

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR INCOADO A ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2009, DE MODIFICACIÓN DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE PORTABILIDAD FIJA.**SNC/DTSA/1307/14/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN OCAT****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

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 2 de junio de 2015

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador incoado a ORANGE CATALUNYA XARXES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. con número SNC/DTSA/1307/14, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Resolución de 19 de septiembre de 2013**

El 19 de septiembre de 2013 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la Resolución sobre el conflicto de portabilidad presentado por Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica) frente a France Telecom España, S.A. sociedad unipersonal -actualmente Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal¹ (en lo sucesivo, Orange), por la denegación de las solicitudes de portabilidad de la numeración del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (en adelante, CTTI), mediante

¹ Desde el 1 de febrero de 2014, France Telecom España, S.A.U ha pasado a denominarse Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal. Dicho cambio de denominación fue notificado formalmente a esta Comisión el 7 de abril de 2014.

el uso indebido de la especificación técnica de portabilidad fija² (RO 2013/569) (Documento nº 30).

En el resuelve tercero de dicha resolución se acordó lo siguiente:

“TERCERO.- *Iniciar procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado (r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador. (...)*”.

Mediante sendos escritos del Secretario de la CMT, de fecha 23 de septiembre de 2013, se procedió a notificar la citada Resolución a Orange, al resto de interesados en el conflicto de portabilidad así como a la instructora del expediente sancionador (Documentos nº 31, 32, 33 y 34).

SEGUNDO.- Escrito de alegaciones de Orange al inicio del procedimiento SNC/D TSA/1926/13

El 30 de octubre de 2013 Orange presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador SNC/D TSA/1926/13. En dicho escrito Orange comunicó que la entidad que llevó a cabo los rechazos de las portabilidades solicitadas por Telefónica sobre numeración del CTTI no fue Orange sino Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. (en adelante, OCAT³), operadora perteneciente al grupo empresarial de Orange, que mantiene unos procesos de portabilidad totalmente separados, con identificaciones distintas a efectos de la Entidad de Referencia. En concreto, OCAT utiliza el código 039 mientras que Orange utiliza el 03.

Por ello, Orange solicitó “*que se proceda al archivo del expediente por error en la identificación de la entidad que realmente llevó a cabo las actuaciones denunciadas por Telefónica dentro del expediente RO 2013/569*” (Documento nº 35).

TERCERO.- Requerimientos de información

Con fechas 11 de noviembre y 5 de diciembre de 2013 y 25 de febrero de 2014 la instructora del expediente realizó diversos requerimientos de información a Orange, OCAT, el CTTI, Telefónica y la AOP (Asociación de Operadores para la Portabilidad), con la finalidad de conocer los hechos susceptibles de

² Resolución, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

³ Empresa participada al 100% por el Grupo France Telecom desde el año 2007.

infracción y determinar, en su caso, las presuntas responsabilidades objeto de sanción (Documentos nº 36, 37, 38, 43, 44 y 52).

Los días 26 y 28 de noviembre y 19 y 23 de diciembre de 2013, 10 de enero y 7 de marzo de 2014 se recibieron en esta Comisión los escritos de contestación a los requerimientos de información correspondientes a Orange, Telefónica, OCAT, el CTTI y la AOP (Documentos nº 41, 42, 45, 46, 47 y 55).

CUARTO.- Escrito de alegaciones adicionales de Orange

El 7 de abril de 2014 Orange presentó un nuevo escrito en el que adjuntaba la copia de una carta que le envió el CTTI el 3 de abril de 2014, en contestación de un previo escrito enviado por Orange al CTTI, el 19 de marzo de 2014. En esta carta, el CTTI mostraba su conformidad con ciertas manifestaciones de Orange y con que éstas se aportasen al expediente (Documentos nº 58 y 58.1).

QUINTO.- Propuesta de resolución

Con fecha 4 de junio de 2014, la instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar el hecho considerado probado y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso archivar el expediente sancionador (Documento nº 59).

SEXTO.- Resolución del expediente sancionador SNC/DTSA/1926/13

Con fecha 17 de julio de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) aprobó la Resolución por la que se puso fin al procedimiento sancionador incoado a Orange⁴. En dicha resolución se acordó archivar el citado expediente sancionador, debido a que no había sido posible imputar a esta operadora el uso irregular de las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad, con la finalidad de obstaculizar la portabilidad de la numeración del CTTI, ni acreditar la concurrencia de responsabilidad solidaria, ni siquiera a título de simple inobservancia, por la conducta infractora citada.

No obstante, durante la instrucción del citado procedimiento sancionador, se pudo acreditar que OCAT era el titular de la numeración del CTTI y quien hizo presuntamente un uso irregular de las causas de denegación de la portabilidad reguladas en la especificación técnica de portabilidad fija, para impedir el traspaso de las líneas del CTTI a favor de Telefónica, en contra de la voluntad del cliente (Documento nº 61).

⁴ Expediente SNC/DTSA/1926/13/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN ORANGE.

SÉPTIMO.- Acuerdo de 17 de julio de 2014, por el que se incoa el presente procedimiento sancionador a OCAT

A la vista de los actos de instrucción elevados a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC para la aprobación de la citada Resolución en el expediente SNC/DTSA/1926/13/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN ORANGE, el mismo 17 de julio de 2014 dicha Sala decidió:

“Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento por presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador”.

Mediante sendos escritos del Secretario de la CNMC, de fecha 18 de julio de 2014, se procedió a notificar esta resolución a OCAT y a la instructora del expediente sancionador (Documentos nº 63 y 64).

OCTAVO.- Incorporación de la documentación obrante en el expediente SNC/DTSA/1926/13

De conformidad con lo establecido en el resuelve sexto de la Resolución de 17 de julio de 2014 y por ser de interés para la instrucción y resolución del presente procedimiento, se ha incorporado a éste toda la documentación obrante en el expediente SNC/DTSA/1926/13.

NOVENO.- Solicitudes de OCAT de acceso al expediente y de ampliación del plazo para presentar alegaciones

Con fecha 7 de agosto de 2014, OCAT presentó sendos escritos por los que solicitaba el acceso al expediente de referencia, así como la ampliación del plazo otorgado para realizar las alegaciones oportunas (Documentos nº 65 y 66).

Mediante un escrito de la instructora de 3 de septiembre de 2014, se concedió a OCAT la ampliación del plazo inicialmente establecido para aportar las alegaciones que estimase oportunas, por diez -10- días naturales adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) (Documento nº 68).

Además, ese mismo día OCAT tuvo acceso presencial a los documentos incorporados en el presente expediente, procedentes del expediente SNC/DTSA/1926/13 (Documento nº 67).

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de OCAT al inicio del procedimiento

El 22 de septiembre de 2014 OCAT presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador (Documento nº 69).

UNDÉCIMO.- Requerimientos de información

El 10 de noviembre de 2014 la instructora del expediente requirió a OCAT, CTTI y Telefónica información necesaria para concretar los hechos susceptibles de infracción y determinar la posible sanción a imponer (Documentos nº 70, 71 y 72).

Los días 24 de noviembre y 9 de diciembre de 2014 y 5 y 20 de enero de 2015 se recibieron en esta Comisión los escritos de contestación a los requerimientos de información correspondientes a Telefónica, OCAT y el CTTI, respectivamente (Documentos nº 77, 78, 79 y 80).

DECIMO SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad del escrito de OCAT

Mediante escrito de 12 de noviembre de 2014, la instructora de este expediente declaró la confidencialidad de determinados datos y documentos incluidos en el escrito presentado por OCAT el 22 de septiembre de 2014 (Documento nº 73).

DECIMO TERCERO.- Consulta de numeración del CTTI en la herramienta Web de la CNMC

Entre los días 9 y 13 de febrero de 2015 la instructora ha obtenido, de la herramienta Web de consulta de numeración telefónica fija de esta Comisión, información acerca del operador titular de veinte (20) numeraciones del CTTI, que consta en el expediente (Documento nº 81).

DECIMO CUARTO.- Declaraciones adicionales de confidencialidad

Mediante sendos escritos de fechas 18 y 19 de marzo de 2015, la instructora declaró la confidencialidad de determinados datos y documentos incluidos en los escritos de contestación al requerimiento de información de Telefónica, OCAT y CTTI, así como de los documentos donde consta información sobre la numeración del CTTI consultada en el herramienta Web de numeración fija de la CNMC. (Documentos nº 83, 84, 85 y 86).

DECIMO QUINTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 27 de marzo de 2015 la instructora emitió la propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar el hecho considerado probado y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (Documento nº 87.1):

*“**PRIMERO.-** Que se declare responsable directo a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. sociedad unipersonal de la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija), debido al uso indebido de las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad y el consecuente incumplimiento del plazo regulado para su tramitación.*

***SEGUNDO.-** Que se imponga a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de trescientos mil euros (300.000 €) por la anterior conducta”.*

El 3 de abril de 2015 se envió a OCAT el escrito por el que se le comunicaba el inicio del trámite de audiencia, para que presentase las alegaciones y los documentos que considerase oportuno sobre la citada propuesta de resolución, la cual se adjuntaba junto con la relación de los documentos obrantes en el expediente. Dicha comunicación fue notificada a OCAT el 7 de abril de 2015 (Documento nº 87).

DECIMO SEXTO.- Escrito de alegaciones de OCAT a la propuesta de resolución

El 12 de mayo de 2015 se recibió en esta Comisión el escrito de alegaciones de OCAT al trámite de audiencia. En dicho escrito, OCAT muestra su disconformidad con la presentación de los Hechos Probados, la consideración antijurídica de sus conductas infractoras y, en particular, con la determinación de concurso medial de infracciones, reiterando, con carácter general, los argumentos que ya expuso en su escrito de 22 de septiembre de 2014 (Documento nº 88).

DECIMO SÉPTIMO.- Finalización de la fase de instrucción

Con fecha 26 de mayo de 2015, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, con fecha 28 de mayo de 2015, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de Resolución del presente procedimiento sancionador.

II HECHOS PROBADOS

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

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

- **Contexto en el que se enmarca la conducta infractora.**

El 1 de octubre de 2006, Al-Pi Telecomunicaciones (actualmente OCAT⁵) suscribió con el CTTI el Contrato de Servicios Corporativos de Voz y Datos, como adjudicataria de un concurso público convocado para la prestación de los servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente al CTTI.

Tras una prórroga de dos años, este contrato tenía acordada como fecha de vencimiento el 30 de septiembre de 2012, sin perjuicio del proceso de devolución de todos los servicios para su prestación por parte del nuevo adjudicatario (Documento nº 12.1). Esta última fase del contrato, destinada a la devolución de los servicios, debía durar un máximo de un (1) año, esto es, con finalización el 30 de septiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el citado contrato (Documento nº 5.2).

El 7 de diciembre de 2011, el CTTI anunció la apertura de un proceso de licitación que finalizó mediante Resolución de 28 de agosto de 2012, por la que se adjudicó provisionalmente el referido contrato a la UTE⁶ formada por Telefónica de España, S.A. unipersonal. y Telefónica Móviles España, S.A. unipersonal. (en adelante, UTE de Telefónica) (Documento nº 12).

⁵ OCAT, anteriormente Al-Pi Telecomunicaciones, a finales de 2007 fue comprada en su totalidad (100%) por el grupo France Telecom, pasando a ser el operador global para empresas de Catalunya del grupo France Telecom <http://www2.al-pi.com/ca/al-pi/companyia.html>. De acuerdo con los datos consultados en el Registro Mercantil Central, en octubre de 2011 Orange registró su condición de socio único de OCAT (Documento nº 53).

⁶ Unión Temporal de Empresas.

En este proceso de licitación, la UTE formada por Orange y OCAT (en adelante, UTE de Orange), que también había presentado su oferta, no estuvo de acuerdo con el informe y las valoraciones efectuadas por la Mesa Especial de Diálogo Competitivo⁷. Por ello, la UTE de Orange interpuso un recurso contra la citada resolución provisional de adjudicación ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en adelante, OARCC). La interposición de este recurso supuso la suspensión automática de la ejecución de la citada resolución, en aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (Documento nº 12.2).

El 22 de septiembre de 2012 el OARCC levantó la suspensión de la ejecución de la resolución provisional de adjudicación, al valorar el interés público derivado de la necesidad de que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones (Documento nº 12.3).

Levantada la suspensión de la ejecutividad de la resolución de adjudicación anterior, el CTTI y la UTE de Telefónica, el 1 de octubre de 2012, formalizaron el contrato de servicios (Documento nº 12.4).

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

En acreditación de este hecho, el CTTI aportó copia de dos versiones del acta de la reunión que se circularon entre esta entidad y OCAT, a través de diversos correos electrónicos de fechas comprendidas entre el 17 y el 26 de octubre de 2012. En ellos OCAT comenzó solicitando al CTTI la modificación de los párrafos que hacían referencia al acuerdo de considerar iniciado el plan de devolución de los servicios el día de la reunión. Sin embargo, los días 25 y 26 de octubre de 2012 OCAT le comunicó su negativa a (i) firmar el acta de reunión, (ii) volverse a reunir con el CTTI e (iii) iniciar el plan de devolución de los servicios, hasta que el CTTI no emitiera una resolución formal y expresa sobre el inicio de esta fase final del contrato (Documento nº 47.1).

Con fecha 4 de noviembre de 2012, el OARCC dictó resolución estimando parcialmente el recurso interpuesto por la UTE de Orange, con respecto a la valoración de las mejoras presentadas por esta operadora en relación con el

⁷ Órgano de asistencia del órgano de contratación.

Acuerdo de Nivel de Servicios (ANS) aplicable a los servicios objeto de la nueva licitación (Documento nº 12.5).

En ejecución de dicha resolución el CTTI revisó el proceso de licitación volviendo a resultar como adjudicataria definitiva del referido contrato la UTE de Telefónica, al obtener de nuevo su oferta la mejor puntuación en su conjunto. El 3 de diciembre de 2012, el CTTI dictó una resolución confirmatoria de la adjudicación del contrato CCPP/CTTI/2011/4/C2 a la UTE de Telefónica (Documento nº 12.6).

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

Como consecuencia de los hechos anteriores, el CTTI acordó con Telefónica, el 5 de diciembre de 2012, la elaboración de un Plan de Contingencia que se aprobó con fecha 24 de diciembre de 2012. Según Telefónica alegó en el seno del expediente RO 2013/569⁸, este plan estaba “(...) basado en realizar la interconexión mediante la red pública, la realización de peticiones de cambio de titularidad para asumir los servicios de dichas líneas, y diversos planes para afrontar el cambio de numeración” (Documento nº 11).

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

Justificándolo en la interposición de los precitados recursos por la UTE de Orange, OCAT se negó a reunirse con el CTTI y la UTE de Telefónica en varias ocasiones, por no reconocer a esta última como adjudicataria del contrato de servicios, tal y como se desprende de varios correos electrónicos intercambiados entre noviembre de 2012 y febrero de 2013 (Documento nº 11.1).

Según se pudo acreditar en la propuesta de Resolución notificada por la instructora, el 12 de febrero de 2013, el CTTI solicitó a Telefónica que cursase la portabilidad de cincuenta (50) líneas telefónicas con conservación de la numeración. Dicha solicitud de portabilidad, firmada por una persona del CTTI que intervino en la reunión de 16 de octubre de 2012, ha sido aportada por Telefónica para acreditar este hecho (Documento nº 45.1).

⁸ Conflicto de portabilidad presentado por Telefónica frente a Orange por la denegación de las solicitudes de portabilidad de la numeración del CTTI, mediante el uso indebido de la especificación técnica de portabilidad fija.

De acuerdo con la información proporcionada por la AOP en un primer informe elaborado por el Nodo Central, se ha podido demostrar que los citados procesos de portabilidad, referentes a las cincuenta (50) numeraciones asociadas a las líneas del CTTI, fueron denegados por OCAT, al acreditar que el “código de operador de portabilidad” que consta en el citado informe sobre el operador donante de la numeración del CTTI es el 039, que es el código asignado a OCAT por esta Comisión.

Las causas de denegación de la portabilidad utilizadas por OCAT en relación con las citadas numeraciones fueron la de “*fuera mayor*” en la práctica generalidad de los casos, y la de “*no correspondencia entre número administrativo y teléfono*”, para siete (7) numeraciones (Documento nº 55.1).

Adicionalmente, a través de otro informe de la AOP sobre 384 numeraciones del CTTI, aportado durante la instrucción del procedimiento SNC/D TSA/1926/13, se determinó que **los procesos de portabilidad de un total de trescientos ochenta y tres (383) numeraciones de titularidad del CTTI que cursó Telefónica, entre las que se encuentran las citadas cincuenta (50) numeraciones anteriores, no lograron cursarse correctamente** debido a que OCAT decidió denegarlos sucesivamente, **desde febrero hasta julio de 2013, en una media de más de cinco (5) veces por cada numeración**, alegando las causas mencionadas anteriormente.

Esta información se pudo comprobar parcialmente también a través de otros informes de la AOP elaborados por el Nodo Central que fueron aportados tanto por Telefónica, en el seno del expediente RO 2013/569, como por Orange, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador SNC/D TSA/1926/13, sobre los procesos de portabilidad de sesenta y nueve (69) y cuatro (4) numeraciones del CTTI, respectivamente –las cuales forman parte de las 383 numeraciones citadas-. De dichos informes se desprende que los citados procesos fueron reiteradamente denegados por OCAT a través de la causa de “*fuera mayor*”.

Además, del citado informe de la AOP presentado por Orange se pudo observar que el motivo alegado por OCAT para denegar las portabilidades cursadas por Telefónica sobre numeración del CTTI era “***Pdte TSJC resuelva petición suspensión cautelar adjudicación servicio***” (Documentos nº 9.1 y 35.1).

Asimismo, en la citada propuesta de Resolución se comprobó que dicha conducta de OCAT se desarrolló en el siguiente contexto.

El 21 de febrero de 2013, el TSJC se declaró incompetente para conocer del recurso interpuesto contra la resolución de confirmación de la adjudicación del contrato de servicios objeto de controversia. El 7 de junio de 2013, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona se hizo cargo del referido recurso, así como de la solicitud de medida cautelar de suspensión de su

ejecución. Mediante **auto de 5 de julio de 2013**, dicho Juzgado **acordó no adoptar la medida cautelar solicitada por la UTE de Orange**, sobre la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 3 de diciembre de 2012, de ratificación de la adjudicación del contrato CCPP/CTTI/2011/4C2 a Telefónica (Documentos nº 13 y 15.1)⁹.

El 23 de julio de 2013, tras el auto del Juzgado de Barcelona, OCAT accedió finalmente a reunirse con el CTTI y, tres días después (25 de julio de 2013), junto con Telefónica y la citada entidad pública -ambas reuniones celebradas en las dependencias del CTTI-, con el fin de que se llevara a cabo el proceso de devolución de los servicios. Este hecho fue acreditado por Orange en el expediente RO 2013/569, y por OCAT en el presente expediente, al aportar las dos operadoras las copias de las actas levantadas en dichas reuniones (Documento nº 27.1).

En el acta levantada el 23 de julio de 2013 entre el CTTI y OCAT, se comprueba como el CTTI expuso que con dicha reunión se estaba reactivando el Plan de devolución del Lote V, al considerar que ésta era continuidad de la reunión ya celebrada con dicho objeto el 11 de octubre de 2012 a las 16 horas OCAT mostró su desacuerdo al entender que en ese momento no se estaba reactivando el Plan de devolución, sino que consideraba que lo estaban iniciando

En este mismo sentido, en el acta levantada el 25 de julio de 2013, si bien el personal de OCAT manifestó su intención de colaborar al 100% en la migración y estar totalmente alineado con el CTTI y Telefónica para cumplir los términos que se acordasen, OCAT también indicaba que, **para ella, el inicio de la migración del servicio comenzaba en ese momento, ya que hasta el momento había un marco jurídico que le impedía actuar**. En otra reunión mantenida el 31 de julio de 2013, OCAT volvió a manifestar que **no era posible entregar a Telefónica el plan de devolución de los servicios prestados hasta el momento por Orange debido a que había un recurso jurídico en curso** (Documento nº 27.1).

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

⁹ El Juzgado de Barcelona concluyó en dicho auto que “[e]n definitiva se aprecia en este caso que la medida cautelar causaría una afectación significativa de los intereses públicos y a los intereses de terceros y, en cambio, no se ha llegado a poner de manifiesto por parte de la recurrente una afectación o daño derivado de la ejecución que pueda hacer perder el recurso su finalidad legítima, pues no acredita daños derivados de la ejecución de la resolución impugnada que no puedan ser eventualmente compensados en caso de que el recurso sea estimado”.

las actuaciones correspondientes para ejecutarlas, señalando como ejemplo las portabilidades.

No obstante lo anterior, del informe aportado por la AOP se desprende que durante julio de 2013 OCAT continuó denegando las portabilidades que Telefónica cursaba sobre la numeración del CTTI previamente citada, utilizando como causa de denegación “**Otras causas acordadas por operadores**”, cuando, de conformidad con la información que la AOP ha proporcionado a esta Comisión, no existía un listado de causas específicas acordadas entre los operadores que motivase la denegación de la portabilidad (Documento nº 56).

Según acreditó Telefónica, mediante pantallazos obtenidos del Nodo Central sobre la tramitación de los procesos de portabilidad, OCAT siguió, hasta el mismo día de la reunión (25 de julio de 2013), denegando las solicitudes de portabilidad relativas a seis (6) numeraciones del CTTI. El motivo utilizado en estos casos para denegar la portabilidad de las líneas del CTTI era “**Pendiente comunicación CTTI del plan de devolución**” (Documento nº 45.1).

Finalmente, en la referida propuesta de Resolución se determinó el hecho de que OCAT en su escrito de contestación al requerimiento formulado por la Instructora¹⁰, el 23 de diciembre de 2013, en el seno del expediente sancionador RO 2013/1926, admite que “*tomó por sí misma y con total independencia la decisión de denegar las portabilidades a Telefónica (...)*” (Documento nº 47).

En relación con este Hecho Probado, OCAT denuncia, en su escrito de alegaciones presentado en trámite de audiencia, que, entre las causas de denegación utilizadas para determinar su conducta, se incluyan las relativas a la “*no correspondencia entre número administrativo y teléfono*”, como si estas también hubieran sido utilizadas por los mismos motivos que dieron lugar a su conducta.

A este respecto, cabe puntualizar por esta Sala que, si bien con respecto a siete (7) numeraciones del total de las 383 determinadas en la propuesta de Resolución, OCAT utilizó la causa de denegación por “*no correspondencia entre número administrativo y teléfono*”, del precitado informe aportado por la AOP, requerido durante la instrucción del expediente SNC/D TSA/1926/13, se ha podido comprobar que esta causa de denegación fue utilizada por OCAT durante los meses de octubre y noviembre de 2013, por lo que estas denegaciones no han de ser consideradas a efectos del presente Hecho Probado, ya que tanto en la propuesta de Resolución como en la presente Resolución, se ha acreditado que el periodo probado en el que OCAT realizó la

¹⁰ Este requerimiento se realizó para conocer la relación societaria existente entre esta operadora y Orange, en cuanto socio único de OCAT, así como averiguar si OCAT conoció de la interposición y tramitación del expediente RO 2013/5969, a la vista de las revelaciones realizadas por Orange, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento, sobre la autoría de la infracción que se le imputa.

conducta supuestamente infractora es el comprendido entre febrero y julio de 2013.

Sin embargo, analizado el listado de la AOP, se hace necesario realizar una pequeña matización sobre el número de líneas afectadas por la presunta conducta infractora de OCAT que se indicaron en la propuesta de Resolución (383), así como aclarar las causas utilizadas por OCAT para denegar la portabilidad de las líneas del CTTI a favor de Telefónica.

El referido listado de la AOP versa sobre 384 numeraciones del CTTI, no obstante, en fase de instrucción no se consideró una (1) de las numeraciones de este listado (**[CONFIDENCIAL]**), ya que dicha numeración fue rechazada una sola vez por OCAT en octubre de 2013 -es decir, fuera del periodo durante el que se considera que OCAT realizó la conducta supuestamente infractora-, por la causa de denegación “*no correspondencia entre número administrativo y teléfono*”. Asimismo, se ha constatado que dicha numeración no aparece en el listado de numeraciones aportado por Telefónica (Documento 77.2), mediante el que dio contestación a un requerimiento que se le realizó en fase de instrucción, para acreditar la fecha en la que fueron finalmente portadas las numeraciones inicialmente denunciadas por esta operadora, que se analiza con más detalle en el Hecho Probado Segundo.

Sin embargo, del citado informe de la AOP también se comprueba que otras dos numeraciones (**[CONFIDENCIAL]**) fueron solo denegadas una sola vez por OCAT, también durante el mes de octubre de 2013, por la citada causa de denegación -“*no correspondencia entre número administrativo y teléfono*”¹¹-. Estos datos sobre las dos (2) líneas también se desprenden del listado de numeraciones aportado por OCAT (Documento nº 78.1), en contestación al requerimiento de información, que igual que a Telefónica, se le realizó en fase de instrucción para acreditar la fecha en que fueron finalmente portadas las numeraciones inicialmente denunciadas por dicha operadora, que se analiza también con más detalle en el Hecho Probado Segundo.

Por todo ello, **se concluye que el número de líneas que se consideran afectadas por la conducta de OCAT, desarrollada durante febrero y julio de 2013, fueron trescientas ochenta y una (381) numeraciones y no trescientas ochenta y tres (383)**, como se determinó en la propuesta de Resolución, y que la principal causa de denegación utilizada por esta operadora fue la de “*fuera de fuerza mayor*” en la práctica generalidad de los casos, aunque como se ha analizado no fue la única causa de denegación de la portabilidad utilizada por esta operadora durante dicho periodo considerado – entre febrero y julio de 2013- (**“Otras causas acordadas por operadores”**) o

¹¹ Las otras 4 numeraciones sobre las que OCAT utilizó esta causa de denegación, durante octubre y noviembre de 2013, sufrieron denegaciones reiteradas, principalmente por la causa de fuerza mayor, durante febrero y marzo de 2013. Por ello, estas numeraciones sí que se consideran a efectos de la determinación el presente Hecho Probado –al igual que se hizo en la propuesta de Resolución-.

"**Pendiente comunicación CTTI del plan de devolución**", está última como justificación de la causa de fuerza mayor).

En todo caso, el resto de conclusiones alcanzadas en el presente Hecho probado de la propuesta de Resolución se mantienen en la presente Resolución, a la vista de las pruebas obtenidas durante la instrucción de este expediente. Además, esta matización no tiene ninguna afectación sobre la conducta imputada a OCAT que se determina en la presente Resolución.

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

Orange aportó copia de la Resolución del Consejero de Empresa y Ocupación de la Generalitat de Catalunya, de 1 de agosto de 2013 (Documento nº 35.6), relativa a la liquidación del contrato administrativo para la prestación de los servicios corporativos de voz y videoconferencia. En dicha resolución se indica que a pesar del tiempo transcurrido y los constantes requerimientos del CTTI, a fecha de dicha resolución OCAT aún no había devuelto el servicio objeto del contrato. En dicha resolución se requirió nuevamente a esta operadora para que realizase dicha devolución del servicio.

OCAT alegó, en su escrito de 22 de septiembre de 2014, que había interpuesto un recurso de reposición contra dicha resolución pero que, a pesar de ello, no había suspendido en momento alguno el proceso de devolución que se había iniciado con dicha resolución. En este sentido, OCAT manifiesta que en cumplimiento de **esta resolución**, la cual considera **que constituye la "orden de inicio de migración de los servicios"**, se llevó a cabo un proceso de coordinación entre CTTI, Telefónica y ella.

No obstante, OCAT añade que la migración real no pudo llevarse a cabo hasta el 22 de octubre de 2013, cuando se llevó a cabo la migración de 50 líneas de acceso directo de Telefónica y alguna centralita. En acreditación de este extremo, OCAT ha presentado copia de las actas de reunión mantenidas entre las tres entidades, el 31 de julio y el 7 de agosto de 2013, con el objetivo de iniciar la transición de los servicios de voz.

Por otra parte, de los listados presentados por Telefónica y OCAT, relativos a la portabilidad de trescientas ochenta y seis (386) líneas del CTTI que fueron objeto de denuncia por Telefónica, se observa que una parte de la numeración cuya portabilidad fue denegada indebidamente por OCAT, durante febrero y

julio de 2013 (43¹²), fue portada a Telefónica durante los meses de octubre y noviembre de 2013 (Documentos 77.2 y 78.1). El resto de numeración del CTTI (341) no fue finalmente portada debido a cuatro causas:

- La titularidad de 1 numeración correspondía a AUNA¹³ no a OCAT, ya que había sido portada con anterioridad por el CTTI. Esta línea no aparece en el último listado aportado por la AOP en el seno del expediente SNC/D TSA/1926/13, al que se hace referencia en el Hecho Probado Primero a los efectos de acreditar las 381 líneas afectadas por la conducta infractora.
- 2 numeraciones, que según alegó Telefónica en su denuncia fueron objeto de denegación de su portabilidad, no aparecen en los listados de numeración portada presentados por OCAT y la propia Telefónica en sus contestaciones al requerimiento de información de 10 de noviembre de 2014. Según consta en la herramienta web de consulta de la numeración fija de esta Comisión, esta numeración está actualmente bajo la titularidad de Telefónica. Además, estas líneas tampoco aparecen en el referido listado aportado por la AOP, por lo que ni éstas ni la línea del anterior punto se han considerado a efectos de determinar el Hecho Probado Primero.
- 3 numeraciones cuya portabilidad fue denegada hasta cinco (5) veces en febrero de 2013, mediante el uso de la causa de fuerza mayor, fueron dadas de baja posteriormente por el CTTI, sin conocerse la causa de tales bajas.
- 335 numeraciones asociadas al servicio de videoconferencia o que, según la información aportada por OCAT, tanto durante la instrucción como en trámite de audiencia, estaban sin servicio y cuya portabilidad fue denegada irregularmente por OCAT en febrero de 2013, no fueron portadas finalmente hacia Telefónica debido a que, según alega esta operadora, con el consentimiento del cliente se decidió instalar un enlace primario con numeración nueva propiedad de Telefónica.

Por tanto, esta numeración continua siendo de titularidad de OCAT, tal y como se ha podido comprobar a través de la herramienta Web de consulta de la numeración fija que gestiona esta Comisión, en relación con un muestreo aleatorio de veinte (20) de estas numeraciones realizado durante los días 9, 10, 11, 12 y 13 de febrero de 2014 (Documento nº 81).

En relación con esta numeración OCAT en trámite de audiencia alega que *“Telefónica libremente decidió asignar nuevas numeraciones, sin esperar al*

¹² Para el cómputo de estas líneas no se han tomado en cuenta las dos (2) numeraciones mencionadas en el Hecho Probado Primero que constan en el listado de OCAT, que fueron denegadas una sola vez por esta operadora, durante octubre y noviembre de 2013, por *“no correspondencia entre número administrativo y teléfono”*.

¹³ Auna era una operadora de cable que fue absorbida por ONO en el año 2005.

procedimiento coordinado de migración. OCAT es ajena a esa decisión comercial”.

Al margen de lo anterior, Telefónica ha aportado la copia del acta de asunción de los servicios, firmada por el CTTI y Telefónica el 15 de abril de 2014, en la que indica que habían llegado a un acuerdo con el proveedor saliente (OCAT), el 10 de abril de 2014, para que comenzara la fase de transición establecida en los pliegos de prescripciones técnicas. En dicha acta se manifiesta que: “En cuanto a la numeración que aún no se ha hecho la portabilidad, Orange continuará facturando los consumos hasta que finalicen las portabilidades de la numeración. Se prevé que todas las portabilidades estén finalizadas en julio de 2014”¹⁴.

Telefónica menciona esta acta para dejar constancia de que hay numeración adicional afectada por el retraso de OCAT. Sin embargo, de la información aportada por Telefónica sobre el listado de la numeración cuya portabilidad fue denegada en febrero y julio de 2013, que presentó en el conflicto para acreditar las fechas en la que la numeración fue finalmente portada, no se extrae que alguna de esta numeración haya sido portada en julio de 2014. Tampoco Telefónica ha presentado información adicional sobre otras portabilidades de líneas del CTTI afectadas.

Por tanto, se considera que no ha resultado probado que la portabilidad de la numeración a la que se refiere la citada acta de asunción de servicios fuese objeto de una denegación indebida por parte de OCAT, por lo que no resulta de aplicación dicha fecha (julio de 2014) a los efectos de la determinación del presente Hecho Probado.

TERCERO.- Conclusión de los hechos probados

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

Asimismo, se ha demostrado que esta conducta vino motivada por la disconformidad manifestada por la UTE de Orange, de la que forma parte OCAT, con la resolución de adjudicación de los servicios licitados por el CTTI a

¹⁴ “Pel que fa a la numeració per la que encara no s’ha fet la portabilitat, **Orange** continuarà facturant els consums fins que finalitzin les portabilitats de numeració. Es preveu que totes les portabilitats estiguin finalitzades el juliol de 2014”.

favor de Telefónica y la pendencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha UTE contra la citada resolución.

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

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, OCAT alega que la propuesta de Resolución no explica en ningún momento a qué numeraciones se refiere (ni las desglosa en servicios), ni en qué periodo se considera que existieron denegaciones supuestamente injustificadas para cada una de las líneas, por lo que estima que los Hechos Probados carecen de la precisión requerida y ello limita sus posibilidades de defensa.

En primer lugar, se ha de señalar que, tal y como constata el título en negrita del Hecho Probado Primero y de la redacción de los dos Hechos Probados de la propuesta de Resolución –a los cuales se remite la Conclusión sobre lo acreditado en los mismos-, expresamente se indica el periodo durante el que se ha acreditado que OCAT estuvo denegando las solicitudes de portabilidad y el número de líneas afectadas en dicho periodo -con independencia de la matización a la baja que se realiza en la presente Resolución sobre el número de líneas afectadas en total-, mediante la utilización injustificada de diversas causas de denegación establecidas en la especificación técnica de portabilidad fija. No obstante, el listado de las líneas que se consideran afectadas por la conducta de OCAT se adjunta como Anexo I de la presente Resolución.

En segundo lugar, cabe indicar que OCAT conocía perfectamente las líneas que habían sido afectadas por la conducta probada en el Hecho Probado Primer, ya que en el requerimiento de información que se le realizó durante la instrucción de este expediente se le adjuntó el listado de la AOP sobre 384 numeraciones que podían estar siendo afectadas por su conducta, a los efectos de determinar el Hecho Probado Segundo, es decir, la fecha en la que se realizó la portabilidad de las líneas del CTTI a favor de Telefónica.

Además, de la información facilitada por OCAT al contestar al citado requerimiento de información, que fue comparada con la aportada por Telefónica, se describe con detalle el estado de las líneas de CTTI, las causas por las que la gran parte de dichas líneas no fue finalmente portada, e incluso se hace referencia al servicio al que estaban asociadas la mayoría de las

líneas, información que conocía OCAT ya que las líneas fueron gestionadas por ella misma.

Finalmente, OCAT ejerció su derecho de acceso al expediente al inicio de este procedimiento, tal y como se indica en los Antecedentes de Hecho. Además, durante el trámite de audiencia podía haber vuelto a pedir acceso al mismo, al disponer de la relación de todos los documentos obrantes en el presente expediente, a los efectos de comprobar los documentos en virtud de los cuales se acreditan los Hechos Probados, sin embargo OCAT no ha ejercido dicho derecho.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, no es posible aceptar que en la propuesta de Resolución existan las imprecisiones en la redacción de los Hechos Probados que menciona OCAT, y, menos aún, que la citada redacción de éstos le haya podido provocar a OCAT una supuesta indefensión.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Competencia 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, Ley 3/2013), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

El 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014) que ha derogado, entre otras normas, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El artículo 18 de la Ley 32/2003 (actual artículo 21 de la LGTel de 2014) establecía que los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público deben garantizar que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste servicio, fijándose mediante real decreto los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo.

El Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre¹⁵, establece en su artículo 43.1) que:

“Cuando sea preciso para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre conservación de números, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará públicas las soluciones técnicas y administrativas aplicables.”

Asimismo, la disposición sexta de la Circular 1/2008, de 19 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre conservación y migración de numeración telefónica, dispone que:

“1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobará las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de la numeración y las modificará a propuesta de los operadores, o de oficio cuando así lo estime necesario.

2. Ante cualquier evento que pudiera afectar al normal funcionamiento de la portabilidad incluyendo la necesidad de modificación de los sistemas de red de los operadores, de la Entidad de Referencia, o de sus mecanismos de gestión, los operadores deberán garantizar el derecho de los abonados a la conservación de la numeración y la continuidad en la prestación de los servicios.”

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha de 29 de julio de 2009 se acordó la Resolución por la que se aprobó la especificación técnica para la portabilidad fija¹⁶ en la cual se recogen, entre otros aspectos relacionados con los procesos de la portabilidad, las causas de denegación de la portabilidad que los operadores pueden utilizar en caso de que éstas acontezcan.

Los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel de 2003 (actual artículo 84 de la LGTel de 2014), al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, atribuyen a la CNMC *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel de 2003 establecía la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su

¹⁵ La disposición transitoria primera de la vigente LGTel establece que *“Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”*.

¹⁶ El 26 de abril de 2012 la CMT adoptó la Resolución por la que se aprobó la modificación de la especificación técnica de portabilidad fija de 29 de julio de 2009.

actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

Adicionalmente, dado que el tipo infractor analizado en el presente procedimiento sancionador, en concreto el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, se mantiene redactado en términos similares en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, procede aplicar en este caso, de conformidad con los preceptos señalados, la LGTel de 2003, norma vigente en el momento de producirse los hechos probados, en atención al artículo 128.1 de la LRJPAC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas determinadas en los hechos probados y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009 arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC (anteriormente, por la CMT) en el ejercicio de sus funciones.

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC. 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, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los Hechos Probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que calificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que llevase a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Segundo del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el expediente se incoó contra OCAT debido a que existían *“elementos de juicio suficientes que permiten deducir que OCAT, como operador asignatario de la numeración de titularidad del CTTI, denegó indebidamente los procesos de portabilidad tramitados por Telefónica sobre las citadas numeraciones del CTTI, mediante el uso injustificado de diferentes causas de denegación reguladas en la*

especificación técnica, principalmente, la de “fuerza mayor”, al objeto de impedir la portabilidad de la numeración del CTTI y, con ello, el traspaso a Telefónica de la prestación de los servicios que OCAT venía prestando a esta entidad pública.”

Tanto en su escrito de 22 de septiembre de 2014 como en el presentado en trámite de audiencia, OCAT sostiene que su conducta no puede considerarse antijurídica, puesto que estaba pendiente de la resolución de los recursos contencioso-administrativos interpuestos ante las resoluciones del OARCC y el CTTI, ya que en este último había solicitado la medida cautelar de suspender la ejecución de la resolución del CTTI de adjudicación del lote de servicios de telefonía fija, videoconferencia y de red inteligente a Telefónica.

Esta operadora manifiesta que *“el rigor formal en la interpretación de una mera Especificación técnica no puede anteponerse al artículo 24 de la Constitución. Esto es, el hecho de que no exista una causa específica en la Especificación técnica que sea, por ejemplo «pendiente de resolución de medida cautelar por los tribunales», no significa que no se pueda alegar para denegar una portabilidad, y ello por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva opera en todo nuestro ordenamiento jurídico con independencia de que todas las normas lo recojan expresamente o no”*.

En apoyo de estos argumentos, OCAT alega que existe una consolidada doctrina jurisprudencial¹⁷ de acuerdo con la cual, *“el derecho a la tutela judicial implica que el juez o tribunal, al pronunciarse acerca de la suspensión de un acto administrativo, pueda dictar una decisión que sea efectiva, esto es, que no esté vacío de contenido porque el acto ya hubiera sido impugnado”*.

Por ello, OCAT continúa alegando que lo único que hizo al solicitar la medida cautelar, de suspensión de la resolución del CTTI de adjudicación de los servicios a Telefónica, es ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva y manifestar ante el CTTI que, en atención de la jurisprudencia imperante en nuestros Tribunales, debía abstenerse de ejercitar el acto impugnado hasta que se resolviera sobre la medida cautelar solicitada.

Las resoluciones, tanto las dictadas en su momento por la CMT como ahora por la CNMC, no constituyen meras declaraciones sin fuerza vinculante, sino verdaderos mandatos, cuyo cumplimiento no impide garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. OCAT ha podido ejercer este derecho con plenas garantías, en relación con los recursos interpuestos contra las resoluciones del OARCC y el CTTI.

¹⁷ OCAT menciona, entre otras, las sentencias del TC 19/1998, de 27 de enero, y el TS de 12 de junio de 2000 y 23 de octubre de 2002 y del TSJ de Cataluña, de 28 de octubre, en materia de tributos.

En relación con la doctrina jurisprudencial que OCAT cita, sobre su derecho a la tutela judicial efectiva durante la tramitación de la pieza separada de suspensión cautelar de la ejecución de la resolución de adjudicación, cabe responder a OCAT lo mismo que esta Comisión ya señaló a Orange¹⁸, en la Resolución de 19 de septiembre de 2013 que puso fin al expediente RO 2013/569, y que se reproduce a continuación:

“(...) el artículo 57 de la LRJPAC establece que los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa (y el art. 56 sostiene que los actos son ejecutivos de acuerdo con lo dispuesto en la LRJPAC). En relación con este principio, cabe indicar que es cierto que la Jurisprudencia emanada de los distintos órganos jurisdiccionales, principalmente, del Tribunal Constitucional, ha limitado la inmediata ejecutividad de los actos administrativos reconocida en el artículo 57 de la LRJPAC con la finalidad de evitar que su ejecución imposibilite a los administrados el acceso a la tutela judicial de manera plena y efectiva (artículo 24 de la CE). En este sentido, se establece el sometimiento de los actos administrativos a la decisión de los Tribunales, aún en pieza de medida cautelar, impidiendo mientras tanto a la Administración la inmediata ejecución de sus actos.

*Sin embargo, Orange parece obviar que la misma Jurisprudencia a la que se remite¹⁹ matiza dicha aseveración y establece que **la mera petición de suspensión de los efectos de un acto administrativo, bien ante la Administración o ante los Tribunales, no implica que la Administración deba necesaria y automáticamente abstenerse de ejecutarlo, sino sólo cuando dicha ejecución comprometa la irreversibilidad de la situación que se trata de mantener con la solicitud de suspensión, perjudique irremisiblemente los intereses del que recurre y solicita la suspensión**, hasta que al menos el Tribunal se pronuncie sobre la medida cautelar, o se impida al administrado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de la ejecución. **En caso contrario, esta limitación equivaldría a negar en términos absolutos la ejecutividad de los actos administrativos, que no sólo está legalmente reconocida, sino que está directamente relacionada con el principio de***

¹⁸ Orange participó como interesada durante todo el procedimiento en el que se instruyó y resolvió el conflicto de portabilidad interpuesto por Telefónica y el CTTI contra dicha operadora. En ningún momento Orange manifestó su falta de condición de interesado, a pesar de que desde el inicio del citado expediente Orange tenía que conocer que la numeración del CTTI sobre la que versaba el conflicto no era de su titularidad sino de la de OCAT.

Asimismo, OCAT tampoco tuvo la iniciativa de personarse en el conflicto como interesada a pesar de tener conocimiento de la iniciación de dicho procedimiento a través de Orange.

¹⁹ Misma doctrina jurisprudencial a la que OCAT hace referencia en su escrito de alegaciones al inicio de este procedimiento.

eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas que proclama el artículo 103 de la CE²⁰.

A este respecto, Orange ha podido interponer los recursos que ha estimado convenientes, tanto en vía jurisdiccional como administrativa, solicitando una medida cautelar de suspensión. (...).

No obstante, cabe aclarar a Orange que la estimación de sus recursos no conllevaría la directa adjudicación de los servicios objeto de controversia a esta operadora. Además, los supuestos costes que Orange estima que le conllevaría recuperar el servicio no parece que suponga un daño irreparable (en cuanto a la recuperación o indemnización del supuesto coste). Por tanto, se entiende que no concurren las circunstancias necesarias que justifiquen la imposibilidad del CTTI de ejecutar la resolución confirmatoria de la adjudicación.

A este respecto, tanto el OARCC como el Juzgado de Barcelona se han pronunciado sobre la inmediata ejecutividad de las dos resoluciones de adjudicación del CTTI, levantando la suspensión automática de la primera resolución de adjudicación el primer órgano y desestimando el segundo la petición de suspensión de los efectos de la resolución confirmatoria de la adjudicación presentada por Orange.

En concreto, el auto del Juzgado nº 12 de Barcelona²¹ basó su desestimación en la valoración de los intereses que se verían afectados con la suspensión de la resolución, los cuales concluyó que eran el “interés público axiomáticamente implícito en las resoluciones administrativas” y “también el interés de la adjudicataria que vería interrumpido el proceso de puesta en marcha de la actividad”. Además, el Juzgado considera que “la suspensión preventiva supondría que el servicio dejaría de prestarse, con el consecuente perjuicio para el interés público, porque esa suspensión no comporta la adjudicación automática a otro licitador”.

De hecho, en línea con lo hasta el momento expuesto, el Juzgado de Barcelona concluyó que “En definitiva se aprecia en este caso que la medida cautelar causaría una afectación significativa de los intereses públicos y a los intereses de terceros y, en cambio, no se ha llegado a poner de manifiesto por parte de la recurrente una afectación o daño derivado de la ejecución que pueda hacer perder el recurso su finalidad legítima, pues no acredita daños derivados de la ejecución de la resolución

²⁰ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996 (Recurso núm. 3157/1992), del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004 (Recurso de casación núm. 3071/2001) y del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha de 23 de junio de 2006 (Recurso de suplica núm. 152/2005).

²¹ Procede recordar que, con fecha 7 de junio de 2013, el Juzgado nº12 de Barcelona se hizo cargo de uno de los recursos interpuesto por Orange ante el TSJC, en concreto, el interpuesto contra la resolución confirmatoria de adjudicación de los servicios del CTTI, dado que el TSJC se declaró incompetente para conocer dicho recurso.

impugnada que no puedan ser eventualmente compensados en caso de que el recurso sea estimado".

En consecuencia, no es posible aceptar, como pretende OCAT, que las denegaciones de la portabilidad solicitadas por el CTTI y cursadas por Telefónica fueron correctas y conformes a derecho, como consecuencia de la tutela judicial que le asiste. La resolución recurrida era plenamente ejecutiva desde el momento en que se dictó y notificó a las partes interesadas, sin perjuicio del derecho que le asistía a OCAT de recurrir con posterioridad dichos actos de ejecución.

Por tanto, el CTTI tenía derecho a solicitar y obtener de OCAT la devolución de los servicios y, por tanto, la tramitación de las portabilidades de sus líneas hacia Telefónica, desde que el CTTI y Telefónica firmaron su contrato el 1 de octubre de 2012, y tras la resolución del OARCC de levantar la suspensión de la primera resolución de adjudicación de los servicios, el 22 de septiembre de 2012; y más aún, desde que la referida empresa pública dictó la resolución confirmatoria de la adjudicación de los servicios de nuevo a favor de Telefónica, el 3 de diciembre de 2012, tras la resolución del OARCC de fecha 4 de noviembre de 2012.

OCAT debería haber tramitado dichas portabilidades siguiendo los procesos regulados por esta Comisión o intentar llegar a un acuerdo con el CTTI y Telefónica sobre cómo proceder a la devolución de los servicios y las portabilidades de dichas líneas, antes de hacer un uso incorrecto de las causas de denegación reguladas en la Especificación técnica. De lo expuesto en los Hechos Probados se ha comprobado que OCAT dilató indebidamente la devolución de los servicios del CTTI a Telefónica, ya que no reconocía a esta última como la nueva adjudicataria del contrato.

Pues bien, la Especificación técnica, aprobada por la Resolución de 29 de julio de 2009, regula de forma taxativa, entre otras cuestiones, las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, claro está, siempre que dichas causas concurren. Dichas causas están regladas con la finalidad de dotar de garantía y seguridad jurídica a los procesos de portabilidad iniciados por los usuarios ante un cambio de operador de sus servicios.

Así, el apartado 5.1.4 relativo a las "Causas de Denegación de la Solicitud de Cambio" establece que: *"La solicitud de cambio de operador realizada por el operador receptor podrá ser denegada por la ER o el operador donante cuando se incurra en alguno de los supuestos que se señalan a continuación. En el mensaje de denegación de la solicitud se deberá hacer constar explícitamente la causa de denegación. (...)*

▪ **Denegación por el operador donante:**

- *Petición escrita por el abonado, o mediante cualquier otro medio que permita tener constancia de la misma, según la legislación vigente, al operador donante (previa a proceso de portabilidad y posterior a solicitud de portabilidad a operador receptor).*
- *Por causas justificadas de fuerza mayor (huelgas, catástrofes naturales, etc.)*
- *Numeración inactiva*
- *Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF.3*
- *Falta de correspondencia entre número administrativo de la solicitud de desagregación del bucle y numeración.*
- *Tipo de acceso incorrecto*
- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal*”.

De acuerdo con lo analizado durante la instrucción de este expediente y como se señala en el Hecho Probado Primero, se ha podido acreditar que OCAT denegó sucesiva y continuadamente, hasta cinco (5) veces de media, las solicitudes de portabilidad que cursaba Telefónica sobre numeraciones del CTTI, utilizando reiteradamente de modo irregular la causa de fuerza mayor.

Como se desprende de la transcripción anterior, la Especificación técnica prescribe el uso de la causa de fuerza mayor para denegar las solicitudes de portabilidad, únicamente, cuando sobrevienen, con carácter excepcional, situaciones impredecibles o ajenas a los operadores que hacen imposible, en la práctica, realizar los procesos de portabilidad al operador donante, como sucede en los casos de huelgas, catástrofes naturales, tales como son las inundaciones, incendios, o causas análogas.

Sin embargo, los particulares motivos utilizados por OCAT para justificar el uso de la citada causa de denegación fueron “*Pdte TSJC resuelva petición suspensión cautelar adjudicación servicio*” o “*Pendiente comunicación CTTI del plan de devolución*”, no se pueden encuadrar en las citadas situaciones imprevistas o ajenas a los operadores descritas en el párrafo anterior, que gozan del carácter de fuerza mayor.

Asimismo, se ha comprobado que, a partir de julio de 2013, OCAT comenzó también a utilizar irregularmente y de forma reiterada otra causa de denegación de las solicitudes de portabilidad, como es “*Otras causas acordadas por operadores*”. Pues bien, tal como se establece en el Hecho Probado Primero, no existe un listado de causas específicas acordadas entre los operadores que motive la denegación de las portabilidades, de conformidad con la información proporcionada por la AOP a esta Comisión.

En consecuencia, como se constató en el Hecho Probado Primero, la conducta irregular desarrollada por OCAT a lo largo de más de seis meses (principalmente en febrero, y posteriormente, en julio de 2013) se considera que es antijurídica, ya que existen pruebas suficientes del incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009, y por tanto, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador²², 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 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.”* En efecto, en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En el presente caso se ha podido acreditar que fue OCAT quien, consciente y voluntariamente, en la práctica llevó a cabo las conductas infractoras tipificadas de usar indebidamente las causas de denegación reguladas en la Especificación técnica de portabilidad fija con la finalidad de retrasar la tramitación de las portabilidades numéricas del CTTI a favor de Telefónica.

De hecho, en el escrito de contestación al requerimiento de información que se realizó a OCAT durante la instrucción del expediente RO 2013/1926²³, esta operadora reconoció que *“tomó por sí misma y con total independencia la decisión de denegar las portabilidades a Telefónica (...). Fue una decisión estrictamente operativa que se adoptó como último recurso ante la necesidad de controlar la migración (...).”* No obstante, a la vista de la instrucción de este expediente, OCAT trata de eximir su culpabilidad en la comisión de estas infracciones en base a los siguientes argumentos:

- 1.- Falta de recepción formal y posterior liquidación del contrato por parte del CTTI.
- 2.- La inexistencia de orden de ejecución forzosa por parte del CTTI.

²² Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

²³ Procedimiento sancionador que se incoó a Orange Espagne, S.A.U. por las denegaciones injustificadas de la portabilidad de la numeración objeto de expediente.

- 3.- Fue OCAT quien tomó la iniciativa de devolver los servicios una vez que la solicitud de medida cautelar fue rechazada.
- 4.- Telefónica se dedicó a solicitar portabilidades sin planificación ni lógica alguna, que de haber sido atendidas hubiesen provocado interrupciones en el servicio de comunicaciones del CTTI.

A este respecto, procede hacer las siguientes consideraciones:

- 1.- En relación con el primer argumento de OCAT, de conformidad con lo establecido en el contrato firmado entre ALPI (actual OCAT) y el CTTI, el contrato debía resolverse de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, relativo al *“Cumplimiento de los contratos y recepción”*.

El apartado segundo del citado artículo establece que, para la constatación del cumplimiento de la totalidad del objeto del contrato con la satisfacción de la Administración contratante, se exige a ésta la adopción de un acto formal y positivo de recepción o conformidad en el mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Pero, si atendemos a lo dispuesto en el apartado cuarto del citado artículo, se desprende que el acto formal y positivo consiste en levantar un **“acta de recepción”** del contrato.

Si bien no se tiene constancia de que el CTTI emitiera dicha acta de recepción- formal y expresa- al mes de finalizar el plazo establecido en el contrato firmado en 2006 con Al-Pi, cabe indicar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (en adelante, TS) entender que es ***“posible, válida y eficaz la recepción y aceptación tácitas, deducibles de actos propios de la Administración vinculantes para la misma”***. Así se pronuncian las SSTs de 11 de mayo de 2007 (RJ 2007/5835) y de 22 de enero de 2002 (RJ 2002/7329), las cuales a su vez se remiten a lo dispuesto en las SSTs de 22 y 29 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8515 y RJ 1993/8796)²⁴.

De conformidad con lo expuesto en el Hecho Probado Primero, desde octubre de 2012 han sido múltiples los requerimientos, correos electrónicos y cartas enviadas por el CTTI a OCAT para que procediera a la devolución de los servicios a favor de la nueva adjudicataria (Telefónica), además de haberse reunido expresamente el CTTI con OCAT y solicitado la portabilidad numérica de sus líneas a favor de Telefónica con dicho

²⁴ En trámite de audiencia, OCAT se limita a indicar que la citada Sentencia del TS se refiere a la cesión tácita de las obras de urbanización y que *“la regulación de obras de urbanización y su recepción por el Ayuntamiento difiere por completo de las normas que regulan las normas de contratación administrativa”*, sin aporta razonamiento jurídico alguno al respecto.

objetivo. Por tanto, no es posible dudar de la voluntad expresa y clara del CTTI de considerar aceptada la prestación del servicio prestado por OCAT desde el año 2006 y desear la devolución del contrato para la prestación de los servicios por Telefónica.

No obstante lo anterior, cabe tener también en cuenta lo establecido en la Sección III del Contrato firmado entre Al-Pi y el CTTI -“Serveis Corporatius de Telecomunicacions de Veu i Dades de la Generalitat de Catalunya”- sobre el Plan de devolución de los servicios, incluido en Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Este documento, tal y como se define en los pliegos, desarrolla las acciones a efectuar para la transferencia del servicio al CTTI o a terceras partes a finales del contrato.

En dicho plan se dispone que en la Fase 5, relativa a la “Fase de Certificació i devolució del servei”, se realizará la aceptación definitiva, que “engloba la validación definitiva del servicio por parte del centro (CTTI) a partir de la experiencia en el uso que se ha hecho”²⁵. Pues bien, dicha “Certificación de Recepción Final” fue emitida por el CTTI el 30 de septiembre de 2014 (Documento nº 80.1). En la misma, el CTTI comunica que:

“(…) la empresa Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A.U (…) ha realizado satisfactoriamente las tareas requeridas en el contrato corporativo de voz y videoconferencia de la Generalitat de Catalunya”

(…)

Asimismo, el plan de devolución de los servicios previsto en el pliego y que va a comenzar el 1 de agosto de 2013, también ha finalizado satisfactoriamente”.

Por tanto, a la vista de esta certificación se entiende que el CTTI no consideraba recepcionado y aceptado el contrato hasta que OCAT no traspasara de forma completa y efectiva al nuevo adjudicatario la prestación de los servicios, tal y como se establece en el citado Plan de devolución de los servicios, recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto no es posible aceptar una exención de responsabilidad de OCAT por el hecho de que el CTTI no emitiera un acto formal de recepción y aceptación del contrato, ya que son los pliegos los que regulan el momento de la recepción.

²⁵ Acceptació definitiva: Aquesta activitat serà responsabilitat de l'operador receptor. Engloba la validació definitiva del servei per part del centre a partir de l'experiència en l'ús que se n'ha fet. En aquest moment l'operador receptor comunicarà a Al-Pi directament o indirectament a través del CTTI o del Gestor de Serveis TIC de l'acceptació definitiva del nou servei, moment en el qual Al-Pi gestionarà la baixa del servei”.

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a lo dispuesto en la jurisprudencia del TS, el CTTI demostró suficientemente su aceptación tácita de los servicios proveídos por dicha operadora y su interés en que cesase en su prestación a favor del nuevo adjudicatario. Además, según lo dispuesto en el Plan de devolución de los servicios recogido en los pliegos, dicha certificación de la recepción del contrato debía producirse una vez que fueran transferidos por parte de OCAT todos los servicios a Telefónica.

Asimismo, tampoco es admisible que OCAT alegue que consideró que la Resolución del 1 de agosto de 2013, relativa a la liquidación parcial de los servicios prestados, equivalía a dicha acta de recepción formal y expresa, a pesar de que en el acta nada se decía al respecto, y que por ello comenzó en dicha fecha a coordinar junto con Telefónica y el CTTI la devolución de los servicios.

En trámite de audiencia OCAT insiste en que el Fundamento de Derecho Segundo de la referida Resolución, de 1 de agosto de 2013, “*recoge expresamente*” la orden de devolución de los servicios. No obstante, en dicho fundamento precisamente lo que se indica es que “***debido a la resistencia de la empresa en devolver el servicio, se hace necesario requerirla nuevamente para que efectúe esta devolución, así como hacer una liquidación provisional del contrato pendiente de libramiento definitivo***²⁶”. Por tanto, no es posible entender que esta resolución fuera un acto formal de recepción cuando el CTTI estaba reiterándole el requerimiento para que procediera a la devolución del servicio.

- 2.- Sobre la falta de orden de ejecución forzosa por parte del CTTI, que conminara a OCAT al cumplimiento del contrato y con ello a la portabilidad de sus líneas a favor de Telefónica, se recuerda a OCAT que los actos de la administración han de ejecutarse voluntariamente sin poderse amparar en que la Administración no ha utilizado un medio de ejecución forzosa.

Además, el hecho de que el CTTI no decidiera apercibirle formalmente de la ejecución forzosa de las obligaciones contractuales asumidas para la prestación de los servicios, no exime a OCAT de su obligación de cumplir lo dispuesto en la Especificación técnica de portabilidad fija.

El CTTI, una vez resuelta la adjudicación definitiva del contrato de servicios a Telefónica, estaba en su derecho de resolver el contrato firmado con Al-Pi en 2006 y, en virtud del contrato firmado con Telefónica en octubre 2012, tenía derecho a solicitar el cambio de operador de sus líneas conservando su numeración.

²⁶ “*En aquest contracte, atesa la resistència de l'empresa a devolucionar el servei, es fa necessari requerir-la novament per tal que efectui aquesta devolució, així com fer una liquidació provisional del contracte pendent del lliurament definitiu*”.

Dicho lo anterior, el cambio de operador se debió realizar en los términos establecidos al respecto en la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

- 3.- OCAT también trata de justificar su falta de voluntad en incumplir la Especificación técnica en el hecho de que voluntariamente decidió devolver los servicios una vez que la solicitud de medida cautelar fue rechazada.

Sobre este extremo no hace falta incidir en mayor medida. La obligación de OCAT de comenzar a cesar en la prestación de servicios surgió una vez que se aprobó la resolución del CTTI de adjudicación definitiva del contrato a Telefónica y, en concreto, tras la reunión que mantuvo OCAT con la citada entidad pública, el 16 de octubre de 2012, en la que ésta le requirió que comenzara el plan de devolución de los servicios. Con independencia de los recursos interpuestos por dicha operadora, dicha resolución era plenamente ejecutiva, tal y como se ha comentado anteriormente.

- 4.- Por último, OCAT atribuye mala fe a Telefónica en la tramitación de las portabilidades, ya que se solicitaron sin planificación. En acreditación de este extremo, OCAT se remite a la copia de una carta del CTTI que aportó Orange en el seno del expediente SNC/DTSA/1926/13. Es de interés indicar que esta carta fue enviada por el CTTI, el 3 de abril de 2014, en contestación de un previo escrito enviado por Orange al CTTI, el 19 de marzo de 2014²⁷.

En esta carta, el CTTI muestra su conformidad con ciertas manifestaciones de Orange y con que éstas se aporten en el presente expediente. Las citadas manifestaciones de Orange versaban sobre: (i) la falta de un plan de migración acordado por las partes, y (ii) que *“no había certeza del mantenimiento de la continuidad del servicio de comunicaciones”*, si las solicitudes de portabilidad hubieran progresado.

Esta Comisión es consciente de que la tramitación de la portabilidad de las líneas del CTTI se encontraba comprendida, entre otras gestiones, dentro un proceso general de devolución de los servicios, cuyo desarrollo debía realizarse de forma coordinada entre las tres partes interesadas para que dicha migración se desarrollase sin afectación de la continuidad de los servicios y para dar suficiente tiempo al nuevo adjudicatario entrante para recoger el servicio con la calidad requerida por el CTTI. Sin embargo, OCAT no tiene en cuenta que fue ella quien rechazó realizar actuaciones coordinadas con Telefónica para proceder a la migración de servicios, porque se negaba a reconocerle como el nuevo adjudicatario del servicio.

²⁷ Ver Antecedente de Hecho Cuarto.

Por otra parte, cabe añadir que la citada conformidad del CTTI sobre las manifestaciones de Orange colisiona con lo indicado por esta entidad pública a través de diferentes escritos en los que requería a OCAT que procediese a la migración de los servicios con carácter inmediato, así como a la portabilidad de sus líneas con carácter urgente²⁸.

Por último, tal y como ya se indicó a Orange en el expediente SNC/D TSA/1926/13, no se ha aportado prueba alguna que acredite que las portabilidades de las líneas solicitadas por el CTTI y cursadas por Telefónica hubieran provocado una pérdida del servicio al CTTI.

En conclusión, a lo largo de este fundamento se ha probado que OCAT, plenamente consciente y sin motivo regulado o válido en derecho que justificara su conducta²⁹, decidió denegar indebidamente y en varias ocasiones las portabilidades solicitadas con la finalidad de retrasar la devolución de los servicios y de este modo evitar que Telefónica pasara a prestar los servicios al CTTI conservando su numeración. OCAT denegó las portabilidades a pesar de ser consciente, como operador, de que la portabilidad de dichas líneas debía producirse en el plazo de 4 días hábiles desde la solicitud, tal y como establecía la Especificación técnica de la portabilidad fija aprobada por la Resolución de 29 de julio de 2009.

Por tanto, no cabe duda de que en la comisión de la infracción consistente en la vulneración de la especificación técnica de la portabilidad fija aprobada por la Resolución de la CMT de fecha 29 de julio, existía la voluntad de OCAT de retrasar el hecho de que las líneas tenían que cambiar de operador y así evitar que Telefónica comenzara a prestar servicios sobre las mismas.

En definitiva, a la luz de los actos de instrucción llevados a cabo, se acredita que la conducta tipificada como infracción es imputable a OCAT, al concurrir el elemento de culpabilidad a título de dolo. Por consiguiente, se concluye que existe un incumplimiento, por parte de esta operadora, de la Resolución de fecha 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

TERCERO.- Criterios de graduación de la sanción

En este apartado se procede a analizar los criterios aplicables a la sanción a imponer, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el

²⁸ Recuérdense entre otros el acta de reunión de 25 de julio de 2013 levantada y firmada por el CTTI, OCAT y Telefónica (ver página 9) y la Resolución de 1 de agosto de 2013 del Conseller d'Empresa i Ocupació, sobre la liquidación parcial del contrato (ver página 11).

²⁹ Tal y como ratificaron el OARCC, levantando la suspensión de la primera resolución de adjudicación, y el Juzgado de Barcelona, desestimando la solicitud de medida cautelar de suspensión de la resolución de adjudicación definitiva.

artículo 56.2 de la LGTel de 2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC. El artículo 56.2 de la LGTel de 2003 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.*

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

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) 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”.*

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos se considera que en el presente caso concurre una **circunstancia atenuante de la responsabilidad**, como es **la escasa repercusión social de la infracción cometida**, que es una circunstancia que debe minora la cuantía sanción económica a imponer la entidad imputada.

Así, de la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación. Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC, se estima que la circunstancia concurrente conduce a valorar la repercusión social de la infracción como un criterio que minora la sanción a imponer a OCAT.

OCAT reclama en trámite de audiencia que se tenga en cuenta la situación económica del infractor, recogida en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003, ya que alega que en 2013 tuvo pérdidas.

El artículo 56.2, segundo párrafo, de la LGTel de 2003 señala que en lo referente a la fijación de la sanción que se imponga al infractor, se tendrá en cuenta la situación económica del mismo, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

Esta circunstancia se recoge en la normativa sectorial con el objetivo de hacer efectivo el principio de proporcionalidad, que en el campo del derecho administrativo sancionador exige que exista un equilibrio entre los medios de la empresa y los utilizados y la finalidad perseguida por la comisión de la infracción, es decir, una correspondencia entre la gravedad de la conducta infractora y la consecuencia punitiva que se le atribuye.

Si bien es cierto que, conforme al Depósito de cuentas anuales que consta en el Registro Mercantil de Barcelona, presentado por Orange en calidad de socio único de OCAT, esta operadora en 2013 tuvo una pérdida por importe de 3.835.130,35 euros, cabe tener en cuenta que OCAT mantuvo su conducta durante 6 meses y que, como se acaba de señalar, su socio único es Orange Espagne, S.A., empresa que cuenta con un capital social suscrito y desembolsado por valor de 4.390.660.371 euros, según consta en el Registro Mercantil Central.

Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, debe tenerse en cuenta que la infracción cometida ha tenido evidentes efectos negativos para el interés público por cuanto que, cuando menos, se ha obstaculizado, en beneficio de la infractora, que las comunicaciones de las Administraciones Públicas afectadas funcionasen con normalidad y sin interrupciones.

Además, la actitud de la infractora durante el proceso de portabilidad ha puesto de manifiesto una actitud reiterada para obstaculizar el mismo en beneficio propio.

Estas dos circunstancias deben ser tenidas en cuenta también en la graduación de la sanción a imponer.

CUARTO.- Sanción aplicable a la infracción

1. Límite legal

La LGTel de 2003 fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel:

“Por la comisión de infracciones muy graves 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 o de que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- *El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- *20 millones de euros”.*

El artículo 79.1.a) de la LGTel de 2014 simplifica las reglas para fijar la cuantía máxima de la sanción que pueda imponerse, eliminando los criterios de la rama de actividad afectada y de los fondos utilizados en la infracción. No obstante, ello no tiene ninguna incidencia en el procedimiento actual, como se verá a continuación.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales

Beneficio bruto

No es procedente utilizar en el presente procedimiento el **criterio del beneficio bruto obtenido** por la comisión de la infracción imputada a OCAT.

Si bien OCAT en su escrito de 9 de diciembre de 2014 comunicó el importe de los ingresos obtenidos por las líneas objeto de expediente, desde que se cursó la solicitud de portabilidad de éstas a favor de Telefónica (febrero y julio de 2013) hasta que se efectuó la portabilidad (octubre y noviembre de 2013), según lo expuesto en los hechos probados, este importe de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] euros** no puede ser tomado en consideración, a los efectos de determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción, debido a que:

- No ha sido posible comprobar la correspondencia entre el flujo de pagos de facturas del CTTI a OCAT durante los años 2013 y 2014 y los datos de facturación de las 381 líneas afectadas por la infracción cometida por OCAT.

- Tampoco se puede imputar sobre dichos ingresos la parte correspondiente a los descuentos que OCAT ha pactado con el CTTI sobre las facturas correspondientes al periodo de octubre de 2013-febrero de 2014, tal y como se desprende del Acuerdo alcanzado entre ambas entidades, el 14 de noviembre de 2014, aportado por el CTTI (Documento nº 80.2), con el objeto de “*poner fin a las disputas y diferencias surgidas entre CTTI y OCAT (...)*”³⁰.

En este acuerdo OCAT se compromete a descontar respecto de dichas facturas a pagar por el CTTI importes por valor de: **[CONFIDENCIAL]**
[FIN CONFIDENCIAL].

- La cifra aportada por OCAT puede no incluir los ingresos obtenidos por servicios auxiliares que le presta al CTTI a través de las líneas telefónicas (centralitas virtuales, desvíos de llamada,...) o ingresos mayoristas como la terminación, que podrían ser significativos en líneas que tengan funciones principalmente de recepción de llamadas.

Por tanto, si bien es posible tomar dicho importe como una estimación de los beneficios obtenidos por el hecho de mantener las líneas durante el periodo de tiempo tomado en consideración en la imputación de la infracción, no es posible considerar esta cifra como determinante de la sanción a imponer.

Rama de actividad

En cuanto al criterio del 1% de los ingresos obtenidos en la rama de actividad afectada en el último ejercicio, tal y como ha venido señalando la CMT y CNMC en su práctica administrativa³¹, no existe una definición específica en la LGTel de 2003 que delimite qué se entiende por rama de actividad. Con carácter general, la rama de actividad se define como el conjunto de elementos patrimoniales (activo y pasivo) que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

Según dicta el artículo 56 de la LGTel de 2003, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en la que se realizó la acción u omisión, sino la rama de “actividad afectada”.

³⁰ “és voluntat de les parts posar fi a les disputes i diferències sorgides entre CTTI i OCAT (...)”.

³¹ Ver por ejemplo: Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado contra Telefónica por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador y la Resolución de 7 de junio de 2012 del expediente sancionador RO 2011/2321, incoado contra Telefónica por el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 relativa al concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid.

Como recoge la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2010³²,

“el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como “rama de actividad afectada”.

Pues bien, si tenemos en cuenta que las infracciones imputadas a OCAT han tenido el efecto de retrasar la prestación de los servicios corporativos de voz y datos para la prestación de servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente, se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida la totalidad de los servicios para los que está inscrito OCAT³³ en el Registro de operadores que gestiona esta Comisión. Por ello, a estos efectos cabe tener en cuenta todos los ingresos obtenidos por OCAT derivados de su actividad económica.

A este respecto, esta Comisión dispone de los datos relativos a los ingresos brutos de explotación procedentes de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013, obtenidas a través del Registro Mercantil de Barcelona (Documento nº 82). Su importe asciende a 26.165.000 euros. Por tanto, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada ascendió a 261.650 euros.

Fondos totales

En cuanto a la determinación de la cuantía consistente en el 5% de los fondos totales, propios y ajenos, utilizados en la comisión de las infracciones que se le imputan a OCAT, consistentes en la denegación indebida de las solicitudes de portabilidad de la numeración fija y su falta de tramitación en el plazo regulado, por incumplimiento de la Resolución de 29 de julio del 2009, no es posible determinar qué fondos pueden haberse utilizado en la comisión de tales infracciones.

Conclusión

³² SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. La citada sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de noviembre de 2013 (núm. rec. 4037/2010).

³³ Telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, servicio telefónico fijo, servicio telefónico sobre redes de datos en interoperabilidad con el servicio telefónico disponible al público, reventa del servicio telefónico fijo, transmisión de datos, servicios vocales nómadas multimedia y transmisión de datos.

De conformidad con el 56.1.a) de la LGTel de 2003, teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por esta infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en 20 millones de euros. Esta conclusión no se ve afectada por la entrada en vigor de la nueva LGTel de 2014, que mantiene en su artículo 79.1.a) el límite máximo de la sanción en 20 millones de euros o un criterio relativo al beneficio obtenido por la empresa –que no ha podido determinarse-, para este tipo de infracción.

3. Sobre la posible existencia de concurso medial de infracciones

Según la propuesta de resolución del instructor, OCAT habría cometido dos infracciones del artículo 53.r) de la LGTel que califica como muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas y, en concreto, de la Resolución de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

No obstante, OCAT se opone a esta calificación de los hechos probados haciendo referencia al artículo 4.4 del Reglamento de la Potestad Sancionadora.

Esta Sala considera que no existe concurso medial de infracciones por los motivos que se indican a continuación.

A este respecto cabe indicar que este artículo, al objeto de evitar que se produzca doble sanción ante el concurso genérico de infracciones, indica que *“En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”*.

No obstante, esta Sala considera que no concurren en este caso los elementos necesarios para la existencia de concurso ideal o medial de infracciones, sino una única infracción que, en todo caso, podría ser continuada.

En efecto, ha sido en la normativa y jurisprudencia penal donde se ha venido a clasificar los posibles concursos de infracciones que pueden realizarse (real, ideal o medial), estableciendo las reglas específicas que han de regir para la determinación de la sanción según el tipo de concurso que concurra.

Así es, según se deriva del Derecho Penal, existe concurso medial cuando una de las infracciones sea un medio necesario para cometer la otra. No ocurre esto en el presente caso ya que el tipo infractor conculcada lo impide.

En efecto, en el relato de los hechos probados se concluye que OCAT ha denegado las portabilidades cursadas por Telefónica a petición del CTTI, mediante el uso indebido de las causas de denegación reguladas, incumpliendo con ello la Resolución de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador. Este hecho probado está tipificado como una única infracción administrativa en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, que calificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Lo anterior es con independencia del objetivo que pudiera tener la infractora de impedir o retrasar la tramitación de tales portabilidades, incumpliendo de este modo, además, el plazo de 4 días hábiles establecido para ello en la resolución incumplida, a contar desde que el operador receptor recibe la solicitud. Por tanto, no existen dos infracciones administrativas sino una por el incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009.

No concurren en el presente caso las circunstancias para que se produzca medial de infracciones ya que la negativa a aceptar la causa de portabilidad impide que se inicie el plazo establecido en la Resolución infringida para la tramitación de la misma. Todo ello sin perjuicio de que todos los efectos de la denegación de la causa de portabilidad se puedan tener en cuenta a la hora de valorar la gravedad de los hechos en la aplicación de los criterios de graduación de la sanción.

4. Determinación de la sanción

Hay que tener en cuenta que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sirva de ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). 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).

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- Al presente procedimiento se aplica la LGTel de 2003, al haberse realizado los hechos probados durante la vigencia de esta norma y no haberse modificado ni la calificación jurídica del tipo ni el importe

máximo por la comisión de la infracción (20 millones de euros) en la Ley de 2014, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la LRJPAC, en consonancia con el artículo 9.3 de la Constitución.

- No ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por OCAT de la comisión de la infracción cometida, ni de los fondos totales utilizados para ello.
- El 1% de los ingresos obtenidos en las ramas de actividad que se han determinado afectadas por las conductas infractoras de OCAT asciende a 261.650 euros, siendo tal cantidad menor a la de 20 millones de euros fijada por el artículo 56.1.a) de la LGTel, por lo que esta última ha de ser tomada como el límite máximo de la sanción a imponer.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.
- De acuerdo con los criterios de graduación expuestos se considera que en el presente caso concurre una circunstancia que gradúa la baja la gravedad de la infracción, como es la escasa repercusión social de la infracción cometida, la cual es una circunstancia que minorra la sanción a imponer la entidad imputada
- Por otra parte, no se ha producido un concurso medial de infracciones como se significaba en la propuesta de Resolución.
- No obstante hay que tener en cuenta que sí concurren dos circunstancias de graduación de la sanción que no se tuvieron en cuenta y que gravan los efectos de la infracción como son la afectación al interés público y la reiteración en la conducta del infractor.
- Todo ello conduce a que debe mantenerse la cuantía se la sanción propuesta por la Instructora.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y 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 56 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida y la afectación al interés público y la reiteración de la conducta, aplicando los criterios legales, se considera que procede mantener la sanción de trescientos mil euros (300.000 €) propuesta por la instructora por el incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija).

La sanción impuesta supone solo el 1,5% de su importe máximo.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija).

SEGUNDO.- Imponer a Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de trescientos mil euros (300.000 €) por la anterior infracción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.