
RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE JULIO DE 2011, SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CONSERVACIÓN DE NUMERACIÓN EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR EN REDES MÓVILES.

(SNC/DTSA/343/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL DIA)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

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 6 de marzo de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., por el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011 sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Denuncia de Vodafone.

Con fecha 3 de agosto de 2012, Vodafone España, S.A.U., –en adelante, Vodafone– denunció ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ –en adelante, CMT– a Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. –en adelante, Diamóvil– por supuestas irregularidades en la tramitación de las solicitudes de alta de portabilidad

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

grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil (Nodo Central) durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1).

En concreto, Vodafone denunció la realización de las siguientes conductas en relación con las solicitudes de portabilidad efectuadas por sus clientes:

- La ocultación fraudulenta de la fecha y hora real en la que el abonado firma la solicitud de portabilidad.
- La acumulación intencionada de las solicitudes de portabilidad para su carga en el Nodo Central a determinadas horas del día.

Segundo.- Inicio del periodo de información previa y requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de fecha 13 de septiembre de 2012 se inició un periodo de información previa para determinar y comprobar los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante, LRJPAC- (Documento núm. 2).

Debido a que el ámbito temporal de las actividades denunciadas por Vodafone comprendía todo el mes de julio de 2012, se seleccionaron, de forma aleatoria, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Con este objetivo, en el citado escrito se requirió a Diamóvil que aportase información relativa a las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone como operador donante en las fechas señaladas, detallando, entre otras cuestiones: (i) la fecha y hora en las que los abonados firmaron las solicitudes de portabilidad, (ii) la fecha y hora de las solicitudes tal como fueron grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 21 de noviembre de 2012, Diamóvil contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3) y afirmó que había enviado, como operador receptor, doce -12- solicitudes de portabilidad, a Vodafone (como operador donante), los referidos días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2013, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Diamóvil durante el periodo de información previa (Documento núm. 4).

Cuarto.- Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Diamóvil como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones -en adelante, LGTel-, consistente en el *“incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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”* (Documento núm. 5).

En particular, el presente procedimiento se incoó por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles –en adelante, Especificación técnica de portabilidad móvil-. En concreto, se imputó a Diamóvil la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar todas las solicitudes de portabilidad, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No consignar la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio² diferidas en portabilidades en 24 horas, retrasando la grabación de las solicitudes en el Nodo Central.
- No grabar en el Nodo Central la hora de cumplimentación de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado, de acuerdo con la consignada en la misma, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Diamóvil el acuerdo de inicio del procedimiento (Documento núm. 5.1).

² Es el plazo de tiempo dentro de un día hábil determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores harán efectivas las actuaciones en sus redes y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración de hasta 4h, siendo ésta de 2:00 a.m. a 6:00 a.m.

Quinto.- Escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 22 de marzo de 2013, Diamóvil presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (Documentos núm. 6).

Sexto.- Requerimientos de Información.

A la vista de las alegaciones formuladas por Diamóvil al acuerdo de inicio del procedimiento y de conformidad con el artículo 16.2 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- se realizaron sendos requerimientos de información a Diamóvil en fechas 28 de junio y 23 de septiembre de 2013 (Documentos núm. 7 y 8).

Diamóvil contestó a los mencionados requerimientos los días 11 de julio y 9 de octubre de 2013 (Documentos núm. 9 y 10).

Séptimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 20 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 11), en la que proponía:

“PRIMERO.- *Declarar responsable directo al operador DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. por la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.*

SEGUNDO.- *Imponer a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. una sanción económica por importe veinte mil (20.000) euros”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Diamóvil el día 24 de diciembre de 2013 (Documento núm. 12).

Diamóvil no ha formulado alegaciones a la citada propuesta de resolución.

Octavo.- Ampliación del plazo de resolución y notificación del expediente.

Con fecha 21 de enero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que acordó ampliar en un mes el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento (Documento núm. 13).

Esta Resolución se notificó a Diamóvil el día 3 de febrero de 2014 (Documento núm. 14).

Noveno.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 14 de febrero 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, así como el escrito de alegaciones presentado por Diamóvil a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 15).

II HECHOS PROBADOS

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resultan probados los siguientes hechos:

Primero.- Diamóvil, como operador móvil virtual, es responsable de garantizar el cambio de operador con conservación de la numeración a los usuarios desde el punto de vista administrativo.

Según consta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se ha comprobado que Diamóvil es un operador móvil virtual prestador de servicios³ (en adelante, OMVPS) que tiene suscrito un acuerdo móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange- y conforme al cual puede prestar servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales⁴.

En virtud de dicho acuerdo, Diamóvil lleva a cabo directamente la gestión administrativa de la conservación de la numeración por cambio de operador, esto es, recibe las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en sus canales de venta y tramita tales solicitudes a través de la web de portabilidad de Orange o de los “web services” del citado operador.

Tanto en el seno del periodo de información previa como durante la instrucción del expediente, Diamóvil afirmó que no interactuaba directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil sino que sus solicitudes de portabilidad se envían al Nodo Central a través del sistema “*Sistema Interno de Gestión de Portabilidad*”⁵ –en adelante, sistema SGP- de Orange, para su posterior grabación.

Durante la instrucción del expediente se analizó, a través de la información aportada por Diamóvil, cuál es el procedimiento interno empleado para la gestión

³ Inscrito en el seno del exp. núm. RO 2007/735.

⁴ Diamóvil es un revendedor del servicio telefónico móvil no dispone de infraestructura de red propia que garantiza la interconexión e interoperabilidad de los servicios ofrecidos, por lo que, no tiene derecho ni a la asignación de numeración propia para sus abonados móviles ni a un Indicativo de Red Móvil (IRM) propio. No obstante, Diamóvil dispone de una infraestructura dentro de la cadena de valor y lleva a cabo la facturación al cliente final, dispone de su propia cadena de distribución y gestión de clientes.

⁵ El sistema SGP se encarga de gestionar la portabilidad tanto de Orange como de sus OMVs Branded Reseller.

administrativa de las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor, desde su formalización por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central.

Consultada la página web de Diamóvil (<http://www.movildia.com>), se comprobó que dicho operador dispone de un único canal de venta -supermercados- a través del cual los abonados le solicitan la portabilidad.

A tal efecto, Diamóvil afirmó que el procedimiento empleado es el siguiente:

- El cliente compra un “*pack de portabilidad*” en un establecimiento comercial de Diamóvil (supermercado) -compuesto por (i) una solicitud de portabilidad en soporte papel, (ii) un manual de usuario y (iii) una tarjeta SIM-.
- Cumplimentada la solicitud de portabilidad, el abonado debe enviarla por correo postal franqueado al apartado de correos de Diamóvil⁶.

Hasta el día 20 de octubre de 2013, Diamóvil tenía subcontratada a una entidad para recoger las solicitudes de portabilidad de su apartado de correos en determinados días concretos y a horas fijas: (i) lunes y miércoles entre las 8:30 y las 8:45 horas y (ii) los días 1 y 15 de cada mes en el mismo horario. Esta empresa entregaba las solicitudes, al día siguiente de su recogida, a la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**. Esta última entidad es la encargada de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad en nombre y por cuenta de Diamóvil.

A este respecto, Diamóvil contabilizaba los siguientes periodos temporales:

“Tres -3- días a contar desde que los abonados depositan las solicitudes de portabilidad en el buzón hasta que llegan a su apartado de correos.

Tres -3- días para la recogida de las solicitudes de portabilidad depositadas en su apartado de correos.

Un -1- día que tarda Unísono en recibir las solicitudes de portabilidad del gestor del apartado de correos”.

No obstante, Diamóvil afirmó que, desde el día 21 de octubre de 2013, **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** gestiona directamente el mencionado apartado de correos.

- Recibidas las solicitudes de portabilidad por **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**, ésta inicia su tramitación administrativa que consiste en:

⁶ El apartado de correos de Diamóvil es el siguiente: MGP Ref-DIAMÓVIL Apartado 6 F.D 28770 Colmenar Viejo (Madrid)

- Comprobar que en las solicitudes de portabilidad se consigna el “*núm. de teléfono, núm. de tarjeta SIM, DNI, nombre o apellidos*”.
- Introducir tales solicitudes en el *sistema Siebel*⁷ de Orange.
- Las solicitudes de portabilidad introducidas en el citado sistema *Siebel* de Orange se envían automáticamente al sistema *SGP* de Orange y, desde ahí, éstas se envían al Nodo Central para su posterior grabación.

Por lo tanto, queda probado que Diamóvil es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Esto es, Diamóvil no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central sino que éstas se envían desde el sistema *SGP* de Orange al Nodo Central para su posterior grabación.

Asimismo, ha quedado probado que, el procedimiento empleado por Diamóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad retrasaba en una media de cuatro -4- días el inicio de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad, a contar desde que éstas son entregadas en el apartado de correos del operador.

Segundo.- Con respecto a las solicitudes analizadas de julio de 2012, Diamóvil conserva correctamente los originales de las solicitudes de portabilidad.

Tanto en el periodo de información previa como durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se analizaron las doce -12- solicitudes de portabilidad enviadas por Diamóvil a Vodafone, como operador donante, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (mes de julio de 2012)-. El análisis de tales solicitudes de portabilidad se ha considerado suficiente para valorar la conducta presuntamente infractora de Diamóvil sobre la base del procedimiento empleado por dicho operador para la tramitación de las solicitudes de portabilidad.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señaló que Diamóvil no conservaba copia de dos -2- de las doce -12- solicitudes de portabilidad requeridas para su análisis. Durante la instrucción del expediente, Diamóvil aportó una copia legible de las citadas dos -2- solicitudes de portabilidad.

En consecuencia, a la vista de la información obrante en el expediente, ha quedado probado que Diamóvil conservó las doce -12- solicitudes de portabilidad analizadas del mes de julio de 2012.

⁷ El sistema Siebel es el sistema que gestiona las solicitudes de portabilidad de los operadores móviles virtuales de Orange en su modalidad de Branded Reseller.

Tercero.- Respecto de las solicitudes analizadas de julio de 2012, Diamóvil no consignó la fecha y hora en la que los abonados le entregaron tales solicitudes en su apartado de correos.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señaló que Diamóvil no consignó la fecha y hora de cumplimentación en dos -2- de las diez -10- solicitudes de portabilidad requeridas.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, los abonados entregan las solicitudes de portabilidad cumplimentadas y firmadas en el apartado de correos de Diamóvil.

Del análisis de las doce -12- solicitudes de portabilidad realizado durante la instrucción del expediente, resultaron probados los siguientes hechos:

- En el formulario de solicitud de portabilidad constan, entre otros, los siguientes campos de información: *“la fecha y hora de la solicitud de portabilidad”* y *“la fecha deseada para portar”*.
- Sin embargo, Diamóvil no aportó acreditación alguna de la fecha y hora de la recepción de tales solicitudes en su apartado de correos, tales como los acuses de recibo, sellos de mensajería o cualquier otro tipo de confirmación de la recepción de la solicitud del abonado donde constara la citada fecha y hora.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que aunque el formulario de solicitud de portabilidad facilitado por Diamóvil contenía los campos de información *“fecha y hora de la solicitud de portabilidad”*, Diamóvil no consignó la fecha y hora en la que le fueron entregadas las solicitudes de portabilidad en su apartado de correos, que es cuándo tuvo conocimiento de la voluntad de los abonados a portar su numeración. A partir de ese momento, se inicia el plazo de 1 día laborable, en el que los abonados tienen derecho a ver ejecutada la portabilidad, como se acredita posteriormente en el apartado sobre la tipificación.

Cuarto.- Diamóvil no grabó en el Nodo Central de portabilidad móvil, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, la fecha y hora en la que los abonados le entregaron las solicitudes en su apartado de correos.

Tal y como se ha comprobado en el seno del expediente sancionador RO 2013/335, debido al diseño funcional del citado sistema *SGP* de Orange, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, no se grabó la hora exacta de las solicitudes de portabilidad sino que se calculaba –adelantando 5 minutos la hora de dichas solicitudes- con respecto a la hora de grabación de las solicitudes en el Nodo Central.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Diamóvil no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil ya que sus solicitudes de portabilidad se envían, a través del sistema *SGP* de Orange, para su posterior grabación en el

mismo. Este hecho también se comprobó mediante consulta en el Nodo Central, respecto de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012.

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

Quinto.- Con respecto a las solicitudes de portabilidad de las fechas analizadas de julio de 2012, Diamóvil ha retrasado la grabación de las solicitudes en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señaló que del análisis de las solicitudes de portabilidad de julio de 2012 se desprendían indicios suficientemente razonables de que Diamóvil estuviese retrasando la tramitación de las solicitudes de portabilidad, a la vista de las consultas realizadas en el Nodo Central sobre la base de los MSISDN de las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados.

De forma adicional a lo señalado en el Hecho probado Tercero (no consignación correcta de la fecha y hora en las solicitudes de portabilidad de julio de 2012), debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Hecho probado Primero, el procedimiento empleado por Diamóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad retrasaba en una media de cuatro -4- días el inicio de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad, a contar desde que éstas son entregadas en el apartado de correos del operador.

A tal efecto y según consta en la documentación obrante en el expediente, **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** recibió las doce solicitudes de portabilidad el día 16 de julio de 2012 y en tal fecha inició su tramitación administrativa. Sin embargo, como se ha señalado y se analiza en el apartado sobre la tipificación de la infracción, dicha fecha no coincide con la fecha de solicitud del abonado a partir de la cual ha de iniciarse la tramitación de tales solicitudes.

A la vista de lo anterior, ha quedado probado que Diamóvil no grabó las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 dentro del plazo de medio día hábil en el Nodo Central, a contar desde su entrega en el apartado de correos.

Sexto.- Conclusión de los Hechos Probados

En definitiva, han quedado probados los siguientes hechos:

- Diamóvil es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el

cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange.

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

- El procedimiento empleado por Diamóvil para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad retrasa -en una media de cuatro días- el inicio de dicha tramitación, a contar desde que las solicitudes fueron entregadas en el apartado de correos del operador.
- Diamóvil conservó las doce solicitudes de portabilidad cursadas a través de su único canal de venta –supermercados- de las fechas analizadas.
- El formulario de dichas solicitudes contenía, entre otros, los siguientes campos de información a cumplimentar: *“la fecha y hora de la solicitud de portabilidad”* y *“la fecha deseada para portar”*. Sin embargo, Diamóvil no consignó la fecha y hora en que le fueron entregadas las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 en su apartado de correos, esto es, cuando tuvo conocimiento de la voluntad de los abonados a portar su numeración. A partir de ese momento, se inicia el cómputo del plazo de 1 día laborable, en el que los abonados tienen derecho a ver ejecutada la portabilidad.
- Desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, la hora de las solicitudes de Diamóvil grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil no eran la fecha y hora real de las solicitudes firmadas por los abonados, sino que se calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.
- Diamóvil no grabó las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su entrega en el apartado de correos.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

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

A este respecto, el artículo 18 de la LGTel establece la obligación de los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al

público de garantizar que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados. Dicho artículo ha sido desarrollado por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre -en adelante, Reglamento de Mercados-.

El artículo 43, apartado primero, del Reglamento de Mercados, relativo a las “Soluciones técnicas y administrativas”, atribuye a la CNMC la competencia para adoptar las soluciones técnicas y administrativas aplicables, cuando sea preciso para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa sobre conservación de la numeración. En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 7 de julio de 2011 se adoptó la Resolución que modifica y aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

Por otra parte, los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel, 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”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Especificación técnica arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, el presente procedimiento fue iniciado por la CMT, en virtud de la habilitación competencial 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013, 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.

⁸ La 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.

Segundo.- Tipificación de los hechos probados.

Este procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53, letra r), de la LGTel que califica como infracción administrativa muy grave “*el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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*”.

En el presente caso, dicha infracción se concreta en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil. Entre otros aspectos y, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.2.m) de la LGTel –que transpone el artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE, modificada por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, en dicha Resolución se procedió a reducir el plazo para hacer efectiva la portabilidad en 24 horas –un día hábil- desde la contratación de los servicios. De forma que, desde la puesta efectiva en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad móvil el día 4 de junio de 2012, los usuarios y abonados tienen derecho a cambiarse de prestador de servicio telefónico móvil conservando la numeración telefónica móvil en el plazo de 24 horas.

Con carácter general, la Especificación técnica de portabilidad móvil describe los procedimientos administrativos cooperativos entre los operadores para la conservación de numeración de telefonía móvil e impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil el cumplimiento de determinadas obligaciones destacándose -a los efectos del presente procedimiento- las siguientes:

- Conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones (apartado 5.1).
- Consignar en la solicitud de portabilidad la “*fecha y hora de su cumplimentación*” por el abonado (apartado 8).
- Grabar en el Nodo Central de portabilidad móvil “la fecha y hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor” (apartado 6.1.3).
- Grabar la solicitud de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil dentro del plazo del mismo medio día hábil en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad (apartado 7.2.1.2.2).

El artículo 8.1 de la LGTel establece que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.

En particular, Diamóvil es un OMVPS, esto es, un revendedor del servicio telefónico móvil disponible al público que ha de cumplir, entre otras, con la condición de garantizar la conservación (portabilidad) de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa, en virtud del artículo 20 e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas⁹. El cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

Tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, Diamóvil únicamente participa en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Esto es, Diamóvil no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían, desde el sistema SGP de Orange, al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.

Sin embargo, puesto que los abonados son clientes de Diamóvil -y no del operador móvil de red subyacente-, éste es responsable directo frente sus abonados de asegurarles el derecho al cambio de operador con conservación de la numeración y, por tanto, es responsable de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad.

Asimismo, de acuerdo con el Hecho Probado Segundo, Diamóvil conservó las doce -12- solicitudes de portabilidad analizadas del mes de julio de 2012. Por ello, se entiende que Diamóvil ha cumplido, por lo que respecta a las comprobaciones realizadas, la obligación establecida en el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Se analiza, a continuación, la tipificación de los Hechos Probados Tercero, Cuarto y Quinto respectivamente, referidos a las siguientes obligaciones de la Especificación técnica de portabilidad móvil:

1. Sobre la obligación de consignar en las solicitudes de portabilidad la información necesaria para su tramitación.

El apartado 5.2 último párrafo la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que *“la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la*

⁹ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de cancelación o denegación de la misma”.

Asimismo, el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil enumera la información de carácter mínimo que deben contener las solicitudes de portabilidad, cualquiera que sea su soporte. De entre la información de carácter general exigida se encuentra (i) la “*fecha y hora de cumplimentación de la solicitud*” por el abonado y (ii) “*el momento deseado para portar que es el día/mes/año en el que abonado desea que se lleve a cabo la portabilidad, con las limitaciones ya indicadas (como máximo se aceptará una diferencia de un mes entre la fecha de la solicitud y la que el abonado desea para que se produzca la portabilidad). Si no se rellena este campo se tomarían por defecto los tiempos y fechas establecidos en los presentes procedimientos administrativos*”.

Según consta en el Hecho Probado Primero, en virtud de la prueba practicada respecto de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012, Diamóvil utiliza un sistema de contratación a distancia ya que Diamóvil y los abonados que envían las solicitudes de portabilidad se hallan en lugares distintos, siendo el medio de comunicación empleado entre las partes el correo postal –por lo que efectivamente transcurre un tiempo entre el envío de la solicitud de portabilidad y su conocimiento por Diamóvil-.

La fecha y hora consignada en las doce -12- solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados concretan el momento en el que los abonados han manifestado su consentimiento para la portabilidad, pero no puede constituir el momento en el que ambas partes alcanzan un acuerdo para el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.262 del Código Civil, las solicitudes de portabilidad producen plenos efectos jurídicos desde su perfección. Por este motivo, Diamóvil debe consignar en éstas el momento en el que ha alcanzado el acuerdo con los abonados para el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil. Esta exigencia constituye un requisito esencial para determinar el inicio del procedimiento de la portabilidad móvil.

Diamóvil afirmó, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento, que “*las solicitudes de portabilidad se perfeccionan cuando las recibe [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL] por ser la entidad encargada de su tramitación administrativa*”.

El citado artículo 1.262 del Código Civil establece que:

*“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, **hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación** o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.*”

El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. (...). (El subrayado y negrita son nuestros).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2010 (RJ 2010/8865)¹⁰ fija como doctrina jurisprudencial -sobre la base del contexto jurisprudencial y legislativo actual- la “*aplicación del criterio de la cognición¹¹ matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación*”.

En atención a lo anterior, la fecha y hora que se entiende que debe consignarse en las solicitudes de portabilidad se corresponde con el momento en el que tales solicitudes son entregadas en el apartado de correos de Diamóvil o, a lo sumo, cuando la entidad subcontratada por Diamóvil –en un primer momento era una intermediaria entre Diamóvil y Unisono- tenía conocimiento de tales solicitudes al recogerlas en el apartado de Correos, pero no, como sostiene el citado operador, cuando son entregadas a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

En definitiva, Diamóvil debe arbitrar un procedimiento en el que pueda hacer constar la fecha y hora de su recepción de las solicitudes en su apartado de correos ya que este momento marca el inicio del procedimiento de portabilidad.

La ausencia de la consignación de la hora en las solicitudes tiene una consecuencia clara y es la imposibilidad de hacer un seguimiento sobre su tramitación y comprobar si las solicitudes se graban en el medio día hábil siguiente, tal y como establece la Especificación técnica, extremo que es relevante para poder comprobar si las portabilidades se gestionan en los plazos y con las garantías establecidas en la Especificación técnica.

En este sistema, los abonados no van a portarse en el plazo de un día laborable, pero este extremo es conocido por ellos desde que utilizan este medio de contratación a distancia. No obstante, Diamóvil ha de arbitrar los medios oportunos para que no se retrasen las portabilidades más de lo necesario.

Se desestima, pues, la alegación realizada por Diamóvil sobre el momento del perfeccionamiento de las solicitudes de portabilidad.

Por tanto, de conformidad con lo indicado en el Hecho Probado Tercero, el formulario de solicitud de portabilidad empleado por Diamóvil contiene el campo de información “*fecha y hora de la solicitud de portabilidad*”, pero no se considera consignada correctamente la fecha y hora en que le fueron entregadas las solicitudes de portabilidad en su apartado de correos por parte de los abonados.

¹⁰ Sala de lo Civil, Sección 1ª. Sentencia núm. 552/2010, de 17 de septiembre.

¹¹ El criterio o teoría de la cognición considera que la aceptación hecha por carta obliga al oferente desde que llegó a su conocimiento. El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En consecuencia, se concluye que, sobre la base de las comprobaciones realizadas en los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, Diamóvil no cumplió con la obligación de consignar la fecha y la hora de entrega de las solicitudes de portabilidad y, de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

2. Sobre la obligación de grabar la información necesaria de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil y de hacerlo dentro del medio día hábil siguiente a su formalización.

La Especificación técnica de portabilidad móvil concreta qué información debe depositar el operador receptor en el Nodo Central¹² para la creación y grabación de las solicitudes de alta de portabilidad móvil (apartado 6.3.1) y en qué plazo deben grabarse las solicitudes de portabilidad en el citado Nodo Central.

2.1 Sobre la información de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar en el Nodo Central de portabilidad móvil.

El apartado 6.1.3 de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala los campos de información obligatorios de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar para la creación y grabación de una solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central. De entre los campos de información obligatorios destaca, a los efectos del presente procedimiento, *“la fecha y hora en el que abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor”*.

En el Hecho Probado Cuarto ha quedado acreditado que desde el día 2 de julio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2013 la hora grabada en el Nodo Central no coincidía necesariamente con la hora consignada en las solicitudes de portabilidad cursadas por Diamóvil, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange que calculaba la hora de la solicitud con una diferencia de cinco minutos, lo que supone una irregularidad con respecto al apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

2.2 Sobre la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día de su formalización en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Como se ha señalado, la Resolución de 7 de julio de 2011, en línea con la Directiva 2009/136/CE, señala expresamente que *“el proceso de portabilidad se inicia cuando el abonado alcanza un acuerdo con el operador receptor”*.

En idéntico sentido, el apartado 5.2, último párrafo, de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que *“la entrega de la solicitud firmada por el abonado al*

¹² El Nodo Central de portabilidad móvil es la entidad encargada de ofrecer unas interfaces comunes y procesar el intercambio de la información necesaria entre los operadores para los procedimientos de portabilidad, por lo que, (i) actúa como una base de datos de referencia de la numeración telefónica móvil portada y (ii) funciona como un servidor central al que acceden todos los operadores móviles para procesar, entre otras gestiones, las solicitudes de alta de portabilidad.

operador receptor –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de cancelación o denegación de la misma”.

Asimismo, el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que *“entregada la solicitud de portabilidad firmada por el abonado al operador receptor, éste en el mismo medio día hábil¹³ debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborales de 8:00 a 20:00. Si la solicitud de portabilidad se realiza fuera del citado horario, ésta se grabará en el primer medio día hábil siguiente”.*

De esta manera, el plazo máximo que ha de transcurrir entre la perfección de la solicitud de portabilidad y su grabación en el Nodo Central es de un medio día hábil, puesto poder garantizarse la portabilidad en el plazo de un día laborable.

De conformidad con el Hecho Probado Quinto, Diamóvil no grabó las doce -12- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil de su perfeccionamiento en el Nodo Central de portabilidad móvil, como consecuencia del procedimiento empleado para su tramitación administrativa. Por ello, se entiende que Diamóvil no cumplió con la obligación establecida en el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

3. Conclusión: infracción del artículo 53 r) de la LGTel.

En consecuencia, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel consistente en el incumplimiento, por parte de Diamóvil, de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil, a través de la realización de las siguientes actuaciones:

- Diamóvil no cumplió con la obligación de consignar en las doce -12- solicitudes de portabilidad la fecha y la hora de su entrega en el apartado de correos, de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- Diamóvil no grabó las doce -12- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil de su perfeccionamiento en el Nodo

¹³ El apartado 4 de la especificación técnica de portabilidad móvil define “*día hábil*” como “un día natural de lunes a viernes, excluyendo las fiestas de carácter nacional. Dentro de un día hábil se considerará horario hábil a los periodos de mañana de 8:00 a 14:00 horas y de tarde de 14:00 a 20:00 horas.

Central de portabilidad móvil, de conformidad con el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Adicionalmente, concurre una irregularidad con la grabación en el Nodo Central de la hora en la que los abonados efectuaban sus solicitudes de portabilidad, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2013, de conformidad con el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Tercero.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial¹⁴, no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del Derecho Penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (en adelante, STC) y del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ/2000/2579), de 22 de noviembre de 2004 (RJ/2005/20), o 21 de enero de 2011 (RJ/2011/485).

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 imprudencia¹⁵, constituyendo la concurrencia de dolo un criterio de graduación de la sanción. 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, para afirmarse la responsabilidad del infractor.

¹⁴ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005 \20).

¹⁵ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba 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”*.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1.104 del Código Civil 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.

Por tanto, actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma [STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ/2005/20)] 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.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: 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 el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel¹⁶, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el presente caso, se han imputado a Diamóvil en la propuesta de resolución dos actuaciones, que suponen el incumplimiento de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011, por la que se aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil (véase el Fundamento anterior):

- No consignar en las doce -12- solicitudes de portabilidad la fecha y la hora de su entrega en el apartado de correos, de conformidad con los apartados 5.1 y 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No grabar las doce -12- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil de su perfeccionamiento en el Nodo Central de portabilidad móvil, de conformidad con el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

En la propuesta de resolución, la instructora concluyó que, la inobservancia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Especificación Técnica de portabilidad móvil era atribuible al menos a título de culpa a Diamóvil, toda vez que

¹⁶ El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave “el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”.

conociendo este operador la importancia que tienen tales obligaciones, tenía que haber puesto una mayor diligencia debida en el cumplimiento de las mismas.

Frente a tal conclusión, esta Sala de Supervisión Regulatoria concluye que Diamóvil no ha actuado con la diligencia que le es exigible a un operador.

En la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil, el bien jurídico protegido es el derecho de los abonados a solicitar el cambio de operador del servicio telefónico móvil con conservación de numeración telefónica móvil y que dicho cambio se haga efectivo en el plazo de un día laborable -24 horas- desde que alcanza un acuerdo con el operador receptor.

Este principio se ha visto lesionado ya que, como ha quedado probado, el procedimiento empleado por Diamóvil para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad retrasaba en una media de cuatro -4- días el inicio de tal tramitación, a contar desde que éstas son entregadas en el apartado de correos del operador.

Asimismo, la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil señala que el dato relativo a la hora de la solicitud de portabilidad ha de constar en las solicitudes grabadas en el Nodo Central. Conforme se acreditó en el Hecho Probado Primero, los abonados que solicitaron la portabilidad a favor de Diamóvil eran conocedores de la necesidad de entregar las solicitudes en el apartado de correos indicado por el operador, por lo que la fecha y hora de recepción de dichas solicitudes en el citado apartado de correos constituye el momento en el que Diamóvil –o de su primera recogida por parte de Diamóvil- y los abonados alcanzaron un acuerdo y, por lo tanto, marcó el inicio de la tramitación de las solicitudes de portabilidad por parte de Diamóvil.

Sin embargo, este operador no aportó acreditación de la fecha y hora de la recepción de tales solicitudes en su apartado de correos, tales como los acuses de recibo, sellos de mensajería o cualquier otro tipo de confirmación de la recepción de la solicitud del abonado donde constara la citada fecha y hora.

Conociendo los plazos tan breves en que debe ejecutarse la portabilidad y teniendo un procedimiento en el que actúan varias empresas subcontratadas, Diamóvil debió haber actuado con mayor diligencia para controlar el momento exacto de recepción de las solicitudes, en el que comienza a computarse el plazo para garantizar el derecho de conservación del número telefónico.

Por todo ello, queda acreditada la existencia del elemento de culpabilidad en las conductas imputadas.

Por otra parte, se ha comprobado otra irregularidad en los procesos de grabación de las solicitudes de portabilidad, consistente en no consignar la hora en la que el abonado ha efectuado la solicitud de portabilidad en el operador receptor, sino en

calcular una hora anterior -5 minutos antes- tal y como exige el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Diamóvil, como OMVPS, no interactúa directamente con el Nodo Central, sino que lo hace a través del sistema SGP de Orange por ser éste último operador el responsable de garantizar la ejecución técnico operacional de sus solicitudes de portabilidad.

El principio de personalidad de la sanción -derivado del artículo 25 de la Constitución Española- ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 219/1988 (RTC 1998, 219), como principio de responsabilidad por hechos propios. El respeto a este principio exige un nexo causal entre el hecho constitutivo de la infracción y la persona responsable.

De conformidad con la doctrina del citado Tribunal Constitucional¹⁷, el infractor sólo responde de las infracciones en la medida en que puedan serle imputadas y reprochadas su autoría o participación en la misma. De forma que la responsabilidad no puede, en principio, extenderse al ámbito de las sanciones derivadas de una infracción en la que el responsable no haya tenido ninguna participación.

En consecuencia, a la luz de los actos de instrucción realizados, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por Diamóvil que constan en la presente resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en la comisión de los hechos sancionados, al quedar probado que los ha realizado sin la debida diligencia exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

Finalmente, cabe indicar que la conclusión alcanzada sobre la culpabilidad de Diamóvil en la comisión de las conductas infractoras demostradas en los Hechos Probados Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado.

Cuarto.- Criterios de graduación de la sanción.

En este epígrafe se procede a analizar el importe de la sanción de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC.

El artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*

¹⁷ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 1994 (RTC 1994, 146) y de 14 de febrero de 2000 (RTC 2000, 36).

- 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 contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurre en el presente caso las siguientes circunstancias:

- La inexistencia de repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56.2 de la LGTel.
- La falta de certeza sobre el beneficio bruto obtenido por Diamóvil en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- El escaso daño causado al mercado, según el criterio establecido en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3.c) de la LRJPAC. No consta que la conducta antijurídica cometida haya tenido algún efecto negativo en el mercado, en particular por el volumen de portabilidades tramitado. No obstante, los retrasos derivados del procedimiento interno empleado por Diamóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad han afectado con carácter general a todos los abonados de dicho operador.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal de la sanción.

La LGTel 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 56.1 a) 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.”*

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, en relación con los criterios de graduación que resulten aplicables, en el que se preceptúa lo siguiente:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

2.1 Beneficio bruto

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

2.2 Determinación de los ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada.

Tal y como ha venido señalando esta Comisión en su práctica administrativa¹⁸, no existe una definición específica en la LGTel 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.

De conformidad con el artículo 56 de la LGTel, 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*”.

En este sentido la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de mayo de 2010¹⁹ señala expresamente:

“(...) 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”.

En aplicación de esta doctrina se consideran en el presente caso, como ramas de actividad afectadas por la infracción cometida tanto los servicios mayoristas afectados como los servicios minoristas que requieren de los servicios mayoristas donde tiene lugar la infracción²⁰.

La infracción nace del incumplimiento, por parte de Diamóvil, de unas obligaciones establecidas en la Especificación técnica de portabilidad móvil y, por tanto, se estima que la rama de actividad afectada se conforma por el servicio minorista telefónico

¹⁸ Ver por ejemplo Resolución de 10 de mayo de 2007, del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a Telefónica; Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado a 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.

¹⁹ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. Ver en el mismo sentido SAN de 18 de enero de 2010, núm. rec. 1270/2007, relativa a la Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2006/12.

²⁰ Esta ha sido la línea adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (y confirmada por los Tribunales) en el expediente sancionador RO 2004/1811 (Resolución de 16 de noviembre de 2006) así como en el expediente sancionador RO 2006/12 (Resolución de 10 de mayo de 2007).

móvil de 2012 (últimos aportados a esta Comisión) cuyos ingresos ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** de euros (no hay ingresos mayoristas afectados en este caso).

Por ello, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** Euros.

Para calcularlos ingresos obtenidos en la rama de actividad, se han aplicado los criterios establecidos a tal efecto en la legislación vigente, y en virtud de los cuales (artículo 56 LGTel) la rama de actividad se calcula como “*el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada [...]”.*

2.3 Determinación del 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la presunta infracción que se imputa a Diamóvil.

En el caso que nos ocupa no es posible concretar los fondos utilizados en la comisión de la infracción.

2.4 Conclusión.

El artículo 56 de la LGTel 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, el límite máximo de la sanción que puede fijarse en el presente caso es, por tanto, de 20 millones de euros.

3. Determinación de la sanción.

Ponderando los criterios de graduación de las sanciones y su aplicación al procedimiento actual, 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.
- El procedimiento utilizado por Diamóvil en 2012 retrasaba siempre la grabación de las solicitudes de portabilidad, en particular por la utilización de una empresa intermediaria que recogía las solicitudes pocos días a la semana y que posteriormente se las entregaba a una tercera empresa que tramitaba las portabilidades.

Sin embargo, se aprecia en el presente caso la concurrencia de varios criterios de graduación de la sanción que aconsejan su imposición en los tramos inferiores, tal y como se ha señalado anteriormente. Principalmente ha de tenerse en consideración que la conducta de Diamóvil no ha tenido una

gran repercusión en el mercado al tratarse de un volumen de portabilidades pequeño.

- Por último, de conformidad con el artículo 56.2 de la LGTel, ha de tenerse 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*”. A pesar de no haber presentado alegaciones a la propuesta de resolución, se concluye la necesidad de imponer la sanción en atención a los ingresos declarados por Diamóvil por sus actividades de telecomunicaciones (véase el apartado anterior).

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 aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer a Diamóvil una sanción de diez mil -10.000- euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil en la grabación de las solicitudes de portabilidad. Dicho importe supone el 0,5 por mil de la sanción máxima a imponer

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. de la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.

SEGUNDO.- Imponer a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. una sanción económica por importe de diez mil (10.000) euros.

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.