

Resolución del expediente sancionador incoado a France Telecom España, S.A.U. por el incumplimiento de la Resolución, de 26 de abril de 2012, sobre la modificación de la especificación técnica de portabilidad fija.

(SNC/D TSA/1306/13/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN ORANGE)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

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 3 de julio de 2014

Visto el expediente relativo al expediente sancionador incoado a France Telecom España, S.A.U. por el incumplimiento de la Resolución, de 26 de abril de 2012, sobre la modificación de la especificación técnica de portabilidad fija, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 26 de abril de 2012 que modificó la especificación técnica de portabilidad fija

El 26 de abril de 2012, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (en adelante, CMT) acordó aprobar la Resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (portabilidad fija), con la finalidad de regular la reducción del plazo efectivo del proceso de portabilidad de la numeración del usuario final a un día laboral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2.m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones² (en

¹ Organismo regulador sectorial sustituido por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

² "m) El derecho al cambio de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple en el plazo máximo de un día laborable (...)".

adelante, LGTel de 2003), que transpuso el artículo 30 de la Directiva 2009/136/CE³ (actualmente traspuesto en el artículo 47.1.c) de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones –LGTel de 2014).

El Resuelve Segundo de la citada Resolución fijó como fecha límite, para tener efectivamente disponibles las citadas modificaciones en portabilidad fija, el 1 de julio de 2013 (Documento nº 1).

SEGUNDO.- Resolución de 11 de octubre de 2012, relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 26 de abril de 2012

Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica), Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal, anteriormente France Telecom España, S.A.⁴, sociedad unipersonal (en adelante, Orange), la Asociación de Operadores para la Portabilidad (en adelante, AOP) y Jazz Telecom, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Jazztel) interpusieron sendos recursos de reposición contra la Resolución de 26 de abril de 2012, que procedieron a acumularse. En el seno de dichos recursos, Orange, Jazztel y la AOP solicitaron a la CMT que prorrogase el plazo de implementación de las modificaciones de la especificación técnica de la portabilidad fija.

La Resolución que resolvió los citados recursos de reposición desestimó dicha petición de ampliar el plazo para acometer la implementación de la portabilidad a 24 horas, al determinarse, en su Fundamento de Derecho Segundo, que el plazo establecido se consideraba suficiente (14 meses) para adaptar los desarrollos específicos de la portabilidad fija y la reducción de los plazos mayoristas de provisión del bucle⁵ (DT 2012/824) (Documento nº 2).

Para la fijación de este plazo, en la Resolución de 26 de abril de 2012, la CMT consideró la mayor dificultad para adoptar las modificaciones que se determinaban a los operadores de redes fijas que la que tuvieron los operadores de redes móviles cuando modificaron los procesos de portabilidad móvil para su reducción a 24 horas. Por ello, se reguló un plazo superior a los operadores fijos (14 meses) del que se fijó a los operadores móviles (11 meses) para acometer dichas modificaciones.

³ Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

⁴ 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.

⁵ Los procesos de portabilidad fija y de provisión del servicio mayorista de acceso al bucle están estrechamente vinculados, ya que el plazo de portabilidad está embebido en el plazo -más largo- de los procesos de desagregación del bucle. Por ello, el 5 de diciembre de 2012 la CMT aprobó la Resolución sobre la revisión de plazos e indicadores de calidad de la Oferta del Bucle de Abonado de Telefónica.

TERCERO.- Nueva solicitud de Orange de retrasar el calendario para la implementación de la reducción de la portabilidad fija a 24 horas

El 21 de marzo de 2013, la CMT resolvió cerrar y archivar sin más trámite el periodo de información previa iniciado por la solicitud de Orange de 25 de enero de 2013, consistente en retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija (DT 2013/216). Dicho expediente se archivó porque con la información disponible en el expediente, aportada por Orange y la AOP en su contestación a los requerimientos de información que se formularon en el seno del expediente, no se apreciaron fundamentos técnicos suficientes que justificasen el retraso de la fecha de 1 de julio de 2013 (Documentos nº 3, 4, 5, 6 y 7).

CUARTO.- Reitero de solicitud de Orange de retrasar el calendario para la implementación de la reducción de la portabilidad fija a 24 horas

Con fecha 15 de abril de 2013, se recibió un escrito de Orange en el que reiteraba su petición de ampliar el plazo de puesta en marcha de las adaptaciones de la portabilidad fija establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, debido a la imposibilidad de llevar a cabo la implantación de la portabilidad a 24 horas en la fecha establecida (el 1 julio de 2013).

En esta nueva solicitud Orange comunicó las concretas causas que habían motivado su retraso en acometer las modificaciones de la portabilidad fija, así como los impactos que podría originar en la portabilidad fija un paso a producción en el plazo establecido. Asimismo, Orange informaba que estaría capacitada para el lanzamiento comercial de la portabilidad a 24 horas el 9 de noviembre de 2013 (DT 2013/675) (Documento nº 9).

QUINTO.- Resolución de 30 de mayo de 2013

Con fecha 30 de mayo de 2013, la CMT dictó la Resolución sobre la citada segunda solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija (Documento nº 12).

En esta Resolución se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Rechazar la solicitud de Orange y la Asociación de Operadores para la Portabilidad, manteniendo la fecha de 1 de julio de 2013 de implantación de las modificaciones de portabilidad fija.

SEGUNDO.- Si Orange no pudiera cumplir el paso a producción el 1 de julio de 2013 de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicarlo así a esta Comisión y a la Asociación de Operadores para la Portabilidad con al menos 15 días naturales de antelación a dicha fecha. En este caso, ha de significarse que, con independencia de otras posibles medidas que pudieran adoptarse en aras a garantizar la ejecución de la resolución, esta Comisión considerará la apertura de un expediente sancionador por la posible infracción cometida.

TERCERO.- Si finalmente Orange no cumpliera las obligaciones que le incumben para garantizar, en fecha el 1 de julio de 2013, dicho paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, se le apercibe de la

posibilidad de esta Comisión de imponer multas coercitivas hasta la disponibilidad operativa de las especificaciones de la portabilidad fija a 24 horas.

CUARTO.- *En el caso de que Orange comunicara no haber implementado los procedimientos de portabilidad en 24 horas, quedará suspendida la introducción efectiva de las nuevas especificaciones para la portabilidad fija en 24 horas, continuando el funcionamiento de acuerdo a las anteriores especificaciones de portabilidad. Asimismo quedará suspendida la introducción de los desarrollos mayoristas afectados y especificados en las resoluciones DT2012/824, AJ2013/34 y DT2012/1982.*

QUINTO.- *En caso de que Orange, a fecha 1 de julio de 2013, no hubiera establecido los mecanismos para garantizar el paso a producción de las modificaciones de portabilidad fija aprobadas por esta Comisión, deberá comunicar a esta Comisión, con una antelación de dos meses, la fecha en la que podrán estar operativas las modificaciones establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, de común acuerdo con la Asociación de Operadores para la Portabilidad”.*

SEXTO.- Escrito de Orange de 14 de junio de 2013

En cumplimiento de lo dispuesto en el Resuelve Segundo de la Resolución de 30 de mayo de 2013, mediante escrito de fecha 14 de junio de 2013 Orange comunicó a la CMT así como a la AOP su indisponibilidad para acometer el paso a producción el 1 de julio de 2013, según lo acordado en la Resolución que aprobó las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija (Documento nº 13).

SÉPTIMO.- Resolución de 26 de junio de 2013

A la vista de la comunicación enviada por Orange sobre el previsible incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012 en la fecha establecida, la CMT, mediante Resolución de fecha 26 de junio de 2013, acordó instar a Orange al cumplimiento de la citada Resolución, dándole de plazo máximo hasta el 10 de julio de 2013 y exigiéndole que comunicara antes de esa fecha su disponibilidad o no para entrar en producción las modificaciones de la especificación técnica.

Asimismo, en dicha resolución se determinaron los criterios para calcular las multas coercitivas, de cuya imposición se apercibía a Orange si a fecha de 10 de julio de 2013 no efectuaba dicho paso a producción (RO 2013/1161) (Documento nº 14).

OCTAVO.- Comunicación de Orange de 5 de julio de 2013

Con fecha 4 de julio de 2013 Orange, en cumplimiento de lo dispuesto en el Resuelve Segundo de la Resolución de 26 de junio de 2013, presentó un escrito en el que confirmaba que el 10 de julio de 2013 no podría efectuar el paso a producción de las modificaciones de los procesos de portabilidad aprobadas en la Resolución de 26 de abril de 2012 (Documento nº 15).

NOVENO.- Resolución de apertura del procedimiento sancionador

Mediante Resolución de 11 de julio de 2013, la CMT acordó abrir el presente procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A. sociedad unipersonal

(actualmente, Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal), por el presunto incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012, e iniciar un procedimiento de ejecución forzosa de la citada Resolución, a través de la imposición del pago de multas coercitivas a esta operadora (RO 2013/1306) (Documento nº 16).

Mediante sendos escritos del Secretario de la CMT, de fecha 12 de julio de 2013, se procedió a notificar a Orange y a la instructora de este procedimiento, la citada Resolución que abrió el presente procedimiento sancionador (Documentos nº 17 y 18).

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Orange

Con fecha 20 de agosto de 2013, tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de alegaciones de Orange sobre la apertura del expediente sancionador. En dicho escrito Orange solicitaba, como prueba documental, la incorporación al presente procedimiento de los expedientes DT 2013/216, relativo a la primera solicitud de Orange de retrasar el plazo para la disponibilidad de las modificaciones de la portabilidad, y DT 2013/975, instruido a raíz de la segunda petición de Orange de retrasar la fecha de implementación de las modificaciones en portabilidad fija (Documento nº 19).

UNDÉCIMO.- Comunicación de Orange del nuevo paso a producción

Con fecha 10 de septiembre de 2013, se recibió un escrito de Orange en el que comunicaba que la puesta en producción de las modificaciones de portabilidad fija, establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, se llevaría a cabo el 11 de noviembre de 2013. Esta fecha había sido acordada y posteriormente ratificada por todos los operadores de la AOP, en su asamblea de 24 de septiembre de 2013.

Mediante esta comunicación Orange dio cumplimiento del Resuelve Quinto de la Resolución de 30 de mayo de 2013, que obligaba a esta operadora a comunicar la nueva fecha de implantación de las modificaciones de la portabilidad fija con dos meses de adelanto a dicha fecha (Documento nº 21).

DUODÉCIMO.- Resolución de 26 de septiembre de 2013

Como consecuencia de la comunicación presentada por Orange el 10 de septiembre de 2013, la CMT aprobó una Resolución el 26 de septiembre de 2013, por la que se comunicaba al sector la fecha en la que tendría lugar la disponibilidad operativa de las modificaciones de los procesos de la portabilidad fija, así como de los desarrollos mayoristas de los servicios de acceso mediante desagregación del bucle o acceso indirecto, afectados por la reducción del plazo para la tramitación de la portabilidad, suspendidos hasta dicha fecha dada la indisponibilidad de Orange, de conformidad con el Resuelve Cuarto de la Resolución de 30 de mayo de 2013 (DT 2013/1735) (Documento nº 22).

DECIMOTERCERO.- Requerimiento de información para Orange

Con fecha 31 de octubre de 2013 se requirió a Orange determinada información necesaria para aclarar determinados aspectos sobre las actuaciones seguidas por esta operadora para intentar cumplir la Resolución de 26 de abril de 2012 (Documento nº 23).

Mediante un escrito de 22 de noviembre de 2013 Orange contestó al citado requerimiento de información (Documento nº 25).

DECIMOTERCERO.- Requerimiento de información para la AOP

Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2013 se requirió a la AOP que aportase la siguiente información (Documento nº 24):

- Si el 11 de noviembre de 2013 se habían puesto en marcha, por parte de Orange así como por el resto de operadores, las modificaciones de la especificación técnica aprobadas en la Resolución de 26 de abril de 2012.
- En caso de que así fuera, que comunicase si la implementación por parte de todos los operadores se había desarrollado sin ningún problema y si su evolución estaba siendo correcta o se estaba presentando algún tipo de incidencia en la portabilidad fija.

El 12 de diciembre de 2013, la AOP dio contestación al citado requerimiento confirmando la entrada en funcionamiento de las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija, aprobadas por la Resolución de 26 de abril de 2012, el 11 de noviembre de 2013 (Documento nº 26).

DECIMOCUARTO.- Incorporación de los expedientes DT 2013/216 y DT2013/675

De acuerdo con la petición de prueba documental solicitada por Orange en su escrito de alegaciones, de 20 de agosto de 2013, y por ser de interés para la resolución del presente procedimiento se ha considerado oportuno incorporar al presente expediente parte de la documentación obrante en el seno de los expedientes DT 2013/216 y DT 2013/675.

DECIMOQUINTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 30 de abril 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 resolver lo siguiente: (Documento nº 27).

“PRIMERO.- *Que se declare responsable directo a Orange Espagne, 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 26 de abril de 2012, 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.- *Que se imponga a Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de setecientos mil euros (700.000 €) por la anterior conducta”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada a Orange el 5 de mayo de 2014 (Documento nº 29).

DECIMOQUINTO.- Durante el trámite de audiencia y mediante escritos de fechas 5 y 24 de junio de 2014 Orange formuló las alegaciones que estimó pertinentes sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 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) (Documento nº 31 y 33).

DECIMOSEXTO.- Finalización de la fase de instrucción

Con fecha 25 de junio de 2014, 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.

II HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Durante cuatro meses y diez días Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal, ha retrasado la puesta en marcha de las modificaciones de la portabilidad fija aprobadas mediante la Resolución de 26 de abril de 2012

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la CMT aprobó, mediante Resolución de 26 de abril de 2012, las modificaciones de la especificación técnica de la portabilidad fija que debían implementar los operadores prestadores de los servicios de telefonía fija, con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 38.2.m) de la LGTel de 2003, que transpuso el artículo 30 de la Directiva 2002/22/CE, modificada por la Directiva 2009/139/CE, en relación con el derecho de los abonados a conservar su numeración cambiando de operador en el plazo de un día hábil (este derecho de los usuarios del servicio telefónico disponible al público actualmente está traspuesto en el artículo 47.1.c) de la LGTel de 2014).

En dicha Resolución se estableció el plazo de catorce -14- meses, a partir de su notificación, para pasar a producción de forma sincronizada por parte de todos los operadores las citadas modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija. Dicho plazo finalizaba el 1 de julio de 2013.

Pues bien, desde la tramitación de la nueva especificación técnica aprobada por la Resolución de 26 de abril de 2012 hasta el 21 de marzo de 2013, Orange solicitó en diferentes ocasiones⁶ la ampliación del citado plazo de implementación sin aportar justificación alguna o bien basándose en la necesidad de sincronizar la reducción del plazo de la portabilidad con la disminución de los plazos que se estaban estableciendo en la OBA para la desagregación del bucle⁷. Ello se justificaba en la vinculación existente entre ambos servicios, en el caso de que el abonado solicite la portabilidad de la numeración fija y, a su vez, el cambio de operador para los servicios de ADSL, donde

⁶ Expediente AJ2012/1162, relativo a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 26 de abril de 2012, y expediente DT 2013/216, por el que se resolvió el periodo de información previa iniciado por la solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija.

⁷ Resolución, de 5 de diciembre de 2012, sobre revisión de plazos e indicadores de calidad de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA), por la que se aprobó la reducción del plazo en la provisión de prolongación de par de la OBA, de los accesos indirectos (ADSL-IP Y GIGADSL) y del nuevo servicio NEBA (DT 2012/824).

el plazo de portabilidad está embebido en el plazo -más largo- de desagregación del bucle.

En el seno del expediente DT 2013/216, Orange comunicó por primera vez en una carta dirigida al entonces Presidente de la CMT, de fecha 21 de marzo de 2013⁸ -esto es, cuando quedaban poco más de 3 meses para la puesta en marcha de la portabilidad a 24 horas-, la necesidad de ampliar el plazo de implementación más allá de 1 de julio de 2013, debido a su imposibilidad para pasar a producción las modificaciones de la especificación técnica en la fecha establecida, así como las causas a las que se debía su incidencia (Documento nº 8).

En concreto, Orange alegaba que *“con fecha 7 de septiembre de 2012, los primeros análisis de impacto realizados por Orange pusieron de manifiesto”* que su Sistema de Gestión de la Portabilidad Fija (SGPF) no sería capaz de soportar los nuevos requerimientos de la especificación técnica de portabilidad, siendo necesario desarrollar un nuevo sistema de portabilidad que pudiera soportar los procesos de portabilidad en los distintos segmentos del negocio de Orange: Residencial fijo y móvil, SoHo, Pyme, Grandes Cuentas, Orange Cataluña y Wholesale.

No obstante, analizada la documentación obrante en este expediente, se ha comprobado que, de acuerdo con lo que este operador ha alegado y acreditado, en realidad, la fecha en la que Orange se dio cuenta de que debía proceder definitivamente a la modificación del SGPF fue el 30 de octubre de 2012 y no el 7 de septiembre de ese año.

A este respecto, dentro del expediente DT 2013/675, Orange aportó copia de una carta enviada por el proveedor de su sistema, **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. En ella, el suministrador manifiesta que el 29 de octubre de 2012 notificó a Orange la necesidad de implementar un nuevo sistema de gestión de la portabilidad que soportase la carga requerida, debido a la imposibilidad de escalar las modificaciones de la portabilidad fija en el SGPF (Documento nº 9.1).

Este hecho desencadenó que, el 7 de noviembre de 2012, Orange decidiera sustituir el SGPF, comenzando a diseñar y desarrollar el nuevo sistema el 7 de enero de 2013.

Según lo alegado por Orange en su escrito de 22 de noviembre de 2013, dicho cambio de sistema no era aconsejable hacerlo junto con la implementación de las modificaciones de los procesos de portabilidad fija a 24 horas, al ser un proyecto de gran magnitud, por lo que se organizó el proyecto en dos fases:

- Fase 1: en la que se diseñaría e implementaría el nuevo sistema interno de portabilidad de Orange llegando hasta su paso a producción y que abarcaría desde el 7 de enero hasta el 28 de julio de 2013, y
- Fase 2: en la que se desarrollarían los procesos de portabilidad a 24 horas en el nuevo sistema ya diseñado, desde el 30 de abril hasta el 9 de noviembre de 2013.

Asimismo, Orange manifiesta que esta situación provocó que intentaran *“en noviembre, lograr un consenso en la AOP para que desde todo el sector se apoyara la petición del*

⁸ El 21 de marzo de 2013 se acordó la resolución del expediente DT 2013/216.

retraso en la fecha de implementación”. Sin embargo, esta operadora indica que la AOP decidió no realizar esta petición y dejó que fuera Orange quien tuviera esta iniciativa.

A este respecto, Orange en su escrito de alegaciones, de 5 de junio de 2014, ha presentado un certificado emitido por la AOP, el 20 de mayo de 2014, a petición de Orange, en el que se describen las reuniones celebradas por los operadores en esta asociación a efectos de la implementación de las modificaciones de la especificación técnica, desde el 6 de junio de 2012 hasta el 10 de enero de 2013.

De este certificado se desprende que, si bien el 13 de noviembre de 2012 Orange instó a la AOP para solicitar una ampliación del plazo de implementación de la portabilidad fija a 24 horas sin dar mayor justificación, hasta el 24 de enero de 2013 Orange no comunicó a los operadores su imposibilidad técnica de tener finalizados sus desarrollos con garantías para la fecha señalada por la CMT.

Asimismo, no fue hasta el 21 de marzo y 15 de abril de 2013 cuando Orange comunicó formalmente a la CMT su necesidad de retrasar la puesta en marcha de la portabilidad a un día laboral, justificando con detalle los concretos problemas que desde finales de octubre y principios de noviembre del año 2012, es decir, cinco meses antes de dicha comunicación, había detectado en el SGPF y que le imposibilitaban tener disponible en sus sistemas la implementación de las modificaciones de la especificación técnica. Además, no fue hasta dicha fecha que Orange concretó que necesitaría una ampliación de, al menos, cuatro -4- meses, hasta el 9 de noviembre de 2013, para tener disponibles en todos sus sistemas las modificaciones de los procesos de portabilidad a un día laboral.

Orange alega, en su escrito de 5 de junio de 2014, que con anterioridad a marzo de 2013 ya se puso informalmente en contacto con la CMT para comunicar sus dificultades para llegar a tiempo en la fecha regulada.

En todo caso, ello no explica por qué, en su escrito de 25 de enero de 2013 que dio lugar a la apertura del expediente DT 2013/216, por el que se resolvió el periodo de información previa iniciado por la solicitud de Orange de retrasar la fecha de implantación de las modificaciones en portabilidad fija, esta operadora no comunicó formalmente los verdaderos motivos que justificaban esa solicitud de ampliación, explicando los problemas que se le habían presentado en el SGPF y que conocía desde finales del mes de octubre de 2012, y esperó hasta marzo de 2013 para comunicarlo.

Pues bien, tras la liquidación de multas coercitivas mensuales a Orange para conminar a esta entidad al cumplimiento de su obligación⁹, de acuerdo con el Resuelve Quinto de la Resolución de 30 de mayo de 2013, el 10 de septiembre de 2013 se recibió en la CNMC un escrito de Orange en el que comunicaba que la puesta en producción de las modificaciones de portabilidad fija, establecidas en la Resolución de 26 de abril de 2012, se llevaría a cabo el 11 de noviembre de 2013.

⁹ Ello en ejecución de la Resolución de 11 de julio de 2013, en la que el Consejo de la CMT, además de proceder a la apertura del presente procedimiento, aprobó el inicio de un procedimiento de ejecución forzosa y la imposición de multas coercitivas a Orange.

Mediante un escrito de la AOP de fecha 12 de diciembre de 2013, se ha podido confirmar que, el 11 de noviembre de 2013, Orange, junto con el resto de operadores han puesto en efectivo y correcto funcionamiento las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija, aprobadas por la Resolución de 26 de abril de 2012, por lo que a partir de dicha fecha ya está disponible la posibilidad de tramitar los procesos de portabilidad numérica fija en el plazo de un día hábil.

En conclusión, en el presente Hecho probado se ha acreditado que Orange ha retrasado la puesta en marcha de las modificaciones de la portabilidad fija, aprobadas mediante la Resolución de 26 de abril de 2012, durante el plazo de cuatro -4- meses y diez -10- días, con respecto a la fecha de 1 de julio de 2013 que estableció la citada Resolución.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (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 (publicada en el Boletín Oficial del Estado el 10 de mayo de 2014) (LGTel de 2014) que ha derogado, entre otras normas, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. No obstante, siguiendo lo dispuesto en el artículo 128 de la LRJPAC, *“Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

En virtud de lo anterior, en el presente procedimiento seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en la LGTel de 2003, salvo si se comprueba que la LGTel de 2014 es más beneficiosa para el presente infractor.

El artículo 18 de la LGTel de 2003 (artículo 21 de la LGTel de 2014) establece 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 diciembre, 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, establece 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 26 de abril de 2012 se acordó la Resolución por la que se aprobaban las modificaciones de la especificación técnica, donde se estableció a los operadores involucrados en la portabilidad de la numeración fija la obligación, mencionada en el antecedente de hecho primero, de tener implementadas dichas modificaciones a fecha 1 de julio de 2013.

Los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel de 2003 (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 establece 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 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, estableciéndose los límites máximos de la posible sanción también en términos similares, procede aplicar en este caso, de conformidad con los preceptos señalados, la LGTel de 2003, norma vigente en el momento de producirse el Hecho probado único.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y Hecho probado y resolver

sobre el incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012 arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (actual artículo 76.12 de la LGTel de 2014), que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la CMT.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013¹⁰, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2 y 21.2 de la citada Ley y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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. Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho Probado

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 califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT (actual CNMC) en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

La entrada en vigor de la LGTel de 2014 no afecta a la anterior tipificación. Como se ha señalado en el Fundamento anterior, ha de aplicarse en el presente procedimiento la norma en vigor en el momento de producirse la infracción, salvo que la ley posterior produzca efectos favorables para el imputado, en cuyo caso ha de aplicarse retroactivamente. El tipo de infracción del artículo 53.r) de la LGTel de 2003 se mantiene como muy grave y con una redacción similar en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, salvo porque el artículo 76.12 requiere que el incumplimiento sea de resoluciones “firmes en vía administrativa”.

No obstante, esta diferencia no tiene incidencia alguna en el presente expediente sancionador, en tanto que el inicio del periodo de la infracción es posterior al momento

¹⁰La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

en que adquirió firmeza la resolución. Por ello, se aplica a estos efectos la LGTel de 2003.

En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Cuarto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra Orange debido a que *“a lo largo de la presente Resolución se desprenden indicios suficientes que permiten concluir que Orange puede haber realizado actividades e incurrido en omisiones tipificadas en el apartado (r) del artículo 53 de la LGTel, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 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), debiéndose resolver en consecuencia”*.

En su escrito de 20 de agosto de 2013, Orange alega que *“La fecha, aun siendo importante, es accesorio al elemento principal y en consecuencia, el hecho de no haber tenido listas las especificaciones en una fecha cierta no implica necesariamente per se un incumplimiento de la Resolución (...) el derecho a conservar el número de los usuarios siempre ha estado absolutamente salvaguardado y que las tareas y actuaciones puestas en marcha para ejecutar el proyecto de portabilidad en 24 horas se han ejecutado sin dilación y con la diligencia debida (...)”*. (Subrayado nuestro)

Las resoluciones, tanto de la CMT como de la actual CNMC, son vinculantes en todos sus mandatos o decisiones de carácter imperativo. La Resolución de 26 de abril de 2012 impuso expresamente a los operadores integrantes de la AOP, entre los que se encuentra Orange, la implementación en el Nodo Central de los nuevos procesos de la portabilidad aprobados en la especificación técnica en un plazo determinado, para que empezaran a funcionar el 1 de julio de 2013.

Además, con la finalidad de que la implantación de la portabilidad a 24 horas se hiciera de modo eficiente y sincronizada por todos los operadores, éstos estaban obligados a adaptar sus sistemas internos de gestión de la portabilidad y de este modo hacerlos interactivos con el Nodo Central en dicha fecha.

A tales efectos, la citada Resolución estableció en su Resuelve Segundo:

“SEGUNDO.- *Fijar la disponibilidad efectiva de la portabilidad fija para los abonados en un día laborable, así como del resto de modificaciones incorporadas en el fundamento 4, antes del 1 de julio de 2013”*.

Asimismo, su Fundamento de Derecho Quinto dispuso que:

“(…) siendo un objetivo prioritario que las modificaciones de portabilidad fija sean implantadas correctamente por el conjunto de operadores del dominio de portabilidad, de forma eficiente y sincronizada, se opta por fijar un plazo de implementación suficientemente largo para que los operadores puedan acometer los desarrollos de portabilidad fija sin menoscabo de los recursos implicados en la puesta en marcha operativa de los procedimientos mayoristas. De este modo, se propone fijar el 1 de julio de 2013 como fecha máxima de implementación operativa de las modificaciones de portabilidad fija propuestas en el presente informe”.

La fijación de un plazo (fecha) suficientemente amplio (14 meses) para llevar a cabo la implantación de la portabilidad a 24 horas no se trataba de una cuestión baladí o accesorio, sino que era un elemento esencial para garantizar que los operadores, en conjunto y de modo sincronizado, acometieran las adaptaciones necesarias que posibilitaran la efectiva puesta en marcha en el Nodo Central de la nueva especificación técnica.

De acuerdo con lo analizado durante la instrucción de este expediente así como tras las comprobaciones realizadas en el Hecho Probado Único, se considera que el incumplimiento por parte de Orange de su deber de tener disponibles en su sistema de gestión las modificaciones de la especificación técnica de portabilidad fija, para su implementación por parte de todos los operadores el 1 de julio de 2013, siguiendo los términos establecidos en la Resolución de 26 de abril de 2012, conlleva que Orange haya cometido la correspondiente infracción administrativa.

Dicha Resolución tenía como objetivo agilizar y dotar de mayor seguridad a los procesos de portabilidad, no sólo para fomentar la competencia en el mercado sino también para permitir a los abonados cambiar de proveedor de servicios con mayores garantías y en el plazo de un día laboral, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 38.2.m) de la LGTel de 2003, por el que se traspuso a nuestra legislación nacional el artículo 30 de la Directiva 2009/136/CE.

La conducta de Orange provocó que la especificación técnica aprobada en dicha resolución no pudiera aplicarse por el resto de operadores prestadores de servicios de telefonía fija, que sí estaban preparados a 1 de julio de 2013, hasta pasados cuatro -4- meses y diez -10- días de la fecha establecida por la CMT, con lo que el cumplimiento de su objetivo se ha visto también retrasado.

En definitiva, se concluye que existen pruebas suficientes del incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012 por parte de Orange, 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 Sancionador¹¹, 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.”*

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o

¹¹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

imprudencia¹². En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20), o 21 de enero de 2011 (RJ 2011/485)) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar dos tipos de supuestos de infracción: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo los artículos 76.6 y 77.32 de la LGTel de 2014, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 76.12 de la misma norma (y el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento), en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, se imputa a Orange una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de una resolución, en concreto, la Resolución adoptada en fecha 26 de abril de 2012, de modificación de la especificación técnica de portabilidad fija, por no haber implementado en sus sistemas internos dichas modificaciones a fecha 1 de julio de 2013, sino pasados 4 meses y 10 días respecto de dicha fecha, retrasando de este modo el paso a producción de la portabilidad a 24 horas.

En relación con la conducta citada, la inobservancia de la obligación es atribuible a título de culpa a Orange ya que, como se analiza a continuación, conociendo la importancia que tenía el cumplimiento de la referida obligación en la fecha establecida por parte de todos los operadores, esta operadora tenía que haber puesto la diligencia debida para garantizar el cumplimiento de ésta.

1. Sobre la imprevisibilidad de las limitaciones que aparecieron en el SGPF de Orange:

Orange en su escrito de 20 de agosto de 2013 alegaba que no había existido voluntad (dolo) por su parte en incumplir la fecha de implantación de la portabilidad a

¹² Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica que “en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”.

1 día laborable, ya que carecía de incentivos para retrasar la entrada en funcionamiento del plazo de la portabilidad fija en 24 horas. Esta operadora manifiesta que *“la imposibilidad de cumplimiento ha sido un elemento sobrenvenido e imprevisto derivado de las limitaciones en los sistemas que mi representada ha padecido y que ha supuesto que los trabajos a desarrollar por Orange sean muy superiores y de mayor complejidad que los de los demás operadores, e incluso, a los inicialmente previstos y planificados por mi representada”* (subrayado nuestro).

A este respecto, se señala que la operadora en su segundo escrito de solicitud de ampliación del plazo de implementación de la portabilidad fija a 24 horas (DT 2013/675), de 15 de abril de 2013, manifestaba que *“la imposibilidad de escalar el sistema (SGPF) se debe a la obsolescencia del mismo, ya que fue puesto en producción en 2000 y ya actualmente estaba presentando problemas de gestión por los elevados volúmenes que se tramitan. Este hecho unido a los mayores requerimientos que se exigen al sistema por la reducción de los plazos hace inviable adaptar el SGPF al nuevo procedimiento de portabilidad”*.

Asimismo, en su escrito de contestación al requerimiento de información efectuado durante la instrucción de este procedimiento, de 22 de noviembre de 2013, Orange reitera que *“el sistema de gestión de portabilidad fija fue implementado en el año 2000 con lo que su diseño y capacidad resultaba acorde a las especificaciones de aquel momento y siendo pues necesario realizar las adaptaciones que fuesen precisas para hacerlo escalable a los nuevos procesos de portabilidad en 24 horas”*.

A la vista de estas manifestaciones, en la propuesta de resolución que formuló la instructora se concluyó que Orange era conocedora de los problemas que podía presentar el SGPF dada su antigüedad, por lo que no fue posible aceptar que las limitaciones que padeció éste, al intentar implementar las modificaciones de la especificación técnica de la portabilidad fija, pudieran calificarse como imprevisibles.

Ello se señaló porque el objetivo legal de garantizar la portabilidad en 24 horas es conocido por el sector desde hace años. De hecho, la previsión de futuras adaptaciones en las especificaciones técnicas de portabilidad, tanto fija como móvil, para conseguir acortar los plazos de los procesos para su tramitación, haciendo esta herramienta de promoción de la competencia más eficaz y segura, ya se anunció en la Circular 1/2008 sobre conservación y migración de numeración telefónica, a través del apartado tercero punto 4, relativo a la *“Garantías de portabilidad y calidad del servicio”*.

4. La implementación técnica de la portabilidad deberá ser suficientemente flexible para poder acomodar futuras reducciones de los plazos de ejecución efectiva de la portabilidad, de conformidad con la legislación vigente, con el objetivo de llegar a realizarla en 24 horas”.

Posteriormente, la precitada Directiva 2009/136/CE, que modificó el artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE de Servicio Universal, dispuso que:

“La conservación del número y su activación subsiguiente se ejecutarán con la mayor brevedad. En cualquier caso, a los abonados que han suscrito un acuerdo

para transferir un número a una nueva empresa se les activará dicho número en el plazo de un día laborable. [...]"

Esta disposición comunitaria fue traspuesta a nuestra normativa sectorial nacional a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que modificó el artículo 38 de la LGTel de 2003, relativo a los derechos de los consumidores y usuarios, para incluir en su apartado 2 la letra m) que reconoce *“El derecho al cambio de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple en el plazo máximo de un día laborable. (...)”*.

En consecuencia, con casi cuatro años de anticipación a la aprobación de la referida Resolución de 26 de abril de 2012, los operadores de telefonía fija sabían que el plazo de ejecución de la portabilidad se reduciría, con el objetivo de permitir disfrutar al usuario de la posibilidad de cambiar de operador con conservación de la numeración, a un día laboral. Esto conllevaba a los operadores prever que sus sistemas fueran lo suficientemente flexibles para acometer las adaptaciones necesarias que hicieran efectiva la citada reducción del plazo.

En este sentido, Orange a través de sus escritos presentados a la propuesta de resolución de la instructora, de 5 y 24 de junio de 2014, revela que en el primer trimestre del año 2012 reforzó el SGPF más allá del mantenimiento operativo del mismo, con lo que se tenía certeza de disponer de un sistema preparado para la escalabilidad de los cambios necesarios en el futuro próximo. A tales efectos, Orange ha presentado diversa documentación acreditativa del refuerzo realizado sobre el rendimiento del SGPF como son, entre otras, las ofertas presentadas por los proveedores **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** sobre las propuestas de proyectos relativos a los cambios que se debían de acometer para mejorar el rendimiento del SGPF, de 28 de marzo y de 5 mayo de 2011, las facturas de pago a las empresas involucradas en los trabajos de refuerzo del precitado sistema, así como pantallazos de sus sistemas internos y correos electrónicos relativos a la contratación y al inicio del paso a producción de dichas mejoras del SGPF en marzo del año 2012.

En concreto, de la oferta presentada por **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** se constata que los principales impactos que afectaban al rendimiento del SGPF en el año 2011 se producían en:

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Pues bien, a pesar de dicho refuerzo del sistema realizado en el mes de marzo del año 2012, llama la atención que, de conformidad con las alegaciones presentadas por Orange en trámite de audiencia, parte de dichos impactos fueron los que provocaron que Orange tuviera que cambiar el SGPF, debido a que a finales de octubre de 2012 se descubrió que el sistema de portabilidad no era capaz de soportar la implementación de las modificaciones de la especificación técnica.

Así es, Orange en su escrito de 5 de junio de 2014 manifiesta que fue en la etapa de diseño (mes de octubre del año 2012) cuando se identificó que el SGPF no podría asumir la funcionalidad demandada. Una de las razones principales de esa

incapacidad de evolución fue precisamente el **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Es decir, un proceso que ya se reforzó en el SGPF durante el primer trimestre del año 2012.

El resto de incidencias que se presentaron en el SGPF, **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, derivaban del propio rendimiento interno de su sistema de gestión, que debía tener preparado a la vista de los nuevos procesos de la portabilidad fija que estaban pendientes de aprobación, ya que dichos impactos eran previsibles como consecuencia de la implementación de las modificaciones de la especificación técnica para gestionar la portabilidad en plazos más reducidos de los vigentes en aquel momento.

Sin embargo, Orange argumenta que *“que debe reconocerse innegable que no habían sido cerrados por las Especificaciones (por ejemplo el tratamiento de determinados aspectos del proceso con revendedores) y que requerían saber si vía recurso se iban a completar o si por el contrario, iban a ser necesarios adoptar acuerdos posteriores entre los operadores”*. Además, reclama que debido a que los recursos de reposición se resolvieron en el plazo de cuatro meses le dejó *“sin margen de maniobra para hacer frente a situaciones imprevistas como modificar el sistema de gestión de portabilidad (...)”*.

Las Especificaciones técnicas eran ejecutivas desde que se notificó la Resolución de 26 de abril de 2012. Orange no debía esperar al resultado de los recursos de reposición interpuestos. De hecho, los aspectos modificados, a raíz de la estimación parcial de los recursos de reposición interpuestos contra dicha resolución, fueron menores y no guardan relación alguna con los problemas de rendimiento que afectaron al sistema de gestión de la portabilidad de Orange, tal y como se ha comprobado.

Asimismo, cabe señalar que los aspectos modificados de los procesos de portabilidad, aprobados en la Resolución de los citados recursos de reposición, afectaban también al resto de operadores fijos que al igual que Orange debían acometer la implantación de tales modificaciones en sus sistemas. Sin embargo, dichos operadores no presentaron problemas en el cumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012. Por tanto, cabe rechazar la justificación que Orange pretende utilizar para exculpar su negligencia en el cumplimiento de la citada Resolución.

Finalmente, resulta de interés indicar que con antelación a los operadores fijos, los operadores móviles, entre ellos Orange, ya tuvieron que implementar, entre 2011 y 2012, las modificaciones en sus sistemas de portabilidad móvil para acomodar los procesos de portabilidad a 24 horas. Por ello, Orange conocía los posibles impactos que podrían sufrir sus sistemas de gestión de la portabilidad fija para acometer un proyecto de similar o, incluso, mayor envergadura a aquél.

Por tanto, esta Comisión considera que Orange, a través de sus proveedores, no tuvo la suficiente diligencia a la hora de robustecer este sistema a pesar de conocer que iba a soportar mayores requerimientos y de las implicaciones que tenía para el sector. Más aun, una de las incidencias que ya venía presentando el SGPF, debido a su obsolescencia, y que Orange intentó resolver, volvió a presentarse al intentar implementar las modificaciones de la especificación técnica. Asimismo, el resto de

incidencias que provocaron que este sistema no fuera capaz de asumir la funcionalidad demandada fueron impactos propios de la reducción de los plazos de la portabilidad que Orange también pudo y tuvo que prever resolver con anterioridad.

En definitiva, de todo lo expuesto se concluye que Orange sí que previó la necesidad de reforzar sus sistemas de gestión de la portabilidad a la vista de que tenía fallos de rendimiento, dada la próxima modificación de los procesos de portabilidad que se iban a aprobar. Sin embargo, no se ha demostrado que esta operadora tuviera la diligencia necesaria a la hora de dotar al SGPF de suficiente robustez para soportar la implementación de la nueva especificación técnica, aun siendo consciente con suficiente antelación de las modificaciones en los procesos de portabilidad que estaban pendientes de aprobación un mes después -el 26 de abril de 2012- de la puesta en marcha de los refuerzos implantados en el SGPF, ya que a la vista de lo expuesto se demuestra que dicho refuerzo no fue suficiente para soportar los previsibles requerimientos que suponía implementar la portabilidad a 24 horas.

2. Sobre la diligencia mostrada por parte de Orange en la evaluación del sistema de gestión de la portabilidad:

En su escrito de 20 de agosto de 2013, esta operadora alega que, durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2012, se estableció un plan de trabajo que afectaba a todas las áreas implicadas en el proyecto. El objetivo marcado era tener cerrados los requisitos de detalle para mediados de agosto de 2012, con independencia de la resolución del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 26 de abril de 2012.

No obstante lo anterior, en el seno del expediente DT 2013/675, concretamente, en su escrito de 20 de mayo de 2013, esta operadora manifestó que **“Aún y cuando todavía no se disponía de los procedimientos definitivos, se solicitó en septiembre la evaluación a los proveedores. En el calendario de hitos, resultó determinante la comunicación de [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] por la que se notificó que el sistema de portabilidad tenía que ser completamente sustituido, (...)”** (Documento nº 11).

Asimismo, esta operadora explicó en dicho escrito que *“Cualquier trabajo de análisis por parte del proveedor tiene un coste para Orange, con lo que el envío de una solución que podía ser modificada mediante el recurso de reposición, suponía arriesgarse a incurrir en un doble coste ya que cualquier cambio debería volver a ser revaluado por el proveedor”*.

A raíz de estas alegaciones de la propia operadora, en la propuesta de resolución que se comunicó en trámite de audiencia se determinó que no fue hasta septiembre de 2012 cuando Orange solicitó a su proveedor que analizara la viabilidad del SGPF.

Sin embargo, Orange en su escrito de 5 de junio de 2014 alega y acredita, a través de diversos documentos internos, entre ellos una carta de [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de 3 de junio de 2014, que el 2 de julio de 2012 ya se tomaron los primeros contactos y reuniones con los proveedores, momento en el cual se liberó el [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], necesario para la implementación de las modificaciones en portabilidad fija, no fue definitivo hasta el 25 de septiembre de

2012. Por ello, no fue hasta el 2 de octubre de 2012 cuando Orange solicitó a **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, tal y como el citado proveedor indica en su carta, la evaluación de la viabilidad del SGPF.

Ello conllevó que no fuera hasta el 30 de octubre de 2012 (6 meses después de la aprobación de la resolución incumplida), cuando el suministrador del sistema **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** le trasladó a Orange su evaluación sobre el impacto del proyecto en el SGPF, donde constataba la imposibilidad de escalar (ampliar) el sistema y, por tanto, su necesidad de sustituirlo íntegramente.

En este sentido, Orange manifiesta, por una parte, que en este tipo de procesos **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

A este respecto, esta Comisión considera que de ser cierto que **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** éste podía haber alertado de los posibles fallos del SGPF con anterioridad a que se liberaran los requisitos definitivos, ya que pocos meses antes había llevado a cabo un refuerzo en el mismo y, a la vista de los fallos que presentaba en su momento dicho sistema, éste tenía que haber deducido los impactos previsibles que sufriría el SGPF como consecuencia de la reducción de los plazos de la portabilidad fija.

Sin embargo, por falta de diligencia del proveedor, que pudo alertar con mayor anticipación sobre la falta de capacidad del SGPF para asumir las modificaciones del proceso de portabilidad fija, o por decisión de Orange, se esperó a disponer de los requisitos definitivos, que afectaban a varios sistemas de esta operadora impactados por las modificaciones de los procesos de portabilidad fija, antes de comenzar a analizar la viabilidad del SGPF, más aún cuando éste en condiciones anteriores a la implantación de la especificación técnica (reducción de plazos) ya presentaba problemas y Orange se encontró en la situación de reforzarlo.

3. Sobre la adopción de una solución de contingencia:

Otro aspecto que Orange destaca en sus alegaciones para exculpar su conducta infractora es que desde la detección del problema ha tratado de buscar una solución de contingencia que pudiera ser alternativa al retraso. Orange manifiesta que *“ha trabajado en el diseño de una solución de contingencia que le permitiera afrontar el paso a producción, al menos con las funcionalidades básicas del procedimiento de portabilidad aun cuando no se implementaran otros cambios que para el negocio también pudieran ser importantes (por ejemplo, adaptar los sistemas de retención)”*.

No obstante lo señalado por Orange, se indica que esta entidad no ha presentado pruebas en relación con el diseño de un plan de contingencia. Únicamente indica, en su escrito de alegaciones al inicio del expediente, que el 25 de marzo de 2013 (esto es, cuando faltaban menos de 4 meses para la puesta en funcionamiento de la portabilidad a 24 horas en el Nodo Central y pasados 5 meses desde que detectó la indisponibilidad de su sistema) evaluaron de urgencia una solución de contingencia para poder estar disponibles a la fecha de 1 de julio de 2013 -solución de contingencia que finalmente se desestimó adoptar, según alega la operadora, por la falta total de garantías de su funcionamiento-.

Asimismo, en su escrito de 5 de junio de 2014, Orange reitera que *“no debe considerarse como acreditado que Orange no trató de diseñar un plan de contingencia, sino que fue imposible diseñar uno válido para el propósito pretendido”*.

Esta alegación de Orange no puede ser aceptada, ya que los Servicios de la CMT, en el informe sometido a trámite de audiencia del expediente DT 2013/675, de 9 de mayo de 2013, plantearon a Orange la posibilidad de adoptar un plan de contingencia, que permitiera al resto de operadores del mercado que sí estaban disponibles funcionar con los procesos de portabilidad a 24 horas, garantizando a los usuarios ejercer su derecho a portar las líneas en un plazo más reducido.

De acuerdo con este plan de contingencia, Orange debía de priorizar la garantía del cumplimiento de sus obligaciones de portabilidad como operador donante, en caso de que el resto de operadores solicitaran la portabilidad de alguno de sus usuarios, pero actuando con limitaciones en su rol de operador receptor, al no poder garantizar tramitar la portabilidad en los plazos reducidos.

Sin embargo, la adopción de dicho plan también se desestimó finalmente por el Consejo de la CMT, debido a que Orange comunicó que no había tiempo y forma para afrontarlo y a que la AOP también lo consideraba inviable e inasumible.

4. Sobre la confianza legítima bajo la cual actuó Orange:

Finalmente, Orange justifica que actuó del modo en que lo hizo pensando que seguía el criterio que esta entidad entiende que la CMT había establecido ante situaciones similares, consistente en anticipar los problemas existentes cuando se hace frente a procesos colectivos como el de la portabilidad.

En apoyo de su razonamiento Orange cita el tratamiento que se dio a las incidencias que sufrió Vodafone en el paso a producción del Nodo Central de la portabilidad móvil¹³: *“En aquel momento Vodafone inicialmente comunicó la necesidad de retrasar unos días la fecha de paso a producción, y aquella solicitud de retraso no fue penalizada por esta Comisión; sí lo fue, sin embargo, el hecho de que finalmente Vodafone afrontara un paso a producción con riesgos tales que generó incidencias durante las semanas posteriores a dicho paso, impactando negativamente el derecho de los abonados a portar sus numeraciones”*.

Según Orange, a través de este procedimiento la CMT envió un mensaje que no se puede obviar: ***“es mejor señalar y anunciar los problemas que puedan existir antes de crear incidencias generalizadas a operadores y usuarios”***. Por ello, Orange alega que con confianza legítima en las decisiones del regulador procedió a solicitar el retraso de la fecha de implementación de la especificación técnica de portabilidad fija.

A este respecto, cabe aclarar que la CMT, en la resolución del procedimiento sancionador que incoó a Vodafone, tuvo en cuenta no sólo las concretas

¹³ Expediente RO 2010/328: Procedimiento sancionador incoado a Vodafone España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica y los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

circunstancias imprevisibles que llevaron a Vodafone a cometer la conducta infractora de retrasar la fecha regulada para la puesta en marcha del Nodo Central en la portabilidad móvil, sino también la diligencia empleada por esta operadora en todo momento para minimizar los impactos de las incidencias que sufrió su sistema de gestión e intentar retrasar lo mínimo posible la fecha regulada.

En este sentido, las incidencias que sufrió Vodafone, cuando se reguló migrar el sistema distribuido de la portabilidad al sistema centralizado a través del Nodo central, tuvieron su origen en la decisión de esta operadora de cambiar íntegramente su sistema interno de gestión de la portabilidad, dado que el anterior tenía ya diez años de antigüedad. Además, las incidencias que verdaderamente retrasaron su disponibilidad en la fecha regulada sobrevinieron durante el periodo de pruebas del sistema, previo a su paso a producción para su funcionamiento con el Nodo Central. Ello provocó que finalmente se retrasara sólo en 15 días el funcionamiento del sistema centralizado en la portabilidad móvil.

Asimismo, Vodafone comunicó rápidamente, tanto a la AOPM como a la CMT, los problemas que afectaban a su sistema de gestión en cuanto éstos aparecieron. Esta operadora incluso adoptó un plan de contingencia para impedir retrasar lo mínimo posible la puesta en funcionamiento del sistema centralizado de la portabilidad (Nodo Central) y garantizar que el resto de operadores pudieran pasar a funcionar con dicho sistema.

Sin embargo, dicha diligencia para impedir retrasar la puesta en marcha de la portabilidad a 24 horas no ha sido demostrada por Orange. Así, (i) sabiendo lo que le ocurrió a Vodafone en el año 2010, (ii) encontrándose ante un proyecto que la propia operadora¹⁴ reconoce que es de mayor complejidad al que afrontó en la portabilidad móvil en el año 2011 y (iii) reconociendo que disponía de un sistema de gestión de la portabilidad con más de 12 años de antigüedad que había sido reforzado con anterioridad a la aprobación de la Resolución de 26 de abril de 2012, Orange no instó a su proveedor para que analizara lo antes posible la viabilidad del SGPF para implantar los nuevos procesos de portabilidad. Ello dado que según ha alegado esta operadora, **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Además, como se ha comprobado, en base a la información proporcionada por Orange, el citado refuerzo realizado sobre el SGPF por su proveedor no fue lo suficientemente robusto para soportar las modificaciones de la especificación técnica, tal y como había previsto Orange. Con la implementación de los requisitos del proyecto de implantar la portabilidad a 24 horas Orange comprobó que el sistema fallaba en el mismo proceso que se había reforzado pocos meses antes.

La citada concurrencia de falta de diligencia por el proveedor de Orange, que es imputable a esta operadora, ha provocado un retraso de 4 meses y 10 días en la puesta en marcha de la portabilidad a 24 horas.

¹⁴ En su escrito de 5 de junio de 2014, Orange alega que *“en el caso de la portabilidad móvil las modificaciones a acometer eran mucho menores que en el caso de la portabilidad fija. Las tareas a desarrollar para la provisión de un servicio son infinitamente más complejas en el caso de los servicios fijos ya que hay que coordinar instalación del acceso, logística, etc...”*.

Por otra parte, Orange ni siquiera ha propuesto un plan de contingencia para permitir que el resto de operadores pudieran entrar a funcionar con la portabilidad a 24 horas en la fecha establecida, a pesar de disponer de mayor plazo para adoptarlo (nueve meses) del que tuvo en su momento Vodafone (15 días), desde que conoció la existencia de las incidencias en sus sistemas.

Por último, cabe tener en cuenta que, al menos, a finales de octubre de 2012 Orange ya era conocedora de su imposibilidad para pasar a producción la portabilidad a 24 horas el 1 de julio de 2013. Sin embargo, no fue hasta finales de marzo de 2013 que comunicó formalmente a la CMT la existencia de sus incidencias en el SGPF y su imposibilidad de estar disponible en la fecha regulada, a pesar de que desde que se aprobó la especificación técnica Orange estuvo pidiendo reiteradamente a dicho organismo una ampliación del plazo establecido en la Resolución de 26 de abril de 2012.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto sobre la concurrencia de falta de diligencia por parte de Orange, para asegurar el cumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2012, no es posible aceptar la exculpación de su conducta infractora en base a los mismos razonamientos que la CMT aplicó a Vodafone para no sancionar su infracción de retrasar el funcionamiento del sistema centralizado para la gestión de la portabilidad móvil.

TERCERO.- Criterios de graduación de la sanción.

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel de 2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

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 en el presente caso se considera que **concorre una causa de agravación** de la responsabilidad de Orange, **debido a la naturaleza de los perjuicios causados**:

En la propuesta de resolución se determinó que la conducta infractora de Orange había provocado perjuicios sobre el interés general que trataba de proteger y garantizar la Resolución de 26 de abril de 2012, al haber impactado sobre la generalidad de los usuarios de los servicios de telefonía fija, que habían visto retrasado en más de 4 meses el ejercicio del derecho que les reconoce la normativa comunitaria y nacional a cambiar de operador con conservación de la numeración en el plazo de un día laborable.

En relación con esta conclusión, Orange estima que *“las portabilidades que realmente se han aprovechado de una reducción de los plazos de portabilidad han sido sólo aquellas solicitadas por el proceso 15 por empresas operadoras que provisionan con tecnología de acceso directo propia, en concreto por operadores de cable”*.

Según cálculos realizados por Orange sobre las portabilidades realizadas por estas operadoras de cable, **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

Para obtener estos datos, Orange alega que se ha basado únicamente en las portabilidades en las que Orange participaba como operador donante.

Es cierto que los usuarios a los que alude Orange, cuyos servicios son provisionados a través de accesos directos del operador, han sido los más afectados por su retraso en la puesta en marcha de la reducción de los plazos de tramitación de los procesos de portabilidad. Sin embargo, Orange no puede obviar que la gran generalidad de los usuarios cuya numeración es portada a través del proceso asegurado (proceso 16), en el que la portabilidad se tramita asociada a un proceso de desagregación del bucle para proveer conjuntamente los servicios telefónicos y de ADSL, también se vieron afectados en la reducción de los plazos de tramitación de sus solicitudes, ya que sus portabilidades, durante el plazo de retraso provocado por el incumplimiento de Orange, han seguido tramitándose en el plazo de 11 días en vez de en 6 días que estableció en dichas fechas la regulación aplicable a los servicios de banda ancha.

Así, el retraso ocasionado por Orange en la puesta en marcha de las modificaciones de la especificación técnica había afectado a su vez sobre la reducción del plazo del servicio de provisión mayorista de acceso a la banda ancha (OBA, ADSL-IP, GigADSL, NEBA), que se acordó en la Resolución de 5 de diciembre de 2012¹⁵. Esta reducción estaba también prevista para su aplicación el 1 de julio de 2013, con el objetivo de que los usuarios percibieran una reducción real y significativa del plazo necesario para cambiar de prestador de todos los servicios de red fija (voz y banda ancha) conservando su numeración.

¹⁵ DT 2012/824

Finalmente, el citado retraso ocasionado por Orange ha impactado asimismo al resto de operadores de telefonía fija que fueron capaces de estar disponibles en la fecha regulada, ya que han tenido que asumir costes en tiempo y recursos, al deber planificar y coordinar de nuevo las tareas de integración con respecto al resto de proyectos de cada compañía. Esto es, el retraso tiene un impacto generalizado en los plazos de la portabilidad de todos los usuarios del servicio telefónico fijo disponible al público.

Por otra parte, se considera que concurre en el presente caso una circunstancia atenuante de la responsabilidad: la ausencia de beneficio que ha reportado a Orange el hecho objeto de la infracción.

Orange alega que **“el retraso en la implementación de la reducción de plazos en provisión de servicios fijos implica un grave impacto económico para Orange (...)”**. Dicho impacto económico proviene del hecho de que Orange es actuadamente el principal receptor neto de portabilidad fija en el mercado, es decir, el operador que más clientes de fijo capta (...). De hecho, **el retraso de cuatro meses de la implementación de la reducción a 24 horas, supone un impacto económico negativo de casi [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de euros en concepto de lucro cesante para mi representada.**

De conformidad con los datos de que dispone esta Comisión sobre la evolución mensual y trimestral de la portabilidad fija, además de Orange, otros operadores también han sido ganadores netos de líneas fijas portadas, durante los meses (julio a noviembre) que se ha retrasado la puesta en marcha de la portabilidad a 24 horas, habiendo tenido también posibles impactos económicos negativos como consecuencia de la conducta de Orange. Además, Orange no ha demostrado el importe exacto de lucro cesante que alega haber sufrido como consecuencia de su conducta infractora.

No obstante, se considera que el retraso en la implementación de las modificaciones de la especificación técnica que ha provocado con su conducta no le ha reportado a Orange ningún beneficio bruto, directo o indirecto.

En trámite de audiencia, Orange solicita que también se tenga en consideración como atenuante *“la buena fe de Orange en todo el proceso”, la colaboración y ejecución de un paso a producción impecable (...)”*. En particular, esta operadora alega que *“en noviembre de 2013 llevó a cabo un paso a producción en condiciones óptimas sin introducir error alguno en los procesos de portabilidad fija ni impactar negativamente a los demás operadores”*.

El correcto cumplimiento de las resoluciones aprobadas por la CMT y la CNMC es una obligación de los operadores, por lo que la buena fe y efectivo y correcto cumplimiento de ésta se presupone. De hecho, en el presente caso la infracción se ha imputado a título de negligencia –no de dolo-, y ya se ha tenido en cuenta el momento –el periodo en el que se ha producido la infracción- y la forma del cumplimiento, para la imposición de la sanción adecuada en la presente resolución.

CUARTO.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal

La LGTel de 2003 fija unas reglas para determinar 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.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel de 2003,

“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”.*

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad señaladas en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

La LGTel de 2014 en su artículo 79 establece unas nuevas reglas para determinar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse. En particular, por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras *“(…) se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros.*

No obstante, como ya se ha señalado en el Fundamento jurídico material primero, ha de aplicarse en el presente procedimiento la norma en vigor en el momento de producirse la infracción, salvo que la ley posterior produzca efectos favorables para el imputado. Como veremos a continuación, la aplicación de las reglas establecidas en la LGTel de 2003 para determinar la cuantía máxima de la sanción a imponer a Orange no resulta más perjudicial al infractor que la aplicación de los criterios fijados en la LGTel de 2014, ya que el artículo 79.1.a) mantiene el límite de 20 millones de euros para este tipo de infracción.

Por todo ello, a los efectos de determinar el cálculo de la sanción, seguirá siendo de aplicación en el presente procedimiento las reglas establecidas en la LGTel de 2003.

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 Orange.

Tal y como se ha comentado al tratar los criterios de graduación de la sanción, la conducta de Orange no le ha reportado ningún beneficio directo o indirecto, sino más bien pérdidas de ingresos estimados que podría haber obtenido de haberse puesto en marcha la portabilidad a 24 horas en la fecha regulada, debido a que durante el tiempo de retraso provocado por la infracción Orange ha sido un operador ganador neto de líneas fijas portadas.

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 en su práctica administrativa¹⁶, 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”.

Como recoge la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2010¹⁷, “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, en el presente caso, se consideran ramas de actividad afectadas por la infracción cometida los componentes minoristas de la telefonía fija y la banda ancha fija y el componente mayorista de interconexión fija.

De acuerdo con la información aportada por Orange para la elaboración del Informe Anual 2012, la facturación de este operador por los componentes citados ascendió a:

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

	Ingresos	2012
Servicios minoristas		542.563.057
	Internet	423.749.364
	Telefonía fija	118.813.694
Servicios mayoristas		165.309.786
	Interconexión fija	165.309.786
TOTAL		707.872.843

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 7.078.728 millones de 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 la infracción que se imputa a Orange, la conducta reprochada a este operador consiste en una falta de actuación (no implementación de las modificaciones de la especificación técnica en el plazo establecido). Por ello, no son necesarios recursos y fondos para llevar a cabo dicha conducta, sino únicamente dedicar menos recursos de los necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas en plazo.

Conclusión

El artículo 56 de la LGTel de 2003 se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse.

Tomando en consideración todas las cantidades señaladas, la de mayor importe es 20 millones de euros, siendo esta cuantía el límite máximo de la sanción que puede imponerse.

3. Determinación de la sanción.

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

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros.
- Se tiene en cuenta a la hora de graduar la sanción que Orange reforzó su sistema de gestión de la portabilidad para que pudiera soportar las modificaciones de la especificación técnica. Ello, a pesar de que no fue lo suficientemente diligente, ya que se ha comprobado que el SGPF a pesar de dicho refuerzo no era lo bastante robusto para soportar la implantación de los nuevos procesos de portabilidad, lo que pudo prever con suficiente antelación.
- A la vista de la actuación negligente de Orange, se considera que la infracción cometida es relevante, ya que ha provocado un retraso de la puesta en

funcionamiento de la portabilidad fija a 24 horas, causando perjuicios sobre el derecho de los usuarios a portarse en plazos más reducidos y sobre el resto de operadores del mercado telefónico fijo, que estaban disponibles en la fecha regulada.

Por ello, se aprecia la concurrencia de un criterio de graduación que agrava la sanción a imponer.

- Asimismo, se ha estimado la existencia de una circunstancia atenuante de la responsabilidad de Orange, debido a que su conducta infractora no le ha reportado beneficio alguno directo o indirecto.

En relación con la sanción a imponer, Orange alega que, debido a la imposición de multas coercitivas, *“ya ha sido sancionada de facto con casi 600.000 €, con lo que cualquier sanción adicional debe sumarse a tal cantidad”*.

Como bien indica Orange en su escrito de 5 de junio de 2014, el artículo 99 de la LRJPAC establece que *“la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”*.

En este sentido, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver sentencias 22/7984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre y 101/1988, de 8 de junio), establece que sobre la autotutela ejecutiva de la Administración no cabe predicar el doble fundamento de legalidad sancionadora del artículo 25 de la Constitución Española, ya que la imposición de las multas coercitivas no castigan una conducta realizada porque sea antijurídica. Así, los procedimientos de ejecución forzosa tienen otra finalidad, conminar al cumplimiento de lo obligado.

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 de 2003, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de quinientos mil euros (500.000 €) por el incumplimiento del Resuelve Segundo de la Resolución de 26 de abril de 2012, 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).

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, previo informe de la Sala de Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Orange Espagne, 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 26 de abril de 2012, 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 Espagne, S.A. sociedad unipersonal una sanción por importe de quinientos mil euros (500.000 €) por la anterior conducta.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera Caixabank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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.