presente caso la circunstancia de la reiteración, dado el carácter no aislado sino repetido de los rechazos de portabilidad imputados a ORANGE, puesto que, como señala la STS de 3 de diciembre de 2008 (RC 6602/2004), *“repelería al principio de proporcionalidad sancionar por igual a quien -aun sin ser reincidente- comete una conducta que al que la repite tres veces”*.

Sin embargo, al estar incluido el elemento de la *reiteración* junto con el de *gravedad* en el propio tipo del artículo 53 s) de la LGTel 2003, no puede aplicarse como circunstancia agravante en este caso, a diferencia de lo indicado en la Propuesta de Resolución de 7 de agosto de 2015 (folios 833 a 834), cuando dicho elemento no formaba parte intrínseca del tipo de infracción grave del artículo 54 p) LGTel de 2003 y, por tanto, podía ser aplicado.

Por tanto, no concurre agravante de reiteración ni agravante alguna en este supuesto.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003 y el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurre en el presente caso la circunstancia atenuante de reparación del daño causado.

En primer lugar, tal como se ha podido comprobar, Orange aplicó una solución de contingencia que consistía en que, en el momento en que localizaba un desalineamiento que daba lugar a un rechazo por 'línea inactiva', realizaba una intervención manual en el sistema para forzar la aceptación de la portabilidad. Para ello, debía coordinarse con el operador receptor, lanzando este último de nuevo la solicitud de portabilidad de esa línea, para que Orange pudiera recuperar el proceso y operar manualmente.

En segundo lugar, en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, Orange ha manifestado que *“ha iniciado recientemente un proceso de mejora con el fin de conseguir un nivel de incidencias nulo. Asimismo, se están auditando nuevamente todos los sistemas relacionados con la portabilidad a fin de asegurar la inexistencia de problemas que puedan, a futuro, generar algún tipo de incidencia.”*

Asimismo, en su escrito de 30 de enero de 2015 Orange afirmó que *“ha puesto en marcha una iniciativa orientada a garantizar un nivel de diligencia aún mayor a través de un proceso para asegurar la impecable alineación de la información de los sistemas de portabilidad fija con los demás sistemas comerciales”*, consistente en **[CONFIDENCIAL]**. Dicha medida se habría implantado, según afirmó Orange, desde el 21 de noviembre de 2014, según el anexo al escrito de Orange de 30 de enero de 2015. En opinión de la instrucción de este procedimiento, a pesar de reconocerse los intentos de Orange de solventar el problema, esta última medida no supone la efectiva alineación de la información, como sugiere Orange, sino otra manera provisional de evitar el rechazo de las solicitudes de portabilidad.

En tercer lugar, en su escrito de 23 de febrero de 2015 Orange indicó que **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, analizada la comunicación enviada por Orange a estos efectos, se ha comprobado que únicamente fue enviada a **[CONFIDENCIAL]**. De este modo, esta solución se encuentra lejos de solventar los miles de rechazos sufridos por los clientes de Orange.

Por último, en su escrito de 23 de febrero de 2015 Orange señaló, por un lado, que está preparando una medida que consiste en **[CONFIDENCIAL]**.

Por otro lado, Orange indicó que va a llevar a cabo un **[CONFIDENCIAL]**, para solucionar los problemas de desalineamiento de la información respecto de la identificación y estado de la línea.

Asimismo, Orange afirma que ejercerá **[CONFIDENCIAL]**.

Por último, esta operadora indica que **[CONFIDENCIAL]**.

A pesar de que el órgano instructor considera que unas medidas implantadas con carácter provisional no son suficientes para solventar un problema de dicha magnitud, y que Orange no ha acreditado la efectiva implantación de las medidas definitivas indicadas en los párrafos anteriores, que vendrían a mantener la tasa de rechazos de las solicitudes de portabilidad en unos niveles aceptables, resulta necesario señalar que, dichos niveles de rechazo por 'línea inactiva' descendieron considerablemente en el segundo año analizado, respecto del anterior, pasando de un 20,34% en 2013 a un 12,64% en 2014, alcanzando con ello un nivel equivalente al de algún otro operador.

Por tanto, se reconocen los esfuerzos que Orange está realizando para evitar las denegaciones indebidas de portabilidad, y, con ello, para reparar el daño causado.

QUINTO.- Cuantificación de la sanción.

1.- Límite legal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.b) de la LGTel 2003, por la comisión de las demás infracciones muy graves, distintas a las tipificadas en los párrafos q y r del artículo 53, *“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 dos millones de euros”*.

2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes para graduar la sanción muy grave anteriormente citada, además de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”

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, recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en*

ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

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 disuasión¹⁶.

Según se desprende del artículo 56.1.b) LGTel 2003, para el cálculo de la sanción deberá determinarse si se ha obtenido, en este supuesto, un beneficio bruto como consecuencia de la infracción cometida, el cual resulta de la diferencia entre los ingresos y costes estimados.

La infracción cometida por Orange habría otorgado al operador un beneficio bruto, al mantener determinados ingresos que, de otro modo, hubieran sido obtenidos por el operador receptor, si Orange no hubiera retrasado la portabilidad de las 525 líneas afectadas por la infracción.

Orange ha aportado el ingreso medio a nivel minorista por lo que, utilizando la siguiente fórmula general, se podría realizar una aproximación al beneficio obtenido por el retraso en la portabilidad de las 525 líneas afectadas:

$$\text{Nº de líneas afectadas} \times \text{Periodo medio de afectación} \times \text{Consumo medio clientes}$$

No obstante, toda aproximación a dicho beneficio ilícito resultaría incierta dado que, respecto a los beneficios indirectos, los datos disponibles no permiten obtener conclusiones sobre el efecto en el entorno competitivo del mercado de estas denegaciones de portabilidad.

¹⁶ Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002, 6092) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

Considerando que únicamente se dispone de una aproximación parcial a la estimación del beneficio bruto directo y que no se dispone del beneficio indirecto del infractor, se concluye que resulta imposible determinar el beneficio bruto total obtenido por Orange como consecuencia de la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 53 s) de la LGTel de 2003.

Por todo ello, la sanción máxima que se podría imponer a la entidad asciende a 2.000.000 €, en función del límite máximo señalado por el artículo 56.1.b) de la LGTel de 2003, mientras que no es posible establecer la cuantía mínima de la sanción.

Por su parte, el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, establece que, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, 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.

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a Orange Espagne, S.A.U. es de 2.000.000 €.
- Ha de tenerse en cuenta la concurrencia de **una circunstancia atenuante** que debe ponderar la sanción a imponer.
- La infracción se imputa a título de **culpa o negligencia** y no a título de dolo.
- **El número total de líneas afectadas por la conducta infractora se ha reducido de 970 a 525**, según se desprende de los hechos probados. Por lo que debe considerarse razonable imponer una sanción inferior a los 150.000 € propuestos en el Acuerdo de recalificación de 24 de septiembre de 2015.
- La sanción deberá ser, sin embargo, superior a los 75.000 € previstos en la Propuesta de Resolución de 7 de agosto de 2015, al estar calificados ahora los hechos de **infracción muy grave** del artículo 53 s) LGTel 2003.

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 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003, a la vista de la actividad infractora prevista en el artículo 53.s) de la LGTel de 2003, teniendo en cuenta la circunstancia atenuante concurrente y la comisión de la sanción por culpa (y no dolo) que concurren, así como la reducción de 970 a 525 en el número de líneas afectadas por la

infracción, se considera que procede imponer una sanción muy grave del artículo 56.1.b) LGTel de 2003 en la cuantía de 120.000 € (ciento veinte mil euros).

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a la entidad Orange Espagne, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber impedido injustificadamente a 525 usuarios el ejercicio de su derecho a la portabilidad numérica entre el 4 de enero de 2013 y el 9 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- Imponer a Orange Espagne, S.A.U. una sanción económica por importe de ciento veinte mil euros (120.000 €) por la infracción indicada en el resuelve anterior.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.

ANEXO

[CONFIDENCIAL]